



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2012, Vol. 4, Part 1

2012, Vol. 4, 1^{er} fascicule

Cited as [2012] 4 F.C.R., {³⁻¹⁸¹_{D-1-D-6}

Renvoi [2012] 4 R.C.F., {³⁻¹⁸¹_{F-1-F-7}

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

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

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

DOUGLAS H. MATHEW, Thorsteinssons LLP

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

LORNE WALDMAN, Waldman & Associates

LEGAL EDITORS

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

NADIA MONETTE, B.Sc., B.F.A., LL.B.

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

PRODUCTION STAFF

Production and Publication Manager

LINDA BRUNET

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

NATHALIE LALONDE

Production Coordinator

CATHERINE BRIDEAU

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

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2012.

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

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

ARRÊTISTES

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

NADIA MONETTE, B.Sc., BFA, LL.B.

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

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication

LINDA BRUNET

Attachées de recherche juridique

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

NATHALIE LALONDE

Coordonnatrice, production

CATHERINE BRIDEAU

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

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2012.

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

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

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

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

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

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/>

CONTENTS

Judgments	3–181
Appeals noted	I
Digests	D-1–D-6

Canada (Attorney General) v. Amos (F.C.A.) 67

Public Service—Labour Relations—Appeal from Federal Court decision allowing judicial review of decision by Public Service Labour Relations Board adjudicator finding that adjudicator having jurisdiction over disputes relating to settlement agreements entered into by parties in respect of matters referred to adjudication—Parties reaching settlement over grievance filed by appellant, signing memorandum of agreement (MOA)—Adjudicator later resuming hearing to determine whether employer complying with MOA—Finding subject-matter of grievance disciplinary suspension pursuant to *Public Service Labour Relations Act* (PSLRA), s. 209(1), non-compliance with MOA arising in essential character from grievance—Federal Court determining that PSLRA, ss. 226(2), 236 not extending adjudicator’s jurisdiction to disputes arising out of MOA—Whether adjudicator having jurisdiction: to determine whether parties’ MOA final, binding; to hear allegation of non-compliance with MOA; to order remedy—Adjudicator’s interpretation of PSLRA, s. 209 reviewable on standard of reasonableness—Adjudicator having jurisdiction

Continued on next page

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

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

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

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/>

SOMMAIRE

Jugements	3–181
Appels notés	I
Fiches analytiques	F-1–F-7

Canada (Procureur général) c. Amos (C.A.F.) 67

Fonction publique—Relations du travail—Appel d’un jugement de la Cour fédérale ayant accueilli une demande de contrôle judiciaire d’une décision rendue par un arbitre de grief de la Commission des relations de travail dans la fonction publique concluant qu’il avait compétence pour trancher des différends relatifs à l’entente de règlement intervenue entre les parties sur des questions qui peuvent être renvoyées à l’arbitrage—Les parties sont parvenues à une entente portant sur le grief déposé par l’appelant, ce qui a été confirmé par la signature d’un protocole d’entente—L’arbitre a ultérieurement ordonné la reprise de l’audience en vue de déterminer si l’employeur s’était conformé au protocole d’entente—Il a conclu que l’objet du grief était une suspension disciplinaire relevant de l’art. 209(1) de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* (LRTFP) et que la question du non-respect du protocole d’entente découlait, dans son essence, du grief—La Cour fédérale a décidé que les art. 226(2) et 236 de la LRTFP n’étendaient pas la compétence de l’arbitre aux différends découlant du protocole d’entente—Il s’agissait de savoir si

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

under PSLRA to determine finality, binding nature of MOA—Also having jurisdiction to hear allegation of non-compliance—PSLRA, s. 209(1) not having same meaning as former version, i.e. *Public Service Staff Relations Act*, s. 92(1)—PSLRA emphasizing procedures promoting voluntary resolution of disputes—Adjudicator having jurisdiction to hear dispute pursuant to PSLRA, s. 209(1)—Correctly applying “essential character test” elaborated by Supreme Court of Canada in *Weber v. Ontario Hydro (Weber)*—*Weber* applying to PSLRA, Part 2—Finally, remedial authority of adjudicator broad—Appeal allowed.

Divito v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) (F.C.A.) 31

Constitutional Law—Charter of Rights—Mobility Rights—Appeal from Federal Court decision rejecting judicial review of respondent’s decision denying appellant’s request for transfer under *International Transfer of Offenders Act*—Appellant, Canadian citizen, incarcerated in U.S. for drug trafficking—Challenging constitutionality of Act, ss. 8(1), 10(1)(a), 10(2)(a)—Federal Court finding that transfer of supervision of prison sentence, not mobility right, at issue in transfer request—Alternatively, impugned provisions of Act reasonable limits pursuant to *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 1—Whether Act, ss. 8(1), 10(1)(a), 10(2)(a) infringing Charter, s. 6(1); whether provisions justified under Charter, s. 1—*Per* Mainville J.A. (concurring): Act infringing right to enter, remain in Canada as guaranteed by Charter, s. 6(1)—Offenders imprisoned in foreign jurisdictions not capable of exercising that right because of foreign jurisdiction’s superior force over them—S. 6(1) right engaged once foreign jurisdiction approving request for transfer—That said, Act, ss. 10(1)(a), 10(2)(a) justified under Charter, s. 1—*Per* Nadon J.A. (Trudel J.A. concurring): Canada not refusing appellant entry but refusing to administer appellant’s sentence—Refusal not violation of s. 6(1) right—No causal connection between refusal, appellant’s inability to enter—Nothing in s. 6(1) suggesting right to serve foreign prison sentence in Canada—Appeal dismissed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

un arbitre de grief a compétence : pour décider si l’entente de règlement des parties est définitive et exécutoire; pour entendre une allégation de non-conformité à l’entente de règlement; pour rendre une ordonnance de réparation—L’interprétation de l’art. 209 de la LRTFP par un arbitre est susceptible de contrôle selon la norme de la décision raisonnable—Un arbitre est compétent pour déterminer la nature finale et exécutoire d’une entente de règlement—Il a également compétence pour entendre une allégation de non-conformité—Il y a une différence de sens entre l’art. 209(1) de la LRTFP et son ancienne version, soit l’art. 92(1) de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*—La LRTFP met l’accent sur la promotion des procédures de règlement volontaire des différends—L’arbitre est compétent pour entendre des différends en vertu de l’art. 209(1) de la LRTFP—L’arbitre a bien appliqué le critère de l’« essence du différend » énoncé par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Weber c. Hydro Ontario (Weber)*—L’arrêt *Weber* s’applique à la partie 2 de la LRTFP—Enfin, le pouvoir de réparation conféré à l’arbitre est large—Appel accueilli.

Divito c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) (C.A.F.) 31

Droit constitutionnel—Charte des droits—Liberté de circulation et d’établissement—Appel à l’encontre de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire visant la décision par laquelle l’intimé a refusé la demande de transfèrement que l’appellant a présentée sous le régime de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants*—L’appellant est un citoyen canadien incarcéré aux É.-U. pour trafic de drogue—Il a contesté la constitutionnalité des art. 8(1), 10(1)a) et 10(2)a) de la Loi—La Cour fédérale a conclu que c’est le transfert de la surveillance de l’exécution d’une peine, et non la liberté de circulation et d’établissement, qui est en cause dans une demande de transfèrement—Subsidiairement, les dispositions contestées de la Loi constituent des limites raisonnables selon l’article premier de la Charte—Il s’agissait de savoir si les art. 8(1), 10(1)a) et 10(2)a) violent l’art. 6(1) de la Charte, et si ces dispositions sont justifiées au sens de l’article premier de la Charte—Le juge Mainville, J.C.A. (motifs concourants) : La Loi porte atteinte au droit d’entrer au Canada et d’y demeurer garanti par l’art. 6(1) de la Charte—Les délinquants emprisonnés dans des pays étrangers ne sont pas en mesure d’exercer ce droit parce qu’ils sont assujettis à la contrainte du pays étranger—Le droit garanti par l’art. 6(1) entre en jeu dès qu’une demande de transfèrement est approuvée par le pays étranger—Cela dit, les art. 10(1)a) et 10(2)a) de la Loi sont justifiés au sens de l’article premier de la Charte—Le juge Nadon, J.C.A. (la juge Trudel, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : Le Canada ne refuse pas de laisser entrer l’appellant, mais refuse

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Hillary v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.A.)..... 164

Citizenship and Immigration—Immigration Practice—Appeal from Federal Court decision dismissing judicial review seeking to set aside Immigration and Refugee Board of Canada Immigration Appeal Division (IAD) decision dismissing appellant’s application to reopen IAD appeal against deportation heard by other IAD panel—Federal Court certifying question regarding IAD’s duty under *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 167(2) to determine whether appellant suffering from mental illness capable of understanding nature of appeal proceedings—Appellant, permanent resident, suffering from schizophrenia, having lengthy criminal record in Canada—Claiming IAD denying him fair hearing by failing to inquire whether he appreciated nature of proceeding—Whether IAD erring when finding no breach of natural justice occurring at IAD appeal hearing—Act, s. 167(2) requiring IAD to appoint designated representative when appellant not appreciating nature of proceedings—Recognizing that certain individuals requiring assistance of designated representative—Only in most unusual circumstances that panel obliged to make inquiries where appellant represented by counsel who has not raised issue of client’s ability to understand nature of proceedings—Federal Court correctly concluding that, on basis of record, mere fact IAD panel hearing appellant’s appeal knew of appellant’s schizophrenia not sufficient to trigger duty thereon to inquire whether to appoint designated representative under s. 167(2)—No evidence herein about current state of appellant’s mental health, its treatment, extent to which likely to impair his understanding of nature of proceedings—IAD should be able to rely on counsel to raise any concerns on issue, bring into question appropriateness of normal assumption appellants understanding nature of Board’s proceedings—As for certified question, whether natural justice requiring IAD to initiate inquiries as to whether appellant suffering from mental illness appreciating nature of proceedings depending on examination of all circumstances of case—Appeal dismissed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

plutôt de prendre en charge l’exécution de la peine de celui-ci—Ce refus ne porte pas atteinte au droit garanti par l’art. 6(1)—Il n’y a pas de lien de causalité entre le refus et l’impossibilité pour l’appelant d’entrer au Canada—Rien dans le libellé de l’art. 6(1) ne laisse croire que celui-ci donne à un citoyen le droit de purger au Canada une peine d’emprisonnement infligée à l’étranger—Appel rejeté.

Hillary c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.A.F.) 164

Citoyenneté et Immigration—Pratique en matière d’immigration—Appel d’une décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire qui visait à obtenir l’annulation de la décision de la Section d’appel de l’immigration (SAI) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié du Canada qui avait rejeté la requête de l’appelant pour la réouverture de son appel contre la mesure d’expulsion prise contre lui par une autre formation de la SAI—La Cour fédérale a certifié la question portant sur l’obligation qu’a la SAI aux termes de l’art. 167(2) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* de déterminer si l’appelant qui souffre d’une maladie mentale est en mesure de comprendre la nature de la procédure—L’appelant, un résident permanent, souffre de schizophrénie et a un long casier judiciaire au Canada—Il a allégué que la SAI l’a privé d’une audience équitable lorsqu’elle a omis de vérifier s’il comprenait la nature de la procédure—La SAI a-t-elle commis une erreur lorsqu’elle a conclu qu’il n’y avait pas eu manquement lors de l’audition de l’appel?—L’art. 167(2) de la Loi oblige la SAI à commettre un représentant lorsque l’appelant ne comprend pas la nature de la procédure—La Cour a reconnu que certaines personnes ont besoin de l’assistance d’un représentant désigné—Le tribunal n’est obligé que dans des circonstances exceptionnelles d’effectuer des vérifications lorsque l’appelant est représenté par un avocat qui ne soulève pas la question de la capacité de son client à comprendre la nature de la procédure—La Cour fédérale a conclu à bon droit qu’au vu du dossier, le seul fait que le tribunal de la SAI qui a instruit l’appel savait que M. Hillary était schizophrène n’était pas suffisant pour l’obliger d’office à vérifier s’il y avait lieu de commettre un représentant aux termes de l’art. 167(2)—Il n’y avait aucun élément de preuve en l’espèce concernant l’état actuel de la santé mentale de l’appelant, son traitement et la mesure dans laquelle celle-ci risquait de nuire à sa compréhension de la nature de la procédure—La SAI devrait pouvoir se fier à l’avocat pour soulever toute préoccupation à cet égard et pour remettre en question la pertinence de tenir pour acquis, comme il est courant de le faire, que les appelants comprennent la nature de la procédure devant la Commission—La question certifiée, qui consiste à établir si

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Kane v. Canada (Attorney General) (F.C.A.) 112

Public Service—Selection Process—Merit Principle—Appeal from Federal Court decision dismissing judicial review of Public Service Staffing Tribunal decision dismissing complaint of abuse of authority made under *Public Service Employment Act*, s. 77(1)(b)—Appellant public servant, deployed to work as service delivery manager at Service Canada—Appellant’s position replaced by regional manager position which appellant occupying in acting capacity—Advertised appointment process begun to fill regional manager position—Appellant taking part in competition but failing tests—Appellant alleging, in complaint filed with Tribunal, position not new but constituting appellant’s old service delivery manager position—Tribunal concluding that, given breadth of discretion conferred on employer by Act, s. 33, abuse of authority complaint could not be based simply on fact position had been filled after advertised internal appointment process—Federal Court agreeing with Tribunal’s decision—Whether Tribunal erring in deciding that employer not abusing authority herein; that appellant failing to prove that decision not to appoint him as regional manager caused by abuse of authority—*Per* Evans J.A. (Dawson J.A. concurring): Breadth of discretion conferred on employer by Act, s. 33 such that whether position new constituting factor employer may consider—Tribunal committing reviewable error when regarding as irrelevant to complaint distinction between new, reclassified positions; that employer’s characterization of position as new incapable of grounding abuse of authority complaint—Decision made pursuant to s. 33 arbitrary if based on irrational finding of material fact, which employer may consider in exercise of power—Also unreasonable for Tribunal to dismiss appellant’s complaint on basis failed to prove that, even if decision to advertise position constituting abuse of authority, not reason why appellant not appointed thereto—Appeal allowed—*Per* Stratas J.A. (dissenting): Tribunal adopting defensible interpretation, application, exercise of Parliament’s law based on plain wording of Act, s. 33—Tribunal’s view that employer exercising authority within ambit of s. 33, not committing “abuse of authority” defensible particularly on unusual factual record in present case—Majority failing to engage in truly deferential reasonableness review when concluding that Tribunal failing to take into account relevant consideration (newness of position)—Resulting in insufficient deference to Tribunal’s decision.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

les principes de justice naturelle obligent la SAI à vérifier si l’appelant qui est atteint d’une maladie mentale comprend la nature de la procédure, reposait sur l’examen de l’ensemble des circonstances de l’affaire—Appel rejeté.

Kane c. Canada (Procureur général) (C.A.F.) 112

Fonction publique—Procédure de sélection—Principe du mérite—Appel à l’encontre de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire visant la décision par laquelle le Tribunal de la dotation de la fonction publique a rejeté la plainte d’abus de pouvoir présentée en vertu de l’art. 77(1)(b) de la *Loi sur l’emploi dans la fonction publique*—L’appelant est un fonctionnaire qui a fait l’objet d’une mutation pour travailler comme gestionnaire de la prestation des services à Service Canada—Le poste de l’appelant a été remplacé par le poste de gestionnaire régional que l’appelant occupait à titre intérimaire—Un processus de nomination annoncé a été lancé en vue de doter le poste de gestionnaire régional—L’appelant a pris part au concours mais a échoué aux tests—Dans la plainte qu’il a déposée auprès du Tribunal, l’appelant a allégué que le poste n’était pas nouveau, mais qu’il s’agissait de son ancien poste de gestionnaire de la prestation des services—Le Tribunal a conclu que, compte tenu de la portée du pouvoir discrétionnaire conféré à l’employeur par l’art. 33 de la Loi, une plainte d’abus de pouvoir ne pouvait être fondée sur le simple fait qu’un poste avait été doté au terme d’un processus annoncé de nomination interne—La Cour fédérale a souscrit à la décision du Tribunal—Il s’agissait de savoir si le Tribunal a commis une erreur en décidant que l’employeur n’a pas commis d’abus de pouvoir en l’espèce et que l’appelant n’a pas démontré que la décision de ne pas le nommer au poste de gestionnaire régional s’expliquait par un abus de pouvoir—Le juge Evans, J.C.A. (la juge Dawson, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : La portée du pouvoir discrétionnaire conféré à l’employeur par l’art. 33 de la Loi est telle que celui-ci peut effectivement tenir compte de la question de savoir s’il s’agit d’un nouveau poste—Le Tribunal a commis une erreur susceptible de révision en considérant comme sans importance dans le cas d’une plainte la distinction entre un nouveau poste et un poste reclassifié, et que le fait que l’employeur qualifiait le poste de nouveau poste ne pouvait donner ouverture à une plainte d’abus de pouvoir—La décision rendue en vertu de l’art. 33 est arbitraire si elle repose sur une conclusion irrationnelle portant sur un fait important dont l’employeur peut tenir compte pour exercer son pouvoir—Il était également déraisonnable de la part du Tribunal de rejeter la plainte de l’appelant parce qu’il n’a pas prouvé que, même si la décision d’annoncer le poste constituait un abus de pouvoir, ce n’était pas la raison pour laquelle il n’a pas été nommé à

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Sapru v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.A.) 3

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Permanent Residents—Appeal from Federal Court decision dismissing judicial review of decision by immigration officer rejecting principal appellant’s application for permanent residence—Medical officer concluding that principal appellant’s son having health condition reasonably expected to cause excessive demand on social services—Not conducting individualized assessment—Immigration officer agreeing with medical opinion—Appellants taking issue with “generic” non-individualized assessment—Federal Court concluding that medical officer considering non-medical evidence; not required to make inquiries into appellants’ abilities, intent to offset excessive demand, that inadequate reasons saved by those of immigration officer—Whether medical officer having duty to: seek information about appellants’ ability, intent to mitigate excessive demand from outset of inquiry; provide adequate reasons for finding person inadmissible on health grounds—Appellants best positioned to provide evidence of ability, intent to mitigate excessive demand—Medical officer not having to make inquiry at earlier stage—But medical officer having to provide sufficient information allowing immigration officer to be satisfied that medical officer’s opinion reasonable—Inadequacies of medical officer’s reasons not overcome by immigration officer’s reasons because: not possible for immigration officer to meaningfully assess reasonableness of medical officer’s opinion; immigration, medical officers not collaborating during assessment; Federal Court erring in relying on medical officer’s affidavit; Immigration officer’s reasons not independent of medical opinion—Appeal allowed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

ce poste—Appel accueilli—Le juge Stratas, J.C.A. (dissident) : Le Tribunal a procédé à une interprétation et à une application d’une loi fédérale qui se justifiaient en raison des termes clairs de l’art. 33 de la Loi—L’avis du Tribunal selon lequel l’employeur a exercé son pouvoir en respectant le cadre prévu à l’art. 33 et n’a donc pas commis d’« abus de pouvoir » se justifiait, surtout si l’on tient compte du dossier factuel inusité de la présente affaire—Les juges majoritaires n’ont pas procédé à un contrôle de la raisonnablement véritablement empreint de déférence en concluant que le Tribunal n’a pas tenu compte d’une considération pertinente (la nouveauté du poste)—Cette approche s’est traduite par une déférence insuffisante à l’égard de la décision du Tribunal.

Sapru c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.A.F.) 3

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Résidents permanents—Appel à l’encontre de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté le contrôle judiciaire de la décision d’un agent d’immigration de rejeter la demande de résidence permanente de l’appelant principal—La médecin agréée a conclu que le fils de l’appelant avait un état de santé qui risquait d’entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux—La médecin n’a pas procédé à une évaluation individualisée—L’agent d’immigration a souscrit à l’avis médical—Les appelants contestent l’évaluation « générique » non individualisée—La Cour fédérale a conclu que la médecin a tenu compte des éléments de preuve non médicaux, qu’elle n’était pas tenue de rechercher des renseignements concernant la capacité et l’intention des appelants d’atténuer le fardeau excessif, que les motifs de l’agent d’immigration légitimaient les motifs insuffisants de la médecin—Il s’agissait de savoir si un médecin agréé est tenu de rechercher des renseignements à propos de la capacité et de l’intention des appelants d’atténuer le fardeau excessif dès le début de l’examen et s’il a l’obligation de fournir des motifs suffisants lorsqu’il conclut qu’une personne est interdite de territoire pour des motifs sanitaires—Les appelants sont les mieux placés pour fournir des éléments de preuve quant à leur capacité et leur intention d’atténuer le fardeau excessif—Le médecin agréé n’est pas tenu de demander des renseignements à une étape plus précoce—Le médecin agréé doit cependant soumettre à l’agent d’immigration des renseignements suffisants pour le convaincre que l’avis médical est raisonnable—Les motifs de l’agent d’immigration ne suppléent pas à l’insuffisance des motifs de la médecin du fait que l’agent d’immigration ne peut pas procéder à une évaluation utile de l’avis du médecin, que l’agent immigration et la médecin n’ont pas collaboré pendant le processus d’évaluation, que la

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Shahid v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.A.) 99

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Permanent Residents—Construction of “full-time equivalent”—Appeal from Federal Court decision allowing judicial review of immigration officer’s decision denying respondent’s application for permanent residence as skilled worker—Respondent failing to obtain 67-point minimum to qualify since spouse not awarded any points for educational credentials—Federal Court finding immigration officer’s decision unreasonable, certifying question regarding construction of “full-time equivalent” under *Immigration and Refugee Protection Regulations*, s. 78(2)—Whether Federal Court wrongly holding respondent’s spouse meeting educational requirement under Regulations—Definition of “full-time equivalent” in Regulations restricted to persons engaged in part-time or accelerated studies; deeming such persons who obtain degree to have studied equivalent number of hours as individual who obtained same degree on full-time basis—Definition not creating any other form of equivalency—Federal Court ignoring definition’s limitation—No discrepancy existing in this case as to time studied—Equivalence identified by Federal Court going to mode or manner of studies rather than time required for completion thereof—Definition not operating this way—Federal Court also failing to consider other related definitions in Regulations—On correct construction of “full-time equivalent”, respondent’s spouse failing to meet two requirements of Regulations, s. 78(2)(d)(ii) since not obtaining educational credential as defined or achieving 14 years of full-time or full-time equivalent studies—Therefore, Federal Court erring in intervening in immigration officer’s decision—As for certified question, definition of “full-time equivalent” requiring consideration of both nature, quantity of instruction individual receiving—Appeal allowed.

SOMMAIRE (Fin)

Cour fédérale a commis une erreur en se fondant sur l’affidavit de la médecin, que les motifs de l’agent d’immigration n’étaient pas indépendants de l’avis médical—Appel accueilli.

Shahid c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.A.F.) 99

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Résidents permanents—Interprétation de l’expression « équivalent temps plein »—Appel de la décision de la Cour fédérale autorisant un contrôle judiciaire à l’encontre de la décision d’un agent d’immigration qui a refusé la demande de résidence permanente de l’intimé dans la catégorie des travailleurs qualifiés—L’intimé n’a pas atteint le seuil minimal de 67 points, étant donné que son épouse ne s’est vu attribuer aucun point pour un diplôme—La Cour fédérale a conclu que la décision de l’agent d’immigration était déraisonnable et a certifié la question relative à l’interprétation de l’expression « équivalent temps plein » aux termes de l’art. 78(2) du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*—La Cour fédérale a-t-elle considéré à tort que l’épouse de l’intimé satisfait aux exigences du Règlement en matière d’études?—D’après la définition du Règlement, l’expression « équivalent temps plein » ne vaut que pour les personnes qui font des études à temps partiel ou des études accélérées; les personnes dans cette situation qui obtiennent un diplôme sont réputées avoir étudié un nombre d’heures équivalent à celui des personnes qui obtiennent le même diplôme à la suite d’études à temps plein—La définition ne prévoit aucune autre forme d’équivalence—La Cour fédérale a méconnu la restriction de la définition—Il n’y a en l’espèce aucun écart en ce qui concerne le nombre d’heures d’études—L’équivalence indiquée par la Cour fédérale porte sur le mode d’études, plutôt que sur le temps requis pour les compléter—La définition ne fonctionne pas de cette façon—Par ailleurs, la Cour fédérale n’a pas tenu compte de définitions connexes du Règlement—Suivant l’interprétation correcte de la définition de l’expression « équivalent temps plein », l’épouse de l’intimé ne satisfait pas aux deux conditions prévues à l’art. 78(2)(d)(ii), en ce qu’elle n’a ni obtenu un diplôme au sens du Règlement, ni accumulé quatorze années d’études à temps plein ou « l’équivalent temps plein »—Il s’ensuit que la Cour fédérale a commis une erreur en intervenant à l’encontre de la décision de l’agent d’immigration—En ce qui concerne la question certifiée, la définition de l’expression « équivalent temps plein » exige que l’on tienne compte à la fois de la nature et de l’aspect quantitatif de la formation reçue par l’intéressé—Appel accueilli.

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

Air Canada Pilots Association v. Kelly, T-1615-09, T-1606-09, 2011 FC 120, has been reversed on appeal (A107-11, 2012 FCA 209), reasons for judgment handed down July 17, 2012. Both decisions will be published in the *Federal Courts Reports*.

T. Co. Metals LLC v. Federal Ems (Vessel), T-1613-08, 2011 FC 1067, has been reversed in part on appeal (A-378-11, 2012 FCA 284), reasons for judgment handed down November 8, 2012. Both decisions will be published in the *Federal Courts Reports*.

SUPREME COURT OF CANADA

GlaxoSmithKline Inc. v. Canada, A-345-08, 2010 FCA 201, has been affirmed on appeal (2012 SCC 52). The reasons for judgment, handed down October 18, 2012, will be published in the *Supreme Court Reports*.

Pfizer Canada Inc. v. Novopharm Limited, 2010 FCA 242, [2012] 2 F.C.R. 69, has been reversed on appeal (2012 SCC 60). The reasons for judgment, handed down November 8, 2012, will be published in the *Supreme Court Reports*.

Applications for leave to appeal

Ballantyne v. Canada, A-362-09, 2012 FCA 95, Evans J.A., judgment dated March 20, 2012, leave to appeal to S.C.C. refused October 25, 2012.

Khan v. Canada, A-158-11, Noël, Nadon and Stratas J.J.A., judgment dated April 10, 2012, leave to appeal to S.C.C. refused November 1, 2012.

Lewry v. Canada (Attorney General), A-273-11, 2012 FCA 125, Pelletier J.A., judgment dated April 24, 2012, leave to appeal to S.C.C. refused November 15, 2012.

Public Service Alliance of Canada v. Canada (Revenue Agency), A-140-11, 2012 FCA 7, Noël J.A., judgment dated January 10, 2012, leave to appeal to S.C.C. refused November 8, 2012.

Robertson v. Canada, A-456-10, 2012 FCA 94, Evans J.A., judgment dated March 20, 2012, leave to appeal to S.C.C. refused October 25, 2012.

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Association des pilotes d'Air Canada c. Kelly*, T-1615-09, T-1606-09, 2011 CF 120, a été infirmée en appel (A-107-11, 2012 CAF 209), les motifs du jugement ayant été prononcés le 17 juillet 2012. Les deux décisions seront publiées dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

La décision *T. Co. Metals LLC c. Federal Ems (Navire)*, T-1613-08, 2011 CF 1067, a été infirmée en partie en appel (A-378-11, 2012 CAF 284), les motifs du jugement ayant été prononcés le 8 novembre 2012. Les deux décisions seront publiées dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

COUR SUPRÊME DU CANADA

L'arrêt *GlaxoSmithKline Inc. c. Canada*, A-345-08, 2010 CAF 201, a été confirmé en appel (2012 CSC 52). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 18 octobre 2012, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

L'arrêt *Pfizer Canada Inc. c. Novopharm Limited*, 2010 CAF 242, [2012] 2 R.C.F. 69, a été infirmé en appel (2012 CSC 60). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 8 novembre 2012, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

Demandes d'autorisation de pourvoi

Ballantyne c. Canada, A-362-09, 2012 CAF 95, le juge Evans, J.C.A., jugement en date du 20 mars 2012, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 25 octobre 2012.

Khan c. Canada, A-158-11, les juges Noël, Nadon et Stratas, J.C.A., jugement en date du 10 avril 2012, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 1^{er} novembre 2012.

Lewry c. Canada (Procureur général), A-273-11, 2012 CAF 125, le juge Pelletier, J.C.A., jugement en date du 24 avril 2012, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 15 novembre 2012.

Alliance de la Fonction publique du Canada c. Canada (Agence du revenu), A-140-11, 2012 CAF 7, le juge Noël, J.C.A., jugement en date du 10 janvier 2012, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 8 novembre 2012.

Robertson c. Canada, A-456-10, 2012 CAF 94, le juge Evans, J.C.A., jugement en date du 20 mars 2012, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 25 octobre 2012.

APPEALS NOTED

Spirits International B.V. v. BCF S.E.N.C.R.L., A-357-11, 2012 FCA 131, Sharlow J.A., judgment dated April 27, 2012, leave to appeal to S.C.C. refused November 1, 2012.

Spirits International B.V. c. BCF S.E.N.C.R.L., A-357-11, 2012 CAF 131, la juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 27 avril 2012, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 1^{er} novembre 2012.

Teva Canada Limited v. Nycomed Canada Inc., A-401-11, 2012 FCA 129, Evans J.A., jugement dated April 25, 2012, leave to appeal to S.C.C. refused November 1, 2012.

Teva Canada Limited c. Nycomed Canada Inc., A-401-11, 2012 CAF 129, le juge Evans, J.C.A., jugement en date du 25 avril 2012, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 1^{er} novembre 2012.

**Federal Courts
Reports**

2012, Vol. 4, Part 1

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2012, Vol. 4, 1^{er} fascicule

A-115-10
2011 FCA 35

A-115-10
2011 CAF 35

Vithal Sapru, Amita Sapru, Radika Sapru, Rishi Sapru (Appellants)

Vithal Sapru, Amita Sapru, Radika Sapru, Rishi Sapru (appelants)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration (Respondent)

Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (intimé)

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

RÉPERTORIÉ : SAPRU c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)

Federal Court of Appeal, Dawson, Layden-Stevenson and Stratas J.J.A.—Toronto, December 14, 2010; Ottawa, February 1, 2011.

Cour d'appel fédérale, juges Dawson, Layden-Stevenson et Stratas, J.C.A.—Toronto, 14 décembre 2010; Ottawa, 1^{er} février 2011.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent Residents — Appeal from Federal Court decision dismissing judicial review of decision by immigration officer rejecting principal appellant's application for permanent residence — Medical officer concluding that principal appellant's son having health condition reasonably expected to cause excessive demand on social services — Not conducting individualized assessment — Immigration officer agreeing with medical opinion — Appellants taking issue with "generic" non-individualized assessment — Federal Court concluding that medical officer considering non-medical evidence; not required to make inquiries into appellants' abilities, intent to offset excessive demand, that inadequate reasons saved by those of immigration officer — Whether medical officer having duty to: seek information about appellants' ability, intent to mitigate excessive demand from outset of inquiry; provide adequate reasons for finding person inadmissible on health grounds — Appellants best positioned to provide evidence of ability, intent to mitigate excessive demand — Medical officer not having to make inquiry at earlier stage — But medical officer having to provide sufficient information allowing immigration officer to be satisfied that medical officer's opinion reasonable — Inadequacies of medical officer's reasons not overcome by immigration officer's reasons because: not possible for immigration officer to meaningfully assess reasonableness of medical officer's opinion; immigration, medical officers not collaborating during assessment; Federal Court erring in relying on medical officer's affidavit; Immigration officer's reasons not independent of medical opinion — Appeal allowed.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Appel à l'encontre de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté le contrôle judiciaire de la décision d'un agent d'immigration de rejeter la demande de résidence permanente de l'appelant principal — La médecin agréée a conclu que le fils de l'appelant avait un état de santé qui risquait d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux — La médecin n'a pas procédé à une évaluation individualisée — L'agent d'immigration a souscrit à l'avis médical — Les appelants contestent l'évaluation « générique » non individualisée — La Cour fédérale a conclu que la médecin a tenu compte des éléments de preuve non médicaux, qu'elle n'était pas tenue de rechercher des renseignements concernant la capacité et l'intention des appelants d'atténuer le fardeau excessif, que les motifs de l'agent d'immigration légitimaient les motifs insuffisants de la médecin — Il s'agissait de savoir si un médecin agréé est tenu de rechercher des renseignements à propos de la capacité et de l'intention des appelants d'atténuer le fardeau excessif dès le début de l'examen et s'il a l'obligation de fournir des motifs suffisants lorsqu'il conclut qu'une personne est interdite de territoire pour des motifs sanitaires — Les appelants sont les mieux placés pour fournir des éléments de preuve quant à leur capacité et leur intention d'atténuer le fardeau excessif — Le médecin agréé n'est pas tenu de demander des renseignements à une étape plus précoce — Le médecin agréé doit cependant soumettre à l'agent d'immigration des renseignements suffisants pour le convaincre que l'avis médical est raisonnable — Les motifs de l'agent d'immigration ne suppléent pas à l'insuffisance des motifs de la médecin du fait que l'agent d'immigration ne peut pas procéder à une évaluation utile de l'avis du médecin, que l'agent immigration et la médecin n'ont pas collaboré pendant le processus d'évaluation, que la Cour fédérale a commis une

This was an appeal from a Federal Court decision dismissing an application for judicial review of a decision by an immigration officer rejecting the principal appellant's application for permanent residence as a member of the skilled worker class.

A medical officer diagnosed the principal appellant's son as suffering from a developmental delay and concluded that his condition might reasonably be expected to cause excessive demand on social services. The medical officer did not conduct an individualized assessment of the likely demand for social services as mandated by the Supreme Court of Canada in *Hilewitz v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *De Jong v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (Hilewitz)*. The immigration officer agreed with the medical officer's assessment in his fairness letter. In their fairness response, the appellants took issue with the social services said to be required and with what they characterized as the "generic" non-individualized assessment. The medical officer concluded that the fairness response contained no information that would lead her to view that her original assessment was incorrect. In advising the appellants that they did not meet the requirements for permanent residence, the immigration officer repeated *verbatim* the information concerning the diagnosis and condition as described in the medical notification and the fairness letter. The Federal Court concluded, *inter alia*, that the medical officer had considered the non-medical evidence concerning the ability and intent of the family to offset any excessive demand, that she was not required to make any inquiries into the appellants' ability and intent to offset any excessive demand, and that her inadequate reasons were saved by the detailed reasons of the immigration officer.

At issue was whether a medical officer must seek information about the appellants' ability and intent to mitigate excessive demand on social services from the outset of the inquiry; and whether a medical officer has a duty to provide adequate reasons for finding that a person is inadmissible on health grounds pursuant to paragraph 38(1)(c) of the *Immigration and Refugee Protection Act* that is independent from the immigration officer's duty to provide reasons.

Held, the appeal should be allowed.

erreur en se fondant sur l'affidavit de la médecin, que les motifs de l'agent d'immigration n'étaient pas indépendants de l'avis médical — Appel accueilli.

Il s'agissait d'un appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire présentée à l'égard de la décision d'un agent d'immigration de rejeter la demande de résidence permanente de l'appelant principal à titre de membre de la catégorie des travailleurs qualifiés.

Une médecin agréée a diagnostiqué chez le fils de l'appelant principal une déficience intellectuelle et a conclu que son état de santé risquait d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux. La médecin n'a pas procédé à une évaluation individualisée du fardeau probable pour les services sociaux comme l'a exigé la Cour suprême du Canada dans *Hilewitz c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*; *De Jong c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (Hilewitz)*. L'agent d'immigration a souscrit à l'évaluation de la médecin dans la lettre d'équité. Dans leur réponse à la lettre d'équité, les appelants ont contesté la nécessité de recourir aux services sociaux ainsi que l'examen qu'il ont qualifié d'évaluation « générique » non individualisée. La médecin a conclu que la réponse à la lettre d'équité ne contenait aucun renseignement qui inciterait à penser que son évaluation initiale était inexacte. En informant les appelants qu'ils ne satisfaisaient pas aux exigences en matière de résidence permanente, l'agent d'immigration a repris intégralement les renseignements concernant le diagnostic et l'état de santé de leur fils qui se trouvaient dans la déclaration médicale ainsi que dans la lettre d'équité. La Cour fédérale a conclu, entre autres, que la médecin avait tenu compte des éléments de preuve non médicaux concernant la capacité et l'intention de la famille de compenser un éventuel fardeau excessif, qu'elle n'était pas tenue de rechercher des renseignements concernant la capacité et l'intention des appelants de compenser un éventuel fardeau excessif et que les motifs de l'agent d'immigration légitimaient les motifs insuffisants de la médecin.

Il s'agissait de savoir si le médecin agréé doit chercher des renseignements à propos de la capacité et l'intention des appelants d'atténuer le fardeau excessif pour les services sociaux dès le début de l'examen et si le médecin agréé qui conclut qu'une personne est interdite de territoire pour des motifs sanitaires en application de l'art. 38(1)c) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* a l'obligation de fournir des motifs suffisants, qui est une obligation indépendante de l'obligation de l'agent d'immigration de fournir des motifs.

Arrêt : l'appel doit être accueilli.

The appellants are best positioned to provide evidence of their ability and intent to mitigate excessive demand. A medical officer does not have to make an inquiry at an earlier stage as long as the fairness response is considered carefully and with an open mind. The medical officer must provide a fairness letter that sets out clearly all of the relevant concerns so that an applicant knows the case to be met and has a true opportunity to meaningfully respond to all of the concerns of the medical officer.

A medical officer is under a duty to provide sufficient information to allow the immigration officer, when making a decision on admissibility, to be satisfied that the medical officer's opinion is reasonable. This principle was established by case law developed under the former *Immigration Act* and is still applicable under the current regime. When assessing medical inadmissibility, a medical officer must take into account both medical and non-medical factors and provide the immigration officer with a medical opinion about any health condition an applicant has. In the present case, the Federal Court incorrectly concluded that the inadequacies of the medical officer's reasons were overcome by the reasons of the immigration officer. First, the immigration officer could not meaningfully assess the reasonableness of the medical officer's opinion. The immigration officer must be presumed to have known that the medical officer's initial assessment which led to the fairness letter was not the individualized assessment as mandated in *Hilewitz*. Second, there is no documentation in the certified tribunal record that the immigration and medical officers collaborated during the process of assessing excessive demand, as mandated in *Citizenship and Immigration Canada's Operational Bulletin 063*. Finally, the Federal Court's reliance on the medical officer's affidavit is problematic in that the affidavit was not before the immigration officer when he assessed the reasonableness of the medical officer's opinion, and an affidavit cannot be used to bolster the reasons of a decision maker on judicial review. The immigration officer's reasons were not independent of the medical opinion. Without a proper medical opinion as to the principal appellant's son condition and any resultant special needs, it was premature for the immigration officer to assess the adequacy of the appellants' plan. The decision of the immigration officer was thus set aside and the matter remitted to another immigration officer for redetermination on the basis of a valid medical opinion prepared by a different medical officer.

Les appelants sont les mieux placés pour fournir des éléments de preuve quant à leur capacité et leur intention d'atténuer le fardeau excessif. Le médecin agréé n'est pas tenu de demander des renseignements à une étape plus précoce, dans la mesure où il examine avec soin et avec un esprit ouvert la réponse à la lettre d'équité. Le médecin agréé doit transmettre une lettre d'équité qui expose clairement toutes les préoccupations pertinentes pour que le demandeur sache ce qu'il a à démontrer et qu'il ait une véritable possibilité d'y répondre utilement.

Le médecin agréé a l'obligation de fournir à l'agent d'immigration des renseignements suffisants susceptibles de le convaincre, au moment où il se prononce sur l'interdiction de territoire, que l'avis du médecin est raisonnable. Ce principe est bien établi dans la jurisprudence élaborée sous le régime de l'ancienne *Loi sur l'immigration* et s'applique toujours sous le régime actuel. Lorsqu'il évalue une interdiction de territoire pour motifs sanitaires, le médecin doit tenir compte tant des facteurs médicaux que des facteurs non médicaux et transmettre à l'agent d'immigration un avis médical sur les troubles pathologiques dont le demandeur est atteint. En l'espèce, la Cour fédérale a conclu à tort que les motifs de l'agent d'immigration suppléent à l'insuffisance des motifs de la médecin. Premièrement, l'agent d'immigration ne peut pas procéder à une évaluation utile de l'avis du médecin. L'agent immigration doit être présumé avoir su que l'évaluation initiale de la médecin qui a conduit à la lettre d'équité ne correspondait pas à l'évaluation individualisée exigée par l'arrêt *Hilewitz*. Deuxièmement, aucun détail n'a toutefois été consigné dans le dossier certifié du tribunal au sujet de la collaboration entre l'agent d'immigration et la médecin pendant le processus d'évaluation du fardeau excessif, comme il est exigé dans le *Bulletin opérationnel 063* de Citoyenneté et Immigration Canada. Enfin, l'importance que la Cour fédérale a accordée à l'affidavit de la médecin pose problème en ce que l'agent d'immigration ne disposait pas de l'affidavit lorsqu'il a examiné le caractère raisonnable de l'avis de la médecin, et qu'on ne peut se servir d'un affidavit pour étayer les motifs de l'auteur de la décision faisant l'objet d'un contrôle judiciaire. Les motifs de l'agent d'immigration n'étaient pas indépendants de l'avis médical. Sans avis médical approprié quant à l'état de santé du fils de l'appelant principal et aux besoins spéciaux en découlant, il était prématuré de la part de l'agent d'immigration de juger si le plan proposé par les appelants était suffisant. La décision de l'agent d'immigration a été donc annulée et l'affaire renvoyée à un autre agent d'immigration pour qu'il la réexamine en se fondant sur un avis médical valide établi par un autre médecin agréé.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Federal Courts Immigration and Refugee Protection Rules, SOR/93-22 (as am. by SOR/2005-339, s. 1), r. 22 (as am. by SOR/2002-232, s. 11).
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 19(1)(a)(ii).
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 38(1)(c), 42.
Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, ss. 1(1) “excessive demand” (as am. by SOR/2009-163, s. 1(E)), 20, 30(1)(a), (4) (as am. by SOR/2004-167, s. 9), 34.

CASES CITED

APPLIED:

Hilewitz v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration); *De Jong v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 57, [2005] 2 S.C.R. 706, 259 D.L.R. (4th) 244, 33 Admin. L.R. (4th) 1; *Sellathurai v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2008 FCA 255, [2009] 2 F.C.R. 576, 297 D.L.R. (4th) 651, 82 Admin. L.R. (4th) 243.

REFERRED TO:

Colaco v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2007 FCA 282, 64 Imm. L.R. (3d) 161, 370 N.R. 333; *Telfer v. Canada (Revenue Agency)*, 2009 FCA 23, [2009] 4 C.T.C. 123, 2009 DTC 5046, 386 N.R. 212; *Sketchley v. Canada (Attorney General)*, 2005 FCA 404, [2006] 3 F.C.R. 392, 263 D.L.R. (4th) 113, 44 Admin. L.R. (4th) 4; *Gao v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1993), 14 Admin. L.R. (2d) 233, 61 F.T.R. 65, 18 Imm. L.R. (2d) 306 (F.C.T.D.).

AUTHORS CITED

Citizenship and Immigration Canada. *Operational Bulletin 063*. “Assessing Excessive Demand on Social Services”, September 24, 2008, online: <<http://www.cic.gc.ca/english/resources/manuals/bulletins/2008/ob063.asp>>.

APPEAL from a Federal Court decision (2010 FC 240, [2011] 2 F.C.R. 501) dismissing an application for judicial review of a decision by an immigration officer rejecting the principal appellant’s application for permanent residence as a member of the skilled worker class. Appeal allowed.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur l’immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 19(1)a)(ii).
Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 38(1), 42.
Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 1(1) « fardeau excessif » (mod. par DORS/2009-163, art. 1(A)), 20, 30(1)a), (4) (mod. par DORS/2004-167, art. 9), 34.
Règles des Cours fédérales en matière d’immigration et de protection des réfugiés, DORS/93-22 (mod. par DORS/2005-339, art. 1), art. 22 (mod. par DORS/2002-232, art. 11).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Hilewitz c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration); *De Jong c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CSC 57, [2005] 2 R.C.S. 706; *Sellathurai c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2008 CAF 255, [2009] 2 R.C.F. 576.

DÉCISIONS CITÉES :

Colaco c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration), 2007 CAF 282; *Telfer c. Canada (Agence du revenu)*, 2009 CAF 23; *Sketchley c. Canada (Procureur général)*, 2005 FCA 404, [2006] 3 R.C.F. 392; *Gao c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 114 (1^{re} inst.) (QL).

DOCTRINE CITÉE

Citoyenneté et Immigration Canada. *Bulletin opérationnel 063*. « Évaluation de fardeau excessif pour les services sociaux », 22 septembre 2008, en ligne : <<http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/guides/bulletins/2008/bo063.asp>>.

APPEL de la décision (2010 CF 240, [2011] 2 R.C.F. 501) par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire présentée à l’égard de la décision d’un agent d’immigration de rejeter la demande de résidence permanente de l’appelant principal à titre de membre de la catégorie des travailleurs qualifiés. Appel accueilli.

APPEARANCES

Cecil Rotenberg, Q.C. and *Mario Bellissimo* for appellants.
Lorne McClenaghan for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Bellissimo Law Group for appellants.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] DAWSON J.A.: This appeal raises important questions concerning the responsibility of a medical officer when considering medical admissibility under the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (Act) and the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (Regulations). Specifically, in considering an applicant's ability and intent to mitigate excessive demand on social services, what inquiries must a medical officer make and when? Thereafter, must a medical officer provide an immigration officer with adequate reasons for the medical officer's opinion that a foreign national's health condition might reasonably be expected to cause excessive demand on social services in Canada?

[2] The questions arise on an appeal from a decision of the Federal Court: 2010 FC 240, [2011] 2 F.C.R. 501. The Judge of the Federal Court certified as serious questions of general importance the following two questions:

a. When considering whether a person is inadmissible on health grounds pursuant to paragraph 38(1)(c) of the Act, is a medical officer obligated to actively seek information about the applicants' ability and intent to mitigate excessive demand on social services from the outset of the inquiry, or is it sufficient for the medical officer to provide a fairness letter and rely on the applicants' response to that letter?

b. Is a medical officer under a duty to provide adequate reasons for finding that a person is inadmissible on health grounds

ONT COMPARU

Cecil Rotenberg, c.r. et *Mario Bellissimo* pour les appelants.
Lorne McClenaghan pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Bellissimo Law Group pour les appelants.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

[1] LA JUGE DAWSON, J.C.A. : Le présent appel soulève d'importantes questions concernant la responsabilité du médecin agréé qui se prononce sur une interdiction de territoire pour motifs sanitaires sous le régime de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la Loi) et du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le Règlement). Plus précisément, lorsqu'il examine la capacité et l'intention du demandeur d'atténuer le fardeau excessif qu'il risque d'imposer aux services sociaux, quels sont les renseignements dont le médecin agréé doit s'enquérir et à quel moment doit-il le faire? Le médecin agréé doit-il par la suite fournir à l'agent d'immigration des motifs suffisants pour justifier son avis que l'état de santé de l'étranger risque d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux au Canada?

[2] Ces questions sont soulevées dans le cadre de l'appel de la décision de la Cour fédérale portant la référence 2010 CF 240, [2011] 2 R.C.F. 501. Le juge de la Cour fédérale a certifié les deux questions suivantes à titre de questions graves de portée générale :

a) Lors de l'examen de la question de savoir si une personne est interdite de territoire pour des motifs sanitaires en application du paragraphe 38(1) de la Loi, le médecin [agréé] est-il tenu de rechercher activement des renseignements à propos de la capacité et de l'intention des demandeurs d'atténuer le fardeau excessif pour les services sociaux dès le début de l'examen ou est-il suffisant que le médecin [agréé] transmette une lettre d'équité et s'appuie sur la réponse des demandeurs à cette lettre?

b) Le médecin [agréé] qui conclut qu'une personne est interdite de territoire pour des motifs sanitaires en application du

pursuant to paragraph 38(1)(c) of the Act, which is independent from the visa officer's duty to provide reasons and which is therefore not satisfied by the visa officer providing reasons that are clearly adequate?

1. Factual Background

[3] Mr. Vithal Sapru, an engineer by profession, applied for status as a permanent resident in Canada as a member of the skilled worker class. Included in his application were his wife Amita, a pediatrician, and their children Radika and Rishi. Mr. Sapru and his family members were each required to submit to a medical examination.

[4] A medical officer reviewed the results of the medical examinations. She completed a medical notification (IMM 5365) in which she diagnosed Rishi as suffering from an intellectual disability. Based on her review of the results of the medical examination and all the reports she had received, the medical officer concluded that Rishi "has a health condition that might reasonably be expected to cause excessive demand on social services" in Canada. More particularly, the officer wrote:

This 8 year old applicant, born Oct 18, 2001, has Developmental Delay. He has psychomotor delay and delay in speech development secondary to perinatal hypoxia. His MRI shows reduction in the volume of white matter with delayed myelination. His mental Age on the Binet-Simon-Indian adaptation, is 4 years with an Intelligence Quotient of 60-65. He is currently dependent on his family for most of the activities of daily living and is delayed in most adaptive skills. The consultant states that Rishi is a special child who will require special care and special education.

In the Canadian context this applicant and his family would require a comprehensive assessment and review by a multi-disciplinary developmental team to establish and then implement an appropriate intervention program to deal with his medical issues and address his adaptive skills deficiencies.

paragraphe 38(1) de la Loi a-t-il l'obligation de fournir des motifs suffisants, qui est une obligation indépendante de l'obligation de l'agent des visas de fournir des motifs et qui n'est donc pas remplie par la présentation de motifs nettement suffisants de la part de l'agent des visas?

1. Rappel des faits

[3] M. Vithal Sapru, qui est ingénieur de profession, a présenté une demande de résidence permanente au Canada à titre de membre de la catégorie des travailleurs qualifiés. Sa femme Amita, qui est pédiatre, et leurs enfants, Radika et Rishi, étaient inclus dans sa demande. M. Sapru et tous les membres de la famille devaient se soumettre à un examen médical.

[4] Les résultats des examens ont été passés en revue par une médecin agréée (la médecin). Celle-ci a signé une déclaration médicale (IMM 5365) dans laquelle elle a diagnostiqué chez Rishi une déficience intellectuelle. Se fondant sur son examen des résultats de l'examen médical et de l'ensemble des rapports dont elle avait pris connaissance, la médecin a conclu que Rishi [TRADUCTION] « a un état de santé risquant d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux » au Canada. Plus particulièrement, elle a écrit ce qui suit :

[TRADUCTION] Né le 18 octobre 2001, le demandeur est âgé de huit ans et souffre d'un retard du développement. Il est atteint d'un retard psychomoteur et d'un retard dans le développement de la parole à la suite d'une hypoxie périnatale. Son IRM indique une diminution du volume de la substance blanche accompagnée d'une myélinisation retardée. Suivant l'adaptation indienne de l'échelle Binet-Simon, il a l'âge mental d'un enfant de quatre ans et son quotient intellectuel se situe entre 60 et 65. À l'heure actuelle, il dépend de sa famille pour la plupart des activités de la vie courante et il connaît un retard relativement à la plupart des capacités d'adaptation. Suivant le consultant, Rishi est un enfant spécial qui nécessitera des soins et une éducation spéciaux.

Dans le contexte canadien, le demandeur et les membres de sa famille devraient subir une évaluation et un examen complets de la part d'une équipe pluridisciplinaire d'acquisition des aptitudes pour établir, et mettre ensuite en œuvre, un plan d'intervention approprié pour faire face aux problèmes médicaux et pour s'occuper des lacunes de Rishi sur le plan de ses capacités d'adaptation.

He, and his supporting family, as appropriate, will likely require a variety of social services, in particular, special education until the age of 21 years, speech therapy, and other services promoting relative independence that focus on acquisition of basic living skills and autonomy to the greatest degree possible. Training and support will likely be needed for communication, self care, functional academics, home living, social and community skills and health and safety. Those services will also include access to a spectrum of supervised settings, parent/family relief programs and respite care for care givers. His requirement for the above mentioned multi-disciplinary services and for special education extending through his teenage years is costly.

Based upon my review of the results of this medical examination and all the reports I have received with respect to the applicant's health condition, I conclude that he has a health condition that might reasonably be expected to cause excessive demand on social services. Specifically, this health condition might reasonably be expected to require services, the costs of which would likely exceed the average Canadian per capita costs over 5 years. The applicant is therefore inadmissible under Section 38(1)(c) of the Immigration and Refugee Protection Act.

[5] The medical officer went on to provide a detailed list of the social services she believed would be required by Rishi and their costs.

[6] In reaching this opinion, the medical officer did not conduct an individualized assessment of Rishi's likely demand for social services (as opposed to his eligibility for such services). This individualized assessment of likely demand was mandated by the Supreme Court of Canada in *Hilewitz v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *De Jong v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 57, [2005] 2 S.C.R. 706. The medical officer did not conduct the required individualized assessment because, until the decision of this Court in *Colaco v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 282, 64 Imm. L.R. (3d) 161, Citizenship and Immigration Canada took the view that *Hilewitz* did not apply to applications for permanent residence made in the skilled

Il est probable que le demandeur et les membres de sa famille qui le soutiennent auront besoin de divers services sociaux, et notamment de services d'éducation spécialisée jusqu'à ce qu'il atteigne l'âge de 21 ans, de services d'orthophonie et d'autres services visant à promouvoir une relative autonomie qui seraient axés sur l'acquisition d'aptitudes de base de la vie quotidienne et de la plus grande autonomie possible. Il aura probablement besoin d'une formation et d'un encadrement en matière de communications, de soins personnels, de compétences fonctionnelles, de soutien à domicile, d'aptitudes sociales et communautaires et de santé et de sécurité. Ces services comprendraient également l'accès à divers milieux protégés ainsi qu'à des programmes d'assistance aux parents et aux membres de la famille et de prise en charge temporaire pour donner du répit aux personnes qui s'occupent de lui. Ces services pluridisciplinaires et ces programmes d'éducation spécialisés que son état exige, qui lui seront dispensés jusqu'à ce qu'il atteigne l'âge adulte, sont coûteux.

Suivant mon examen des résultats de son examen médical et de l'ensemble des rapports que j'ai reçus, je conclus que Rishi a un état de santé qui risque d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux au Canada. Plus précisément, on pourrait raisonnablement s'attendre à ce que son état de santé entraîne des coûts qui excéderaient probablement la moyenne canadienne per capita sur une période de cinq ans. Le demandeur est donc interdit de territoire en application du paragraphe 38(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*.

[5] La médecin a ensuite dressé une liste détaillée des services sociaux dont elle croyait que Rishi aurait besoin ainsi que le coût de ces services.

[6] Pour former cette opinion, la médecin n'a pas procédé à une évaluation individualisée du fardeau probable que Rishi risquerait d'entraîner pour les services sociaux (par opposition à son admissibilité à de tels services). Dans l'arrêt *Hilewitz c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*; *De Jong c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 57, [2005] 2 R.C.S. 706, la Cour suprême du Canada a exigé que l'on procède à cette évaluation individualisée. La médecin ne l'a pas fait parce que, jusqu'à ce que notre Cour rende l'arrêt *Colaco c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CAF 282, Citoyenneté et Immigration Canada était d'avis que l'arrêt *Hilewitz* ne s'appliquait pas aux demandes de résidence permanente

worker class. See: Citizenship and Immigration Canada, *Operational Bulletin 063* [“Assessing Excessive Demand on Social Services”, September 24, 2008].

[7] After a designated immigration officer (immigration officer) received the medical notification, he wrote to Mr. Sapru advising of the concern that Rishi was a person whose health condition might reasonably be expected to cause excessive demand on health or social services in Canada (fairness letter). The fairness letter repeated *verbatim* from the medical notification the diagnosis and particulars of the medical condition that Rishi was said to suffer from and the social services he was said to require. The fairness letter invited Mr. Sapru to submit additional information that addressed any or all of the following items:

- the medical condition identified in the fairness letter;
- the social services likely to be required in Canada as identified in the fairness letter;
- the family’s individualized plan to ensure that no excessive demand would be imposed on Canadian social services for a five-year period accompanied by a signed “Declaration of Ability and Intent” form.

[8] The fairness letter instructed that:

In order to demonstrate that your family member will not place an excessive demand on social services, if permitted to immigrate to Canada, you must establish to the satisfaction of the assessing officer that you have a reasonable and workable plan, along with the financial means and intent to implement this plan, in order to offset the excessive demand that you would otherwise impose on social services, after immigration to Canada.

[9] A response (fairness response) was provided to the fairness letter. Dr. Sapru, Rishi’s mother, acknowledged that her son was “developmentally delayed” but, based on “the two letters which I enclose herewith and which represent the advice you were given as to his

présentées dans la catégorie des travailleurs qualifiés (Citoyenneté et Immigration Canada, *Bulletin opérationnel 063* [« Évaluation de fardeau excessif pour les services sociaux », le 24 septembre 2008]).

[7] Après avoir reçu la déclaration médicale, l’agent d’immigration désigné (l’agent d’immigration) a écrit à M. Sapru pour lui faire part de la crainte que Rishi soit une personne dont l’état de santé risquait d’entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé au Canada (la lettre d’équité). La lettre d’équité reprenait intégralement le diagnostic posé dans la déclaration médicale ainsi que les détails du trouble médical dont on disait que Rishi souffrait ainsi que les services sociaux dont on disait qu’il aurait besoin. La lettre d’équité invitait M. Sapru à soumettre des renseignements supplémentaires portant sur l’un ou l’autre des points suivants :

- l’état médical indiqué dans la lettre d’équité;
- les services sociaux susceptibles d’être requis au Canada précisés dans la lettre d’équité;
- le plan individualisé de la famille pour garantir que les services sociaux canadiens n’auraient pas à assumer un fardeau excessif pendant la période de cinq ans ainsi qu’une « déclaration de capacité et d’intention » dûment signée.

[8] La lettre d’équité précisait également ce qui suit :

[TRADUCTION] Afin de montrer que le membre de votre famille ne constituera pas un fardeau excessif pour les services sociaux s’il est autorisé à immigrer au Canada, vous devez prouver à la satisfaction de l’agent d’évaluation que vous avez un plan raisonnable qui peut être réalisé, les moyens financiers et l’intention de mettre ce plan en œuvre afin d’atténuer le fardeau excessif que vous imposeriez autrement aux services sociaux après votre immigration au Canada.

[9] Une réponse a été donnée à la lettre d’équité (la réponse à la lettre d’équité). La docteure Sapru, la mère de Rishi, a reconnu que son fils souffrait d’un [TRADUCTION] « retard de développement », mais, s’appuyant sur les [TRADUCTION] « deux lettres ci-jointes

general state” she took issue with the seriousness of the condition.

[10] Dr. Sapru also took issue with the level of social services it was said Rishi would require in Canada and with what she characterized as the “generic” non-individualized assessment. She advised that in Canada Rishi would be sent to a private school at the family’s expense and that she would also home school him because she would be unable to pursue her profession in Canada. An indemnity agreement signed by Mr. Sapru, his wife, and also Mr. Sapru’s brother and sister-in-law who reside in Ontario was provided. This agreement purported to indemnify the Ontario Ministers of Education and Health for a period of five years in the event Rishi went to public school or sought physiotherapy services paid for by the Province of Ontario. No completed “Declaration of Ability and Intent” form was provided.

[11] As well, Mr. Sapru’s brother-in-law in Canada provided an affidavit in which he swore, among other things, that he would provide the use of a home in Ontario to his brother and his family upon their arrival in Canada.

[12] The fairness response was sent to the medical officer for review and consideration. A procedural fairness assessment was then completed by the medical officer and sent to the immigration officer. In the procedural fairness assessment the medical officer listed the additional documents she had reviewed in the fairness response. She then wrote:

I have reviewed our medical file for the above-named Foreign National along with the additional material listed above and it is my opinion that no information has been provided which would indicate that the original immigration medical assessment was incorrect. Therefore there is insufficient evidence to support a change or re-evaluation of this Foreign National’s medical assessment at this time. Hence remains M5.

[13] The tribunal record contains no letter, note, e-mail or other writing that explains how the medical officer

qui font état de l’avis qui [...] a été donné [aux autorités canadiennes] au sujet de son état général », elle contestait la gravité de l’état de son fils.

[10] La docteure Sapru contestait également l’ampleur des services sociaux dont Rishi aurait besoin au Canada et s’inscrivait en faux contre ce qu’elle a appelé l’évaluation « générique » non individualisée. Elle a expliqué qu’au Canada, Rishi fréquenterait une école privée aux frais de la famille et qu’elle lui enseignerait aussi à la maison parce qu’elle ne pourrait pas continuer à exercer sa profession au Canada. Les demandeurs ont également soumis une convention d’indemnisation signée par M. Sapru, par son épouse et par le frère et la belle-sœur de M. Sapru, qui résident en Ontario. Cette convention était censée indemniser pour une période de cinq ans les ministres ontariens de la Santé et de l’Éducation pour le cas où Rishi fréquenterait l’école publique et demanderait à la province de l’Ontario de payer ses services de physiothérapie. Aucune « déclaration de capacité et d’intention » n’a été fournie.

[11] De plus, le beau-frère de M. Sapru, qui habite au Canada, a soumis un affidavit dans lequel il déclarait notamment sous serment qu’il permettrait à son frère et aux membres de sa famille d’utiliser une maison à leur arrivée au Canada.

[12] La réponse à la lettre d’équité a été envoyée à la médecin pour examen. Une évaluation des exigences en matière d’équité procédurale a ensuite été effectuée par la médecin puis transmise à l’agent d’immigration. Dans cette évaluation, la médecin a énuméré les autres documents qu’elle avait examinés et qui étaient joints à la réponse à la lettre d’équité. Elle a écrit :

[TRADUCTION] J’ai examiné le dossier médical concernant l’étranger en cause ainsi que les documents supplémentaires susmentionnés, et je suis d’avis qu’aucun renseignement tendant à indiquer que l’évaluation médicale initiale est inexacte n’a été fourni. Il n’y a donc pas suffisamment d’éléments de preuve justifiant pour le moment de modifier ou de réviser l’évaluation médicale de l’étranger en cause, qui conserve donc la cote M5.

[13] Aucune lettre, note, courriel ou autre écrit n’a été versé au dossier du tribunal administratif pour expliquer

analysed the information provided in the fairness response or her basis for concluding that the fairness response contained no information that would lead the medical officer to the view that her original assessment was incorrect.

[14] By letter dated June 11, 2009 (decision letter), the immigration officer advised Mr. Sapru that he did not meet the requirements for permanent residence in Canada because Rishi was inadmissible on health grounds. In the decision letter the immigration officer repeated *verbatim* the information concerning the diagnosis and condition as described in both the medical notification and the fairness letter. He then wrote:

By letter dated December 9, 2008 you were advised that you may submit additional information relating to this medical condition or diagnosis. Additional information and documents provided by you were forwarded to our medical officer. After review, the medical officer concluded that there are no changes in the medical assessments and confirmed the finding of inadmissibility.

I am satisfied that the medical officer's opinion about your family member's (Rishi Sapru) inadmissibility on health grounds is reasonable. Accordingly, your accompanying family member, Rishi Sapru, is inadmissible pursuant to section 38(1)(c) in that your accompanying family member's condition might reasonably be expected to cause excessive demand on health or social services. [Emphasis added.]

[15] The Computer Assisted Immigration Processing System (CAIPS) notes show the immigration officer's acceptance of the opinion of the medical officer that Rishi remained inadmissible on health grounds.

[16] The CAIPS notes also record the immigration officer's concerns that Mr. Sapru had not provided a credible plan for offsetting the excessive demand Rishi would place on social services. For example, the immigration officer was not satisfied that Dr. Sapru would stay at home to care for Rishi (because she had worked continuously since 1992), he found the offer of a family home made by the brother-in-law was not credible, and,

comment la médecin s'y était prise pour analyser les renseignements contenus dans la réponse à la lettre d'équité ni pour préciser les raisons pour lesquelles elle concluait qu'on ne trouvait dans la réponse à la lettre d'équité aucun renseignement qui inciterait à penser que l'évaluation initiale était inexacte.

[14] Par lettre datée du 11 juin 2009 (la lettre de décision), l'agent d'immigration a informé M. Sapru qu'il ne satisfaisait pas aux exigences en matière de résidence permanente au Canada parce que son fils Rishi était interdit de territoire pour motifs sanitaires. Dans la lettre de décision, l'agent d'immigration a repris intégralement les renseignements concernant le diagnostic et l'état de santé de Rishi qui se trouvaient dans la déclaration médicale ainsi que dans la lettre d'équité. Il a ensuite écrit :

[TRADUCTION] Par lettre datée du 9 décembre 2008, vous avez été avisé qu'il vous était loisible de soumettre des renseignements complémentaires au sujet de l'état de santé ou le diagnostic en question. Les renseignements et documents complémentaires que vous avez soumis ont été transmis à notre médecin agréée qui, après les avoir examinés, a conclu que les évaluations médicales n'avaient pas changé et a confirmé la déclaration d'interdiction de territoire.

Je suis convaincu que l'avis de la médecin agréée au sujet de l'interdiction de territoire du membre de votre famille (Rishi Sapru) pour motifs sanitaires est raisonnable. En conséquence, le membre de la famille qui vous accompagne, Rishi Sapru, est interdit de territoire en application du paragraphe 38(1) parce qu'il a un état de santé risquant d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé au Canada. [Non souligné dans l'original.]

[15] Les notes consignées dans le Système de traitement informatisé des dossiers d'immigration (les notes du STIDI) indiquent que l'agent d'immigration a accepté l'avis de la médecin suivant lequel Rishi demeurerait interdit de territoire pour motifs sanitaires.

[16] Les notes du STIDI font également état des préoccupations de l'agent d'immigration qui s'inquiétait du fait que M. Sapru n'avait pas soumis de plan crédible pour compenser le fardeau excessif que Rishi entraînerait pour les services sociaux. Par exemple, l'agent d'immigration n'était pas convaincu que la docteure Sapru resterait à la maison pour s'occuper de Rishi (parce qu'elle avait travaillé sans interruption depuis

because Rishi sees specialists in India, the immigration officer was of the view Rishi would likely continue to see medical specialists in Canada. In his view, the indemnity agreement was not sufficient to establish that Rishi would not impose an excessive demand on Canadian social services.

2. Decision of the Federal Court

[17] After setting out the factual background, the decisions of the medical and immigration officers and the issues before the Federal Court, the Judge began his analysis. He began by considering the standard of review. The Judge noted that the applicants alleged that the medical officer had failed to comply with the obligations explained by the Supreme Court in *Hilewitz*. The Judge found this to be an issue of law which should be reviewed on the standard of correctness. The medical and non-medical conclusions of the officers were to be reviewed on the standard of reasonableness.

[18] The Judge went on to reach the following conclusions which are relevant to this appeal:

i. It is the obligation of the medical officer to perform a complete analysis of all of the medical and non-medical factors relevant to the issue of excessive demand on social services. The immigration officer must then review the medical officer's decision to ensure that all relevant factors were considered by a medical officer (paragraphs 23–26).

ii. The Judge relied upon an affidavit sworn by the medical officer in the application for judicial review to conclude that the medical officer had considered the non-medical evidence concerning the ability and intent of the family to offset any excessive demand on social services (paragraphs 27–30 and 34).

iii. At the time she made her initial assessment the medical officer was not required to make any inquiries

1992), il a conclu que l'offre d'une résidence familiale faite par le beau-frère n'était pas crédible et, comme Rishi voyait des spécialistes en Inde, l'agent d'immigration estimait que Rishi continuerait probablement à voir des médecins spécialistes au Canada. À son avis, la convention d'indemnisation n'était pas suffisante pour établir que Rishi n'entraînerait pas un fardeau excessif pour les services sociaux canadiens.

2. Décision de la Cour fédérale

[17] Après avoir rappelé les faits et exposé les décisions de la médecin et des agents d'immigration ainsi que les questions en litige devant la Cour fédérale, le juge a commencé son analyse. Il a commencé par examiner la norme de contrôle. Il a fait observer que les demandeurs alléguaient que la médecin ne s'était pas conformée aux obligations énoncées par la Cour suprême dans l'arrêt *Hilewitz*. Le juge a estimé qu'il s'agissait d'une question de droit qui était assujettie à la norme de contrôle de la décision correcte. Les conclusions, tant médicales que non médicales, devaient faire l'objet d'un contrôle selon la norme de la décision raisonnable.

[18] Le juge a poursuivi en tirant les conclusions suivantes qui nous intéressent dans le présent appel :

i. Le médecin a l'obligation d'effectuer une analyse complète de tous les facteurs, médicaux et non médicaux, pertinents pour déterminer s'il y aura un fardeau excessif pour les services sociaux. L'agent d'immigration doit ensuite examiner la décision du médecin pour s'assurer que tous les facteurs pertinents ont été pris en compte par le médecin (paragraphes 23 à 26).

ii. Le juge s'est fondé sur l'affidavit souscrit par la médecin dans la demande de contrôle judiciaire pour conclure qu'elle avait tenu compte des éléments de preuve non médicaux concernant la capacité et l'intention de la famille de compenser un éventuel fardeau excessif pour les services sociaux (paragraphes 27 à 30 et 34).

iii. Lors de son évaluation médicale initiale, la médecin n'avait pas à s'enquérir de la capacité et de l'intention

into the applicants' ability and intent to offset any excessive demand. The applicants were in the best position to provide evidence of their ability and intent, and the fairness letter gave them a fair opportunity to do so (paragraph 35).

iv. The reasons of the medical officer were inadequate because they did not explain how she analysed the fairness response or how she reached her decision. However, the inadequacy of the medical officer's reasons was saved by the detailed reasons of the immigration officer. This was because *Operational Bulletin 063* requires the immigration and medical officers to collaborate throughout the decision-making process. This allows the immigration officer to seek clarification from the medical officer at any time if concerned about the reasonableness or the completeness of the medical officer's decision. Further, the reasons of the immigration officer were sufficient to allow the applicants to understand why their application for permanent residence was refused. The applicants received a fair and transparent decision-making process (paragraphs 37–42).

3. Legislative Framework

[19] The provision of the Act of most relevance to this appeal is paragraph 38(1)(c) which provides that a foreign national is inadmissible if their health condition "might reasonably be expected to cause excessive demand on health or social services." Section 42 of the Act extends this inadmissibility to other family members:

Inadmissible
family
member

42. A foreign national, other than a protected person, is inadmissible on grounds of an inadmissible family member if

(a) their accompanying family member or, in prescribed circumstances, their non-accompanying family member is inadmissible; or

(b) they are an accompanying family member of an inadmissible person.

des demandeurs de compenser tout fardeau excessif. Les demandeurs étaient les mieux placés pour fournir des éléments de preuve quant à leur capacité et leur intention, et une possibilité équitable de le faire leur a été offerte dans la lettre d'équité (paragraphe 35).

iv. Les motifs de la médecin étaient insuffisants parce qu'ils n'expliquaient pas comment elle avait analysé la réponse à la lettre d'équité ni comment elle était parvenue à ses conclusions. Les motifs détaillés fournis par l'agent d'immigration venaient toutefois compenser l'insuffisance des motifs de la médecin, et ce, parce que le *Bulletin opérationnel 063* oblige l'agent d'immigration et le médecin à collaborer tout au long du processus décisionnel. L'agent d'immigration peut ainsi demander des éclaircissements au médecin en cas de doute quant à savoir si la décision du médecin est raisonnable ou complète. De plus, les motifs fournis par l'agent d'immigration étaient suffisants et permettaient aux demandeurs de comprendre la raison pour laquelle leur demande de résidence permanente a été rejetée. Les demandeurs ont bénéficié d'un processus décisionnel équitable et transparent (paragraphes 37 à 42).

3. Cadre législatif

[19] La disposition de la Loi qui est la plus pertinente dans le présent appel est le paragraphe 38(1), qui prévoit que l'état de santé de l'étranger qui « risqu[e] d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé » emporte interdiction de territoire pour motifs sanitaires. L'article 42 de la Loi étend cette interdiction de territoire aux autres membres de la famille :

Inadmissi-
bilité
familiale

42. Emportent, sauf pour le résident permanent ou une personne protégée, interdiction de territoire pour inadmissibilité familiale les faits suivants :

a) l'interdiction de territoire frappant tout membre de sa famille qui l'accompagne ou qui, dans les cas réglementaires, ne l'accompagne pas;

b) accompagner, pour un membre de sa famille, un interdit de territoire.

[20] The Regulations amplify these provisions as follows. First, the term “excessive demand” [as am. by SOR/2009-163, s. 1(E)] is defined in subsection 1(1) of the Regulations as follows:

Definitions	1. (1) ...
“excessive demand” « fardeau excessif »	<p>“excessive demand” means</p> <p>(a) a demand on health services or social services for which the anticipated costs would likely exceed average Canadian per capita health services and social services costs over a period of five consecutive years immediately following the most recent medical examination required by these Regulations, unless there is evidence that significant costs are likely to be incurred beyond that period, in which case the period is no more than 10 consecutive years; or</p> <p>(b) a demand on health services or social services that would add to existing waiting lists and would increase the rate of mortality and morbidity in Canada as a result of an inability to provide timely services to Canadian citizens or permanent residents.</p>

[21] Next, paragraph 30(1)(a) requires foreign nationals applying for permanent residence and their family members to submit to a medical examination. Thereafter, subsection 30(4) [as am. by SOR/2004-167, s. 9] of the Regulations requires:

Medical certificate	30. ...
	<p>(4) Every foreign national referred to in subsection (1) who seeks to enter Canada <u>must hold a medical certificate</u>, based on the most recent medical examination to which they were required to submit under that subsection within the previous 12 months, <u>that indicates that their health condition is not likely to be a danger to public health or public safety and</u>, unless subsection 38(2) of the Act applies, <u>is not reasonably expected to cause excessive demand</u>. [Emphasis added.]</p>

[20] Le Règlement complète ces dispositions de la manière suivante. En premier lieu, le paragraphe 1(1) du Règlement définit comme suit la notion de « fardeau excessif » [mod. par DORS/2009-163, art. 1(A)] :

1. (1) [...]	Définitions
« fardeau excessif » Se dit :	« fardeau excessif » “excessive demand”
<p>a) de toute charge pour les services sociaux ou les services de santé dont le coût prévisible dépasse la moyenne, par habitant au Canada, des dépenses pour les services de santé et pour les services sociaux sur une période de cinq années consécutives suivant la plus récente visite médicale exigée par le présent règlement ou, s’il y a lieu de croire que des dépenses importantes devront probablement être faites après cette période, sur une période d’au plus dix années consécutives;</p> <p>b) de toute charge pour les services sociaux ou les services de santé qui viendrait allonger les listes d’attente actuelles et qui augmenterait le taux de mortalité et de morbidité au Canada vu l’impossibilité d’offrir en temps voulu ces services aux citoyens canadiens ou aux résidents permanents.</p>	

[21] En second lieu, l’alinéa 30(1)a) prévoit que l’étranger qui demande un visa de résident permanent ainsi que les membres de sa famille sont requis de se soumettre à une visite médicale. Le paragraphe 30(4) [mod. par DORS/2004-167, art. 9] du Règlement prévoit ensuite ce qui suit :

30. [...]	Certificat médical
<p>(4) L’étranger visé au paragraphe (1) qui cherche à entrer au Canada <u>doit être titulaire d’un certificat médical attestant</u>, sur le fondement de la plus récente visite médicale à laquelle il a été requis de se soumettre aux termes de ce paragraphe dans les douze mois qui précèdent, <u>que son état de santé ne constitue vraisemblablement pas un danger pour la santé ou la sécurité publiques et</u>, sauf si le paragraphe 38(2) de la Loi s’applique, <u>ne risque pas d’entraîner un fardeau excessif</u>. [Non souligné dans l’original.]</p>	

[22] Section 34 of the Regulations then directs the medical officer considering the foreign national's health condition as follows:

Excessive demand

34. Before concluding whether a foreign national's health condition might reasonably be expected to cause excessive demand, an officer who is assessing the foreign national's health condition shall consider

(a) any reports made by a health practitioner or medical laboratory with respect to the foreign national; and

(b) any condition identified by the medical examination.

[23] Finally, section 20 of the Regulations dictates the following to the immigration officer:

Assessment of inadmissibility on health grounds

20. An officer shall determine that a foreign national is inadmissible on health grounds if an assessment of their health condition has been made by an officer who is responsible for the application of sections 29 to 34 and the officer concluded that the foreign national's health condition is likely to be a danger to public health or public safety or might reasonably be expected to cause excessive demand.

4. Issues and Analysis

a. Standard of Review

[24] I agree with the respondent's submission that on appeal from a decision of the Federal Court on an application for judicial review the standard of appellate review is whether the Judge of the Federal Court selected the appropriate standard of review and then applied it correctly. See: *Telfer v. Canada (Revenue Agency)*, 2009 FCA 23, [2009] 4 C.T.C. 123.

[25] With respect to the selection of the standard of review by the Judge in this case, at paragraph 16 of his reasons the Judge wrote:

In the case at bar, the applicants allege that the medical officer failed to comply with her obligations as set down in

[22] L'article 34 du Règlement donne ensuite les directives suivantes au médecin chargé d'examiner l'état de santé de l'étranger :

34. Pour décider si l'état de santé de l'étranger risque d'entraîner un fardeau excessif, l'agent tient compte de ce qui suit :

Fardeau excessif

a) tout rapport établi par un spécialiste de la santé ou par un laboratoire médical concernant l'étranger;

b) toute maladie détectée lors de la visite médicale.

[23] Enfin, l'article 20 du Règlement impose les obligations suivantes à l'agent d'immigration :

20. L'agent chargé du contrôle conclut à l'interdiction de territoire de l'étranger pour motifs sanitaires si, à l'issue d'une évaluation, l'agent chargé de l'application des articles 29 à 34 a conclu que l'état de santé de l'étranger constitue vraisemblablement un danger pour la santé ou la sécurité publiques ou risque d'entraîner un fardeau excessif.

Évaluation pour motifs sanitaires

4. Questions et analyse

a. Norme de contrôle

[24] Je souscris à la prétention de l'intimé suivant laquelle, dans le cas d'un appel d'une décision rendue par la Cour fédérale à l'égard d'une demande de contrôle judiciaire, la norme de contrôle applicable est celle de savoir si le juge de la Cour fédérale a choisi la bonne norme de contrôle et s'il l'a ensuite appliquée correctement (*Telfer c. Canada (Agence du revenu)*, 2009 CAF 23).

[25] En ce qui concerne la norme de contrôle choisie par le juge en l'espèce, voici ce qu'il a écrit au paragraphe 16 de ses motifs:

En l'espèce, les demandeurs allèguent que la médecin a omis de remplir les obligations énoncées dans l'arrêt *Hilewitz*.

Hilewitz. That is an issue of law which should be reviewed on a standard of correctness. The applicants also raise issues of procedural fairness which should be reviewed on a correctness standard: *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, 2003 SCC 29, [2003] 1 S.C.R. 539.

[26] The first certified question asks whether a medical officer is obliged by the Act and the decision of the Supreme Court in *Hilewitz* to actively seek relevant information from the outset of the medical officer's inquiry. In my view, the Judge correctly characterized this as a question of law reviewable on the correctness standard.

[27] The second certified question asks whether a medical officer is under a duty to provide adequate reasons. Again, I agree with the Judge that this is a question of what is required by the principles of procedural fairness. No deference is owed by the Court on such questions. See: *Sketchley v. Canada (Attorney General)*, 2005 FCA 404, [2006] 3 F.C.R. 392, at paragraph 53.

b. The First Certified Question

[28] For ease of reference I repeat the first certified question:

When considering whether a person is inadmissible on health grounds pursuant to paragraph 38(1)(c) of the Act, is a medical officer obligated to actively seek information about the applicants' ability and intent to mitigate excessive demand on social services from the outset of the inquiry, or is it sufficient for the medical officer to provide a fairness letter and rely on the applicants' response to that letter?

[29] The appellants submit that a medical officer's initial assessment must be made with a view to providing the medical certificate. It follows, they submit, that in preparing the initial medical opinion a medical officer must be cognizant of the ultimate goal: to conduct an individualized assessment of the social services an applicant will require, whether those services will cause an excessive demand on social services in Canada, and whether it is possible for the applicant to offset or

Il s'agit d'une question de droit qui doit être examinée selon la décision correcte. Les demandeurs soulèvent également des questions d'équité procédurale, qui doivent être examinées selon la décision correcte (*S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, 2003 CSC 29, [2003] 1 R.C.S. 539).

[26] La première question certifiée vise à déterminer si un médecin est tenu, par la Loi et par l'arrêt *Hilewitz* de la Cour suprême, de rechercher activement des renseignements dès le début de son examen. À mon avis, le juge a qualifié à bon droit cette question de question de droit assujettie à la norme de contrôle de la décision correcte.

[27] Dans la seconde question certifiée, on demande à la Cour si le médecin a l'obligation de fournir des motifs suffisants. Là encore, je conviens avec le juge qu'il s'agit d'une question portant sur la teneur des obligations imposées par les principes d'équité procédurale. La Cour n'a pas à faire preuve de déférence sur ces questions (*Sketchley c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 404, [2006] 3 R.C.F. 392, au paragraphe 53).

b. La première question certifiée

[28] Par souci de commodité, je reproduis à nouveau la première question certifiée :

Lors de l'examen de la question de savoir si une personne est interdite de territoire pour des motifs sanitaires en application du paragraphe 38(1) de la Loi, le médecin [agréé] est-il tenu de rechercher activement des renseignements à propos de la capacité et de l'intention des demandeurs d'att ner le fardeau excessif pour les services sociaux dès le début de l'examen ou est-il suffisant que le médecin [agréé] transmette une lettre d'équité et s'appuie sur la réponse des demandeurs à cette lettre?

[29] Suivant les appelants, l'évaluation initiale du médecin doit être effectuée en vue de fournir un certificat médical. Il s'ensuit, à leur avis, que lorsqu'il établit son avis médical initial, le médecin doit être conscient de l'objectif ultime : procéder à une évaluation individualisée des services sociaux dont le demandeur aura besoin et déterminer si ces services entraîneront un fardeau excessif pour les services sociaux au Canada et s'il est possible pour le demandeur de compenser ou

attenuate any excessive demand by personal contribution. To do so, the appellants say that a medical officer must seek out from the outset as much information as possible in order to make the necessary findings.

[30] The Judge dealt with this submission at paragraph 35 of his reasons, where he wrote:

The applicants are in the best position to provide evidence of their ability and intent, and they are given a fair opportunity to do so in the fairness letter. There is no reason that a medical officer should have to make an inquiry at an earlier stage, as long as she considers any fairness response carefully and with an open mind.

[31] In my view the Judge was correct, for the reasons that he gave. I would add one cautionary note. The Judge's conclusion was premised on the basis that the fairness letter gives an applicant "a fair opportunity" to respond to any concerns. This requires the fairness letter to set out clearly all of the relevant concerns so that an applicant knows the case to be met and has a true opportunity to meaningfully respond to all of the concerns of the medical officer.

[32] It follows that I would answer the first certified question as follows:

A medical officer is not obligated to seek out information about the applicants' ability and intent to mitigate excessive demands on social services from the outset of the inquiry. It is sufficient for the medical officer to provide a fairness letter that clearly sets out all of the relevant concerns and provides a true opportunity to meaningfully respond to all of the concerns of the medical officer.

c. The Second Certified Question

[33] The second question asks:

Is a medical officer under a duty to provide adequate reasons for finding that a person is inadmissible on health grounds pursuant to paragraph 38(1)(c) of the Act, which is independent from the visa officer's duty to provide reasons and which

d'atténuer ce fardeau excessif par une contribution personnelle. Les appelants expliquent que, pour ce faire, le médecin doit chercher dès le début à obtenir le plus de renseignements possible pour être en mesure de tirer les conclusions nécessaires.

[30] Le juge a examiné cet argument au paragraphe 35 de ses motifs, où il a écrit :

Les demandeurs sont les mieux placés pour fournir des éléments de preuve de leur capacité et de leur intention et une possibilité équitable de le faire leur a été offerte dans la lettre d'équité. Il n'y a aucune raison pour laquelle un médecin devrait demander des renseignements à une étape plus précoce, dans la mesure où il examine avec soin et avec un esprit ouvert toute réponse à la lettre d'équité.

[31] À mon avis, le juge avait raison, pour les motifs qu'il a exposés. J'ajouterais toutefois une mise en garde. La conclusion du juge tenait pour acquis que la lettre d'équité donnait au demandeur une « possibilité équitable » de répondre à toutes les préoccupations du médecin. Pour ce faire, il est nécessaire que la lettre d'équité explique clairement toutes les préoccupations pertinentes pour que le demandeur sache ce qu'il a à démontrer et qu'il ait une véritable possibilité d'y répondre utilement.

[32] Je répondrais donc comme suit à la première question certifiée :

Le médecin agréé n'est pas tenu de rechercher activement des renseignements à propos de la capacité et de l'intention des demandeurs d'atténuer le fardeau excessif pour les services sociaux dès le début de l'examen. Il suffit qu'il leur transmette une lettre d'équité qui expose clairement toutes les préoccupations pertinentes et qui leur accorde une véritable possibilité de répondre utilement à toutes ces préoccupations.

c. La seconde question certifiée

[33] Voici le texte de la seconde question :

Le médecin [agréé] qui conclut qu'une personne est interdite de territoire pour des motifs sanitaires en application du paragraphe 38(1) de la Loi a-t-il l'obligation de fournir des motifs suffisants, qui est une obligation indépendante de l'obligation

is therefore not satisfied by the visa officer providing reasons that are clearly adequate?

[34] The Judge dealt with this question as follows (at paragraphs 37–42):

The second question is the extent to which the medical officer must provide reasons for her decision. The applicants assert that her reasons with respect to the non-medical evidence were inadequate. All she said was that she had considered every document contained in the fairness response and found that it did not change her original assessment.

I have no hesitation in finding these reasons inadequate. They do not explain how the medical officer analysed the fairness response or how she reached her conclusions. However, the visa officer did provide detailed reasons for finding that the applicants do not have ability and intent. The question is whether this saves the medical officer's reasons.

The applicants submit that it does not, for two reasons. First, the visa officer must review the medical officer's decision and requires sufficient reasons from the medical officer to do so. Second, since the medical officer is the actual decision maker, the applicants require her own reasons in order to understand why their application was refused.

With respect to the applicants' first argument, the visa officer is not in the position of a court on an application for judicial review, whose review must focus on the written reasons. According to Operational Bulletin 063, the visa officer and the medical officer should collaborate throughout the decision-making process. The visa officer may seek clarification from the medical officer at any time if concerned about the reasonableness or completeness of her decision. Thus, the visa officer does not require extensive reasons to review the medical officer's decision.

With respect to the applicants' second argument, it was recognized by the Supreme Court of Canada in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 that reasons can be provided by a person other than the actual decision maker. According to the Supreme Court at paragraph 44 of *Baker*, this may be

... part of the flexibility that is necessary, as emphasized by Macdonald and Lametti, *supra*, when courts evaluate the requirements of the duty of fairness with recognition of the day-to-day realities of administrative agencies and the many ways in which the values underlying the principles of

de l'agent des visas de fournir des motifs et qui n'est donc pas remplie par la présentation de motifs nettement suffisants de la part de l'agent des visas?

[34] Voici comment le juge a disposé de cette question (aux paragraphes 37 à 42) :

La deuxième question est la mesure dans laquelle la médecin devait fournir des motifs pour sa décision. Les demandeurs soutiennent que ses motifs à l'égard des éléments de preuve non médicale étaient insuffisants. Elle a simplement dit que son examen de tous les documents de la réponse à la lettre d'équité ne lui avait pas fait changer son évaluation initiale.

Je n'hésite pas à conclure que ces motifs sont insuffisants. Ils n'expliquent pas comment la médecin a analysé la réponse à la lettre d'équité ni comment elle a tiré ses conclusions. L'agent des visas a toutefois fourni des motifs détaillés et a conclu que les demandeurs n'avaient pas la capacité et l'intention. La question est de savoir si cela légitime les motifs de la médecin.

Les demandeurs font valoir que ce n'est pas le cas, pour deux raisons. Premièrement, l'agent des visas doit examiner la décision de la médecin et cela exige des motifs suffisants de la part de la médecin pour ce faire. Deuxièmement, puisque la médecin est le décideur réel, les demandeurs exigent qu'elle leur fournisse ses propres motifs pour qu'ils puissent comprendre la raison pour laquelle leur demande a été rejetée.

En ce qui a trait au premier argument des demandeurs, l'agent des visas ne se trouve pas dans la position d'une cour de justice à l'occasion d'une demande de contrôle judiciaire, dont l'examen doit porter sur des motifs écrits. Selon le Bulletin opérationnel 063, l'agent des visas et le médecin doivent collaborer tout au long du processus décisionnel. L'agent des visas peut demander des éclaircissements auprès du médecin en cas de doute quant à savoir si la décision est raisonnable ou complète. Ainsi, l'examen de la décision de la médecin par l'agent des visas ne nécessite pas de motifs exhaustifs.

En ce qui a trait au deuxième argument des demandeurs, la Cour suprême du Canada a affirmé dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, que les motifs peuvent être fournis par une autre personne que le décideur réel. Selon la Cour suprême, au paragraphe 44 de l'arrêt *Baker* :

[Cela] fait partie de la souplesse nécessaire, ainsi que l'ont souligné Macdonald et Lametti, *loc. cit.*, quand des tribunaux évaluent les exigences de l'obligation d'équité tout en tenant compte de la réalité quotidienne des organismes administratifs et des nombreuses façons d'assurer le respect

procedural fairness can be assured. It upholds the principle that individuals are entitled to fair procedures and open decision-making, but recognizes that in the administrative context, this transparency may take place in various ways.

In the circumstances of this case, I am satisfied that the reasons provided by the visa officer are sufficient to allow the applicants to understand why their application for permanent residence was refused. The applicants received a fair and transparent decision-making process. This ground of judicial review cannot succeed. [Emphasis added.]

[35] To properly consider the second certified question, I begin by considering the respective roles of immigration officers and medical officers when assessing medical inadmissibility.

[36] The Judge, relying upon *Hilewitz* and subsection 30(4) of the Regulations, concluded that when considering the existence of excessive demand a medical officer must assess the likely demands to be made by an applicant upon social services. The Judge further found that when conducting this assessment the medical officer must take into account both medical and non-medical factors. I agree. To this I would add that the medical officer must provide the immigration officer with a medical opinion about any health condition an applicant has and the likely cost of treating the condition. When an applicant submits a plan for managing the condition, the medical officer must consider and advise the immigration officer about things such as the feasibility and availability of the plan. In every case, what is required of a medical officer will reflect the information before the medical officer. Therefore, this is not intended to be an exhaustive list of what is required of a medical officer in every case.

[37] As to the role of the immigration officer, the parties agree that an immigration officer must rely upon the opinion of a medical officer about medical matters, including the medical condition of an applicant, the likely cost of treating the medical condition and whether the applicant's health might reasonably be expected to cause excessive demand on social services. They also agree that before reliance can be placed on the opinion of a

des valeurs qui fondent les principes de l'équité procédurale. Cela confirme le principe selon lequel les individus ont droit à une procédure équitable et à la transparence de la prise de décision, mais reconnaît aussi qu'en matière administrative, cette transparence peut être atteinte de différentes façons.

Dans les circonstances de l'espèce, je suis convaincu que les motifs fournis par l'agent des visas sont suffisants et qu'ils permettront aux demandeurs de comprendre la raison pour laquelle leur demande de résidence permanente a été rejetée. Les demandeurs ont bénéficié d'un processus décisionnel équitable et transparent. Ce motif de contrôle judiciaire ne peut être retenu. [Non souligné dans l'original.]

[35] Pour bien examiner la seconde question certifiée, je vais commencer par regarder le rôle respectif des agents d'immigration et des médecins lorsqu'ils évaluent une interdiction de territoire pour motifs sanitaires.

[36] Se fondant sur l'arrêt *Hilewitz* et sur le paragraphe 30(4) du Règlement, le juge a conclu que le médecin qui examine la possibilité de l'existence d'un fardeau excessif doit déterminer si l'admission du demandeur risque d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux. Le juge a également conclu que, pour procéder à cette appréciation, le médecin doit tenir compte tant des facteurs médicaux que des facteurs non médicaux. Je suis du même avis. J'ajouterais que le médecin doit transmettre à l'agent d'immigration un avis médical sur les troubles pathologiques dont le demandeur est atteint ainsi que sur le coût probable du traitement requis. Lorsqu'un demandeur soumet un plan de gestion de son état de santé, le médecin doit tenir compte notamment de la faisabilité du plan et de la disponibilité des services et en informer l'agent d'immigration. Dans chaque cas, ce que le médecin doit fournir correspond aux renseignements qu'il a en main. Cette liste n'est pas censée être une énumération exhaustive de ce qu'on attend du médecin dans chaque cas.

[37] Pour ce qui est du rôle de l'agent d'immigration, les parties sont d'accord pour dire que l'agent d'immigration doit s'en remettre à l'avis du médecin pour tout ce qui a trait aux questions médicales, y compris l'état de santé du demandeur, les coûts probables de traitement et la question de savoir si l'état de santé du demandeur risque d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux. Elles s'entendent aussi pour dire qu'avant de

medical officer an immigration officer is required to ensure that the opinion provided by the medical officer is reasonable.

[38] In the submission of counsel for the Minister:

This Court, in jurisprudence dating back to some seminal decisions from the 1980s and 1990s, confirmed there is a duty of the visa officer to ensure that the medical opinion is reasonable. A medical opinion that is inconsistent to the point of incoherence, or which is expressed in terms of possibility rather than probability will be deficient. See, for example:

Ahir v. Canada (M.E.I.), [1984] 1 F.C. 1098 (C.A.)

Bola v. Canada (M.E.I.), (1990) 107 N.R. 311 (C.A.)

Hiramen v. Canada (M.E.I.), (1986), 65 N.R. 67 (C.A.)

Deol v. Canada (Minister of Employment and Immigration), (1992) 145 N.R. 156 (C.A.)

[39] I agree that this principle is well established in the jurisprudence. For example, in *Hilewitz* the Supreme Court found, at paragraph 70, that the immigration officers in the two cases before the Court had “erred by confirming the medical officers’ refusal to account for the potential impact of the families’ willingness to assist.” While the jurisprudence cited by the parties developed under the now repealed *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 (former Act), I am satisfied that the former Act and its associated regulations are sufficiently similar to the current legislative regime to make this case law applicable. I specifically note that just as section 20 of the Regulations requires an immigration officer to find a foreign national to be inadmissible when a medical officer has found that the foreign national’s health condition might reasonably be expected to cause excessive demand, subparagraph 19(1)(a)(ii) of the former Act provided:

Inadmissible persons **19. (1) No person shall be granted admission who is a member of any of the following classes:**

(a) persons, who are suffering from any disease, disorder, disability or other health impairment as a result of the nature, severity or probable duration of which, in the opinion of a medical officer concurred in by at least one other medical officer,

...

pouvoir s’en remettre à l’avis d’un médecin, l’agent d’immigration doit s’assurer que l’avis donné par le médecin est raisonnable.

[38] L’avocat du ministre affirme ce qui suit :

[TRADUCTION] La Cour a, dans des arrêts remontant aux années 1980 et 1990, confirmé que l’agent des visas a l’obligation de s’assurer que l’avis médical est raisonnable. L’avis médical qui est contradictoire au point d’être quasi incohérent ou qui exprime des possibilités plutôt que des probabilités est inacceptable. Voir, par exemple :

Ahir c. Canada (M.E.I.), [1984] 1 C.F. 1098 (C.A.)

Bola c. Canada (M.E.I.), (1990), 107 N.R. 311 (C.A.)

Hiramen c. Canada (M.E.I.), (1986), 65 N.R. 67 (C.A.)

Deol c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration), (1992), 145 N.R. 156 (C.A.)

[39] Je conviens que ce principe est bien établi dans la jurisprudence. Ainsi, dans l’arrêt *Hilewitz*, la Cour suprême a jugé, au paragraphe 70, que les agents des visas avaient « commis une erreur en confirmant le refus des médecins agréés de prendre en considération l’incidence possible de la volonté des familles d’apporter leur soutien ». Bien que la jurisprudence citée par les parties ait été élaborée sous le régime d’une loi qui a depuis été abrogée, la *Loi sur l’immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 (l’ancienne loi), je suis convaincue que l’ancienne loi et son règlement d’application sont suffisamment semblables au régime législatif actuel pour rendre cette jurisprudence applicable. Je relève en particulier que, tout comme l’article 20 du Règlement oblige l’agent d’immigration à conclure à l’interdiction de territoire de l’étranger si un médecin a estimé que l’état de santé de l’étranger risque d’entraîner un fardeau excessif, le sous-alinéa 19(1)(a)(ii) de l’ancienne loi prévoit :

19. (1) Les personnes suivantes appartiennent à une catégorie non admissible :

Personnes non admissibles

a) celles qui souffrent d’une maladie ou d’une invalidité dont la nature, la gravité ou la durée probable sont telles qu’un médecin agréé, dont l’avis est confirmé par au moins un autre médecin agréé, conclut :

[...]

(ii) their admission would cause or might reasonably be expected to cause excessive demands on health or social services; [Emphasis added.]

(ii) soit que leur admission entraînerait ou risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé; [Non souligné dans l'original.]

[40] The jurisprudence developed under the former Act established that a medical officer's opinion was not reasonable where, for example, a medical officer failed to conduct an individualized assessment as required by *Hilewitz*, or failed to consider all of the relevant information, or based his or her opinion on insufficient information, or provided an opinion that was incomplete, inconsistent or incoherent. The reasonableness of a medical opinion was to be assessed as at the time it was given and also as at the time it was relied upon by the immigration officer. See, for example, *Gao v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 14 Admin. L.R. (2d) 233 (F.C.T.D.).

[40] Suivant la jurisprudence qui a été élaborée sous le régime de l'ancienne loi, l'avis du médecin n'est pas raisonnable lorsque, par exemple, le médecin n'a pas procédé à l'évaluation individualisée exigée par l'arrêt *Hilewitz*, n'a pas tenu compte de tous les renseignements pertinents ou a fondé son avis sur des renseignements insuffisants ou a donné un avis incomplet, contradictoire ou incohérent. Le caractère raisonnable de l'avis médical doit être apprécié au moment où il est donné et au moment où l'agent d'immigration s'y est fondé (voir, par exemple, *Gao c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 114 (1^{re} inst.) (QL).

[41] Having reviewed the respective roles of the immigration and medical officers, it follows from the obligation placed on an immigration officer to review the reasonableness of a medical officer's opinion that a medical officer must provide the immigration officer with sufficient information to enable the immigration officer to be satisfied that the medical officer's opinion is reasonable.

[41] Il ressort de cet examen du rôle respectif des agents d'immigration et des médecins qu'en raison de l'obligation faite à l'agent d'immigration de s'assurer que l'avis du médecin est raisonnable, ce dernier doit soumettre à l'agent d'immigration des renseignements suffisants susceptibles de le convaincre que l'avis médical est raisonnable.

[42] The particular circumstances of each case will dictate what is required for the immigration officer to be able to assess the reasonableness of the medical officer's opinion. For example, admissions by a foreign national contained in the fairness response, without more, would likely obviate the need for detailed reasons from the medical officer on that point. Further, a medical officer may impart sufficient information to the immigration officer in a number of ways. For example, a medical officer may provide adequate reasons in a report to the immigration officer. However, adequate reasons could also be provided orally if the immigration officer records the oral advice in the CAIPS notes, or in a combination of written and oral communications where the oral advice is recorded in the CAIPS notes. Thus, a medical officer might transmit his or her notes reflecting the medical officer's review and assessment of all of the relevant information, or an immigration officer might record in the CAIPS notes the relevant observations and

[42] Les éléments dont l'agent d'immigration a besoin pour être en mesure de déterminer si l'avis du médecin est raisonnable dépendent des circonstances particulières de chaque cas. Par exemple, les admissions faites, sans plus, par l'étranger dans sa réponse à la lettre d'équité dispenseraient probablement de la nécessité de disposer de motifs détaillés de la part du médecin sur la question. De plus, le médecin dispose de plusieurs moyens pour transmettre des renseignements suffisants à l'agent d'immigration. Ainsi, le médecin peut fournir des motifs suffisants dans un rapport qu'il soumet à l'agent d'immigration. Il pourrait aussi fournir verbalement des motifs suffisants si l'agent d'immigration consigne ses paroles dans les notes du STIDI, ou par une combinaison de communications verbales et écrites en consignait l'avis donné verbalement dans les notes du STIDI. Ainsi, le médecin pourrait transmettre à l'agent d'immigration des notes dans lesquelles il examine et apprécie l'ensemble des renseignements pertinents, ou encore l'agent

conclusions of a medical officer made during the course of the collaborative process between the officers contemplated by *Operational Bulletin 063*. In every case, an immigration officer may seek clarification from a medical officer and record the response of the medical officer in the CAIPS notes. The reasons of a medical officer may be conveyed to an immigration officer by a combination of these or other methods.

[43] What is important is that at the time the immigration officer makes his or her decision on admissibility, the immigration officer must have sufficient information from the medical officer to allow the immigration officer to be satisfied that the medical officer's opinion is reasonable.

[44] It follows from this that I would answer the second certified question as follows:

When assessing whether a foreign national's health condition might reasonably be expected to cause excessive demand, a medical officer is under a duty to provide sufficient information to an immigration officer to allow the immigration officer to be satisfied that the medical officer's opinion is reasonable.

d. Application of These Principles to the Present Case

[45] The Judge found the reasons of the medical officer to be inadequate. I agree. No challenge is made on this appeal to the Judge's characterization of the reasons of the medical officer as inadequate.

[46] The Judge went on to hold, however, that the inadequacy of the medical officer's reasons was "saved" by the detailed reasons of the immigration officer. The Judge's reasons for that conclusion are found in paragraphs 39 to 42 of his reasons, which are quoted above at paragraph 34.

[47] For the following reasons, I respectfully disagree with the Judge's conclusion that the inadequacies of the medical officer's reasons were overcome by the reasons of the immigration officer.

d'immigration pourrait consigner dans les notes du STIDI les observations et conclusions pertinentes faites par le médecin au cours de leurs échanges, conformément à la collaboration entre eux qu'envisage le *Bulletin opérationnel 063*. Dans chaque cas, l'agent d'immigration peut demander des éclaircissements au médecin et consigner la réponse du médecin dans les notes du STIDI. Les motifs du médecin peuvent être communiqués à l'agent d'immigration par une combinaison de ces moyens ou par d'autres moyens.

[43] Ce qui importe, c'est qu'au moment où il se prononce sur l'interdiction de territoire, l'agent d'immigration doit disposer de suffisamment d'éléments d'information du médecin pour pouvoir être convaincu que l'avis du médecin est raisonnable.

[44] Par conséquent, je répondrais comme suit à la seconde question certifiée :

Le médecin agréé qui vérifie si l'état de santé de l'étranger risque d'entraîner un fardeau excessif a l'obligation de fournir à l'agent d'immigration des renseignements suffisants susceptibles de le convaincre que l'avis du médecin est raisonnable.

d. Application de ces principes à la présente affaire

[45] Le juge a estimé que les motifs de la médecin étaient insuffisants. Je suis du même avis. Nul ne conteste dans le présent appel la conclusion du juge à cet égard.

[46] Le juge a toutefois poursuivi en affirmant que les motifs détaillés fournis par l'agent d'immigration compensaient l'insuffisance des motifs de la médecin. Les motifs exposés par le juge pour justifier cette conclusion se trouvent aux paragraphes 39 à 42 de ses motifs, qui ont été cités précédemment au paragraphe 34.

[47] Pour les motifs qui suivent, je ne partage malheureusement pas la conclusion du juge suivant laquelle les motifs de l'agent d'immigration suppléent à l'insuffisance des motifs de la médecin.

[48] First, the immigration officer was under an obligation to assess the reasonableness of the medical officer's opinion. No meaningful assessment could be performed on the basis of the inadequate reasons of the medical officer. On the facts of this case it is especially relevant to recall that the immigration officer must be presumed to have known that, pursuant to Citizenship and Immigration Canada policy, the medical officer's initial assessment which led to the fairness letter was not the individualized assessment mandated by *Hilewitz*. This was underscored in the fairness response, where Dr. Sapru complained of the generic nature of the medical officer's assessment. With knowledge of that defect in the initial assessment it was particularly important for the immigration officer to satisfy himself that the medical officer had performed the requisite individualized assessment. There was nothing before the immigration officer that could reasonably have led him to that conclusion.

[49] Second, the Judge relied upon *Operational Bulletin 063* which states that "[i]mmigration and medical officers should work closely together during the process [of assessing excessive demand on social services] and document this collaboration." However, there is no documentation of such a collaborative process in the certified tribunal record in the present case. The sole reference to any communication between the officers is an entry in the CAIPS notes that records a conversation between the two officers prior to receipt of the fairness response.

[50] Finally, the Judge's conclusion may well have been influenced by his prior finding that the medical officer "considered the non-medical evidence in this case as she was required to do". The Judge's finding was based upon the statement in the medical officer's reasons that the medical officer had read the fairness response and also upon the affidavit of the medical officer filed in the application for judicial review. In that affidavit the medical officer stated that she had considered the applicants' ability and intent to manage Rishi's needs.

[48] Premièrement, l'agent d'immigration devait se demander si l'avis de la médecin était raisonnable ou non. Les motifs de la médecin, qui étaient insuffisants, ne permettaient pas de procéder à une évaluation utile. Vu l'ensemble des faits de la présente affaire, il est particulièrement important de rappeler que l'agent d'immigration doit être présumé avoir su que, selon la politique de Citoyenneté et Immigration Canada, l'évaluation initiale de la médecin qui a conduit à la lettre d'équité ne correspondait pas à l'évaluation individualisée exigée par l'arrêt *Hilewitz*. Ce fait a d'ailleurs été signalé dans la réponse à la lettre d'équité, dans laquelle la docteure Sapru se plaignait du caractère général de l'évaluation de la médecin. Conscient de cette lacune de l'évaluation initiale, il était particulièrement important que l'agent d'immigration soit convaincu que la médecin avait effectué l'évaluation individualisée exigée. Or, l'agent d'immigration ne disposait d'aucun élément qui aurait raisonnablement pu lui permettre de tirer une telle conclusion.

[49] Deuxièmement, le juge a cité le *Bulletin opérationnel 063* qui indique que « [l]es agents d'immigration et les médecins doivent travailler en étroite collaboration pendant le processus et consigner les détails relatifs à celle-ci ». En l'espèce, aucun détail n'a toutefois été consigné dans le dossier certifié du tribunal au sujet de cette collaboration. La seule allusion à une communication entre l'agent d'immigration et la médecin se trouve dans les notes du STIDI, où il est fait mention d'une conversation entre l'agent d'immigration et la médecin avant la réception de la réponse à la lettre d'équité.

[50] Enfin, il est fort possible que la conclusion du juge ait été influencée par sa conclusion antérieure suivant laquelle la médecin avait « tenu compte des éléments de preuve non médicale en l'espèce comme elle était tenue de le faire ». La conclusion du juge était fondée sur le fait que, dans ses motifs, la médecin affirmait avoir pris connaissance de la réponse à la lettre d'équité, de même que sur l'affidavit que la médecin avait souscrit dans le cadre de l'instance en contrôle judiciaire et dans lequel elle affirmait qu'elle avait examiné la capacité et l'intention des demandeurs de s'occuper des besoins de Rishi.

[51] As the Judge recognized, the medical officer's statement in her reasons to the effect that she had read the fairness response was insufficient to render her reasons adequate. Little weight can be given to such a generic statement that is silent about what the medical officer did, and whether the principles articulated in *Hilewitz* were applied.

[52] With respect to the affidavit of the medical officer, in my view the Judge's reliance upon this affidavit was problematic in two respects. First, the information contained in the affidavit was not before the immigration officer when he was assessing the reasonableness of the medical officer's opinion. It was the duty of the immigration officer to assess the reasonableness of the medical opinion. Second, as candidly acknowledged by counsel for the Minister in oral argument, an affidavit cannot be used to bolster the reasons of a decision maker on judicial review. In this Court, Justice Pelletier wrote for the majority in *Sellathurai v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2008 FCA 255, [2009] 2 F.C.R. 576 (at paragraphs 45–47):

The application Judge may have been led to that conclusion by the nature of the affidavit filed by the Minister's delegate. While the letter setting out the reasons for the refusal of Mr. Sellathurai's request deals only with the evidence of the legitimacy of the source of the seized funds, the Minister's delegate filed an affidavit in which he restated and reviewed the grounds for suspicion identified by the customs officer, and indicated why he believed they remained unanswered. In my view, this form of affidavit is inappropriate and ought not to have been given any weight at all.

The judges of the Federal Court have previously stated that a tribunal or a decision maker cannot improve upon the reasons given to the applicant by means of the affidavit filed in the judicial review proceedings. In *Simmonds v. M.N.R.* (2006), 289 F.T.R. 15, Dawson J. wrote, at paragraph 22 of her reasons:

I observe the transparency in decision-making is not promoted by allowing decision-makers to supplement their reasons after the fact in affidavits.

[51] Ainsi que le juge l'a reconnu, le fait pour la médecin d'affirmer dans ses motifs qu'elle avait pris connaissance de la réponse à la lettre d'équité ne suffisait pas pour rendre ses motifs suffisants. On ne peut pas accorder beaucoup de valeur à une déclaration aussi générale, qui ne fournit aucune précision sur ce que la médecin a fait et qui ne permet pas de savoir si les principes articulés dans l'arrêt *Hilewitz* ont été appliqués.

[52] En ce qui concerne l'affidavit de la médecin, j'estime que l'importance que le juge a accordée à cet affidavit pose problème à deux égards. Premièrement, les renseignements contenus dans l'affidavit n'avaient pas été portés à la connaissance de l'agent d'immigration lorsqu'il examinait le caractère raisonnable de l'avis de la médecin. Il incombait à l'agent d'immigration de se demander si l'avis médical était raisonnable. Deuxièmement, ainsi que l'avocat du ministre l'a reconnu en toute franchise lors des débats, on ne peut se servir d'un affidavit pour étayer les motifs de l'auteur de la décision faisant l'objet d'un contrôle judiciaire. Le juge Pelletier, qui s'exprimait au nom de la majorité, a écrit ce qui suit au nom de la Cour dans l'arrêt *Sellathurai c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2008 CAF 255, [2009] 2 R.C.F. 576 (aux paragraphes 45 à 47) :

Il se peut que la juge de première instance ait été amenée à tirer cette conclusion en raison de la nature de l'affidavit déposé par le représentant du ministre. Bien que la lettre exposant les motifs du rejet de la demande de M. Sellathurai ne traite que des éléments de preuve portant sur la légitimité de la provenance des fonds saisis, le représentant du ministre a déposé un affidavit dans lequel il a répété et examiné les motifs de soupçonner relevés par l'agent des douanes tout en expliquant qu'il estimait que ces soupçons n'avaient pas été dissipés. À mon avis, ce genre d'affidavit est inapproprié et on n'aurait dû lui accorder aucune valeur.

Des juges de la Cour fédérale ont déjà dit qu'un tribunal ou un décideur ne peut améliorer les motifs donnés au demandeur par le biais d'un affidavit déposé dans le cadre d'une instance en contrôle judiciaire. Dans *Simmonds c. M.R.N.*, 2006 CF 130, la juge Dawson a écrit, au paragraphe 22 :

Je ferais remarquer que le fait d'autoriser les décideurs à compléter leurs motifs après le fait dans des affidavits ne favorise aucunement la transparence du processus décisionnel.

See to the same effect *Kalra v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2003), 29 Imm. L.R. (3d) 208 (F.C.), at paragraph 15; *Yue v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 717, at paragraph 3; *Abdullah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1185, at paragraph 13. Any other approach to this issue allows tribunals to remedy a defect in their decision by filing further and better reasons in the form of an affidavit. In those circumstances, an applicant for judicial review is being asked to hit a moving target. [Emphasis added.]

[53] No weight should have been given to the affidavit of the medical officer to the extent the officer sought to explain or bolster her reasons.

[54] To conclude on this issue, when considering the inadequacy of the reasons of a medical officer the primary concern is not whether at the end of the day the appellants received adequate reasons. The concern is whether the inadequacy of the reasons prevented the immigration officer from assessing the reasonableness of the medical officer's opinion.

[55] One further issue must be considered. The respondent argued forcefully that on the facts of this case the inadequacy of the medical officer's reasons was not material because the immigration officer's reasons were not dependent on the reasons of the medical officer. Specifically, the respondent argued that the appellants acknowledged in the fairness response the existence of Rishi's special needs, but then failed to provide a proper plan for attenuating the demands flowing from the special needs. In short, the respondent argued that the immigration officer made his decision based upon non-medical factors because reasons were not provided concerning the medical factors.

[56] Despite Mr. McClenaghan's articulate submissions, I have not been persuaded that the immigration officer's reasons were independent of the medical opinion. I begin by noting that in the decision letter sent to the appellants, no reference was made to the fairness response or to any admission made therein. The contents of the decision letter are described at paragraph 14 above. The immigration officer stated in the decision

Voir, dans le même sens, *Kalra c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CF 941, au paragraphe 15; *Yue c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 717, au paragraphe 3; *Abdullah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1185, au paragraphe 13. Toute autre conception de la question aurait pour effet de permettre aux tribunaux de corriger un vice entachant leur décision en déposant des motifs complémentaires sous forme d'affidavit. Agir ainsi revient à demander à l'auteur d'une demande de contrôle judiciaire de chercher à atteindre une cible mouvante. [Non souligné dans l'original.]

[53] Aucune valeur n'aurait dû être accordée à l'affidavit de la médecin dans la mesure où elle cherchait à expliquer ou à étayer ses motifs.

[54] Pour conclure sur ce point, rappelons que lorsqu'on examine la question de savoir si les motifs d'un médecin sont suffisants ou non, on ne cherche pas tant à savoir si les appelants ont reçu des motifs suffisants que si l'insuffisance des motifs a empêché l'agent d'immigration de juger si l'avis du médecin était raisonnable.

[55] Il reste une question à examiner. L'intimé soutient énergiquement que, vu l'ensemble des faits de la présente affaire, l'insuffisance des motifs de la médecin ne tirait pas à conséquence parce que les motifs de l'agent d'immigration ne dépendaient pas de ceux de la médecin. Plus précisément, l'intimé fait valoir que les appelants ont reconnu dans la réponse à la lettre d'équité l'existence des besoins spéciaux de Rishi, mais qu'ils n'ont pas ensuite proposé un plan acceptable pour atténuer le fardeau entraîné par ces besoins spéciaux. En résumé, l'intimé soutient que l'agent d'immigration a fondé sa décision sur des facteurs non médicaux parce qu'aucun motif ne lui avait été communiqué au sujet des facteurs médicaux.

[56] Malgré les arguments éloquentes de M^e McClenaghan, on ne m'a pas convaincu que les motifs de l'agent d'immigration étaient indépendants de l'avis médical. Je fais observer, en premier lieu, que, dans la lettre de décision qui a été transmise aux appelants, aucune mention n'est faite de la réponse à la lettre d'équité ou aux admissions qu'elle contenait. Le contenu de la lettre de décision a déjà été exposé au paragraphe 14.

letter that he was satisfied that the medical officer's decision was reasonable.

[57] The immigration officer did refer to the fairness response in the CAIPS notes when setting out more detailed reasons for his decision. There, he wrote:

PI's spouse, who is a paediatrician, states, in her un-dated letter, that our medical assessment is generic and not individualised. At the same time she states that she does not dispute that Rishi has developmental delay. PI did not provide any medical info which may suggest he has any issues with the medical assessments of the dep. We requested him to provide a declaration of ability and intent. He failed to submit the declaration. I am not satisfied that his supporting plan is credible because of the following reasons:

...

Based on the medical assessments and the info provided by the applicant in response to the procedural fairness letter I am satisfied that the medical officer's opinion about PI family member's inadmissibility on health grounds is reasonable. Accordingly, he is inadmissible pursuant to A38(1)(c) in that PI's above-stated accompanying family member's condition might reasonably be expected to cause excessive demand on health or social services. [Emphasis added.]

[58] It can be seen from the latter passage that the immigration officer did have regard to the medical assessments.

[59] Equally important to the consideration of the immigration officer's reasons is that in the first paragraph of the CAIPS notes quoted above, the immigration officer erred when he stated that the applicants did not provide any medical information that suggested they had any issue with the medical assessment of Rishi.

[60] As explained above, Dr. Sapru, while acknowledging the existence of some developmental delay, did take issue with the medical assessment. She wrote:

L'agent d'immigration déclarait dans la lettre de décision qu'il était convaincu que la décision de la médecin était raisonnable.

[57] L'agent d'immigration mentionne effectivement la réponse à la lettre d'équité dans les notes du STIDI lorsqu'il expose plus en détail les motifs de sa décision. Voici ce qu'il a écrit :

[TRADUCTION] L'épouse de l'intéressé, qui est pédiatre, déclare dans sa lettre non datée que notre évaluation médicale est générique et qu'elle n'est pas individualisée. Elle affirme par ailleurs qu'elle ne conteste pas que Rishi souffre d'un retard de développement. L'intéressé n'a soumis aucun renseignement d'ordre médical qui permettrait de penser qu'il conteste les évaluations médicales du Ministère. Nous lui avons demandé de fournir une déclaration de capacité et d'intention, ce qu'il a omis de faire. Je ne suis pas convaincu que le plan qu'il a soumis soit crédible, et ce, pour les raisons suivantes :

[...]

Suivant les évaluations médicales et les renseignements fournis par le demandeur en réponse à la lettre d'équité procédurale, je suis convaincu que l'avis donné par la médecin au sujet de l'interdiction de territoire du membre de la famille de l'intéressé pour des motifs sanitaires est raisonnable. En conséquence, il est interdit de territoire par application du paragraphe 38(1) de la Loi au motif que l'état du membre de la famille qui accompagne l'intéressé risque d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé. [Non souligné dans l'original.]

[58] Il ressort de ce passage que l'agent d'immigration a effectivement tenu compte des évaluations médicales.

[59] Le fait qu'au premier paragraphe des notes du STIDI précitées l'agent d'immigration ait commis une erreur lorsqu'il a affirmé que les demandeurs n'avaient soumis aucun renseignement médical permettant de penser qu'ils contestaient l'évaluation médicale de Rishi revêt une importance tout aussi grande lorsqu'il s'agit d'examiner les motifs de l'agent d'immigration.

[60] Comme précédemment expliqué, tout en reconnaissant l'existence d'un certain retard du développement, la docteure Sapru s'est bel et bien inscrite en faux contre l'évaluation médicale. Voici ce qu'elle écrit :

Your opinion makes it look as if my son's condition is far more serious than it really is. His actual condition is mild as described from the two letters which I enclose herewith and which represent the advice you were given as to his general state.

[61] The two letters referred to appear to be a reference to reports found at pages 640 and 641 of the appeal book, Vol. II. The first report was prepared by an epileptologist and child neurologist who certified Rishi to have "microcephaly with mild learning difficulty". He went on to say that Rishi "has gained milestones with a good catchup and goes to normal school and takes part in all activities. He has low normal intelligence and may be able to continue [and] cope with routines of normal school". The second report was prepared by a "Consultant Developmental Paediatrician" together with an "Honorary Professor & Director, Dept. of Pediatrics & Neonatology" at a hospital for children with special needs. In their joint opinion, Rishi has "mild developmental delay, microcephaly and mild concentration issues". They said that he "is currently going to a main stream school" and felt that with consistent effort he would make good progress.

[62] This is to be contrasted with the medical notification, which described Rishi's condition to include being "currently dependent on his family for most of the activities of daily living" and therefore to require special care and special education. The relevant portion of the medical notification is found at paragraph 4 above.

[63] The issue as to the seriousness of Rishi's disability was one that the immigration officer was not qualified to decide. It was for the medical officer to assess the totality of the evidence and then give valid reasons for her views as to the seriousness of any disability, what if any special needs would flow from that disability and the likely cost of meeting those needs. The immigration officer's reasons were not independent of the medical opinion, such as it was. Without a proper

[TRADUCTION] Si l'on se fie à votre avis, l'état de mon fils semble beaucoup plus grave que ce qu'il n'est en réalité. En fait, ses troubles de santé sont bénins ainsi qu'il ressort des deux lettres ci-jointes qui font état de l'avis qui vous a été donné au sujet de son état général.

[61] Les deux lettres susmentionnées semblent renvoyer aux rapports que l'on trouve aux pages 640 et 641 du dossier d'appel, vol. II. Le premier rapport a été établi par un épiléptologue et neurologue pour enfants qui a certifié que Rishi souffrait d'une [TRADUCTION] « microcéphalie accompagné d'un léger trouble d'apprentissage ». Ce médecin a également expliqué que Rishi [TRADUCTION] « a fait des progrès et s'est bien rattrapé. Il fréquente l'école régulière et participe à toutes les activités. Il a une intelligence légèrement inférieure à la moyenne et pourra probablement continuer à fréquenter les classes régulières et en suivre le rythme ». Le second rapport est signé par un « pédiatre consultant du développement » ainsi que par un « professeur honoraire et directeur du département de pédiatrie et de néonatalogie » travaillant dans un hôpital pour enfants ayant des besoins spéciaux. De l'avis de ces deux spécialistes, Rishi [TRADUCTION] « souffre d'un léger retard de développement, d'une microcéphalie et de légers problèmes de concentration ». Ils précisent qu'il [TRADUCTION] « fréquente présentement l'école régulière » et estiment que, s'il fait des efforts constants, il devrait continuer à bien progresser.

[62] Cet avis doit être mis en contraste avec la déclaration médicale, dans laquelle l'état de santé de Rishi est décrit comme suit : [TRADUCTION] « À l'heure actuelle, il dépend de sa famille pour la plupart des activités de la vie courante » et nécessite des soins et une éducation spéciaux. On trouve le passage pertinent de la déclaration médicale au paragraphe 4 des présents motifs.

[63] L'agent d'immigration n'était pas habilité à se prononcer sur la gravité de la déficience de Rishi. Il revenait à la médecin d'évaluer l'ensemble de la preuve et de motiver ensuite de façon valable son avis quant à la gravité de toute déficience, les besoins spéciaux qu'entraînerait cette déficience et leur coût probable. Les motifs de l'agent d'immigration n'étaient pas indépendants de l'avis médical, si tant est qu'on puisse le considérer comme tel. Sans avis médical approprié

medical opinion as to Rishi's condition and any resultant special needs, it was premature for the immigration officer to assess the adequacy of the appellants' plan.

5. Conclusion and Costs

[64] For these reasons, I would allow the appeal and set aside the decision of the Federal Court. Pronouncing the judgment the Federal Court should have given, I would set aside the decision of the immigration officer and remit the matter to another immigration officer to be redetermined on the basis of a valid medical opinion prepared by a different medical officer. I would answer the certified questions as follows:

Q. When considering whether a person is inadmissible on health grounds pursuant to paragraph 38(1)(c) of the Act, is a medical officer obligated to actively seek information about the applicants' ability and intent to mitigate excessive demand on social services from the outset of the inquiry, or is it sufficient for the medical officer to provide a fairness letter and rely on the applicants' response to that letter?

A. A medical officer is not obligated to seek out information about the applicants' ability and intent to mitigate excessive demands on social services from the outset of the inquiry. It is sufficient for the medical officer to provide a fairness letter that clearly sets out all of the relevant concerns and provides a true opportunity to meaningfully respond to all of the concerns of the medical officer.

Q. Is a medical officer under a duty to provide adequate reasons for finding that a person is inadmissible on health grounds pursuant to paragraph 38(1)(c) of the Act, which is independent from the visa officer's duty to provide reasons and which is therefore not satisfied by the visa officer providing reasons that are clearly adequate?

A. When assessing whether a foreign national's health condition might reasonably be expected to cause

quant à l'état de santé de Rishi et aux besoins spéciaux en découlant, il était prématuré de la part de l'agent d'immigration de juger si le plan proposé par les appelants était suffisant.

5. Conclusion et dépens

[64] Pour ces motifs, je suis d'avis de faire droit à l'appel et d'annuler la décision de la Cour fédérale. Prononçant le jugement que la Cour fédérale aurait dû rendre, j'annulerais la décision de l'agent d'immigration et je renverrais l'affaire à un autre agent d'immigration pour qu'il la réexamine en se fondant sur un avis médical valide établi par un autre médecin agréé. Je répondrais comme suit aux questions certifiées :

Q. Lors de l'examen de la question de savoir si une personne est interdite de territoire pour des motifs sanitaires en application du paragraphe 38(1) de la Loi, le médecin agréé est-il tenu de rechercher activement des renseignements à propos de la capacité et de l'intention des demandeurs d'atténuer le fardeau excessif pour les services sociaux dès le début de l'examen ou est-il suffisant que le médecin agréé transmette une lettre d'équité et s'appuie sur la réponse des demandeurs à cette lettre?

R. Le médecin agréé n'est pas tenu de rechercher activement des renseignements à propos de la capacité et de l'intention des demandeurs d'atténuer le fardeau excessif pour les services sociaux dès le début de l'examen. Il suffit qu'il leur transmette une lettre d'équité qui expose clairement toutes ses préoccupations pertinentes et qui leur accorde une véritable possibilité de répondre utilement à toutes ces préoccupations.

Q. Le médecin agréé qui conclut qu'une personne est interdite de territoire pour des motifs sanitaires en application du paragraphe 38(1) de la Loi a-t-il l'obligation de fournir des motifs suffisants, qui est une obligation indépendante de l'obligation de l'agent des visas de fournir des motifs et qui n'est donc pas remplie par la présentation de motifs nettement suffisants de la part de l'agent des visas?

R. Le médecin agréé qui vérifie si l'état de santé de l'étranger risque d'entraîner un fardeau excessif a

excessive demand, a medical officer is under a duty to provide sufficient information to an immigration officer to allow the immigration officer to be satisfied that the medical officer's opinion is reasonable.

[65] The appellants seek costs, arguing that special reasons exist to justify such an award. However, the appellants did not seek costs in their notice of appeal or in their memorandum of fact and law. While this is a sufficient basis for denying costs, I would add that I see no special reasons for awarding costs. In my view, nothing in the conduct of the respondent merits an award of costs. In the scheme of rule 22 [as am. by SOR/2002-232, s. 11] of the *Federal Courts Immigration and Refugee Protection Rules*, SOR/93-22 [as am. by SOR/2005-339, s. 1], a mere error on the part of a decision maker is insufficient to warrant an award of costs.

LAYDEN-STEVENSON J.A.: I agree.

STRATAS J.A.: I agree.

l'obligation de fournir à l'agent d'immigration des renseignements suffisants susceptibles de le convaincre que l'avis du médecin agréé est raisonnable.

[65] Les appelants réclament les dépens en faisant valoir qu'il existe des raisons spéciales justifiant de les adjuger. Les appelants n'ont cependant pas réclamé de dépens dans leur avis d'appel ou dans leur mémoire des faits et du droit. Bien qu'il s'agisse d'une raison suffisante pour leur refuser les dépens, j'ajouterais que je ne vois aucune raison spéciale justifiant d'adjuger des dépens. À mon avis, rien dans la conduite de l'intimé ne justifie de le condamner aux dépens. Il ressort de l'économie de l'article 22 [mod. par DORS/2002-232, art. 11] des *Règles des Cours fédérales en matière d'immigration et de protection des réfugiés*, DORS/93-22 [mod. par DORS/2005-339, art. 1], qu'une simple erreur de la part de l'auteur de la décision est insuffisante pour justifier une condamnation aux dépens.

LA JUGE LAYDEN-STEVENSON, J.C.A. : Je suis d'accord.

LE JUGE STRATAS, J.C.A. : Je suis d'accord.

A-425-09
2011 FCA 39

A-425-09
2011 CAF 39

Pierino Divito (*Appellant*)

Pierino Divito (*appelant*)

v.

c.

Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (*Respondent*)

Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (*intimé*)

and

et

Canadian Civil Liberties Association (*Intervener*)

Association canadienne des libertés civiles (*intervenante*)

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

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

Federal Court of Appeal, Nadon, Trudel and Mainville J.J.A.—Montréal, October 14, 2010; Ottawa, February 3, 2011.

Cour d'appel fédérale, juges Nadon, Trudel et Mainville, J.C.A.—Montréal, 14 octobre 2010; Ottawa, 3 février 2011.

Constitutional Law — Charter of Rights — Mobility Rights — Appeal from Federal Court decision rejecting judicial review of respondent's decision denying appellant's request for transfer under International Transfer of Offenders Act — Appellant, Canadian citizen, incarcerated in U.S. for drug trafficking — Challenging constitutionality of Act, ss. 8(1), 10(1)(a), 10(2)(a) — Federal Court finding that transfer of supervision of prison sentence, not mobility right, at issue in transfer request — Alternatively, impugned provisions of Act reasonable limits pursuant to Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 1 — Whether Act, ss. 8(1), 10(1)(a), 10(2)(a) infringing Charter, s. 6(1); whether provisions justified under Charter, s. 1 — Per Mainville J.A. (concurring): Act infringing right to enter, remain in Canada as guaranteed by Charter, s. 6(1) — Offenders imprisoned in foreign jurisdictions not capable of exercising that right because of foreign jurisdiction's superior force over them — S. 6(1) right engaged once foreign jurisdiction approving request for transfer — That said, Act, ss. 10(1)(a), 10(2)(a) justified under Charter, s. 1 — Per Nadon J.A. (Trudel J.A. concurring): Canada not refusing appellant entry but refusing to administer appellant's sentence — Refusal not violation of s. 6(1) right — No causal connection between refusal, appellant's inability to enter — Nothing in s. 6(1) suggesting right to serve foreign prison sentence in Canada — Appeal dismissed.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de circulation et d'établissement — Appel à l'encontre de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire visant la décision par laquelle l'intimé a refusé la demande de transfèrement que l'appelant a présentée sous le régime de la Loi sur le transfèrement international des délinquants — L'appelant est un citoyen canadien incarcéré aux É.-U. pour trafic de drogue — Il a contesté la constitutionnalité des art. 8(1), 10(1)a) et 10(2)a) de la Loi — La Cour fédérale a conclu que c'est le transfert de la surveillance de l'exécution d'une peine, et non la liberté de circulation et d'établissement, qui est en cause dans une demande de transfèrement — Subsidièrement, les dispositions contestées de la Loi constituent des limites raisonnables selon l'article premier de la Charte — Il s'agissait de savoir si les art. 8(1), 10(1)a) et 10(2)a) violent l'art. 6(1) de la Charte, et si ces dispositions sont justifiées au sens de l'article premier de la Charte — Le juge Mainville, J.C.A. (motifs concourants) : La Loi porte atteinte au droit d'entrer au Canada et d'y demeurer garanti par l'art. 6(1) de la Charte — Les délinquants emprisonnés dans des pays étrangers ne sont pas en mesure d'exercer ce droit parce qu'ils sont assujettis à la contrainte du pays étranger — Le droit garanti par l'art. 6(1) entre en jeu dès qu'une demande de transfèrement est approuvée par le pays étranger — Cela dit, les art. 10(1)a) et 10(2)a) de la Loi sont justifiés

This was an appeal from a Federal Court decision rejecting an application for judicial review of the respondent's decision denying the appellant's request for a transfer to Canada under the *International Transfer of Offenders Act* (Act).

The appellant, a Canadian citizen, was sentenced by an American court to incarceration in the United States after pleading guilty to cocaine distribution charges. The respondent denied the appellant's transfer request on the basis that he was a member of organized crime and that his return to Canada would constitute a threat to the safety of Canadians and the security of Canada. The appellant challenged the constitutionality of subsection 8(1) and paragraphs 10(1)(a) and 10(2)(a) of the Act that empower the respondent to refuse the transfer of a Canadian offender incarcerated abroad. The Federal Court found that at issue in a transfer request under the Act was the transfer of supervision of a prison sentence, not a mobility right. Alternatively, the Federal Court found that the impugned provisions of the Act were reasonable limits as can be demonstrably justified in a free and democratic society pursuant to section 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter). Having upheld the constitutional validity of the legislation, the Federal Court went on to find that it was not unreasonable for the respondent to opine that the appellant would renew his contacts with elements of organized crime once transferred to Canada.

At issue was whether subsection 8(1) and paragraphs 10(1)(a) and 10(2)(a) of the Act infringe subsection 6(1) of the Charter and, if so, whether these legislative provisions are justified under section 1 of the Charter.

Held, the appeal should be dismissed.

Per Mainville J.A. (concurring): A number of legislative provisions, international instruments and court decisions led to the conclusion that the Act infringes the right to enter and to remain in Canada as guaranteed by subsection 6(1) of the

au sens de l'article premier de la Charte — Le juge Nadon, J.C.A. (la juge Trudel, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : Le Canada ne refuse pas de laisser entrer l'appelant, mais refuse plutôt de prendre en charge l'exécution de la peine de celui-ci — Ce refus ne porte pas atteinte au droit garanti par l'art. 6(1) — Il n'y a pas de lien de causalité entre le refus et l'impossibilité pour l'appelant d'entrer au Canada — Rien dans le libellé de l'art. 6(1) ne laisse croire que celui-ci donne à un citoyen le droit de purger au Canada une peine d'emprisonnement infligée à l'étranger — Appel rejeté.

Il s'agissait d'un appel à l'encontre de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté une demande de contrôle judiciaire visant la décision par laquelle l'intimé a refusé la demande de transfèrement au Canada que l'appelant a présentée sous le régime de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants* (la Loi).

L'appelant, un citoyen canadien, a été condamné par un tribunal américain à une peine d'emprisonnement aux États-Unis après avoir plaidé coupable à des accusations de distribution de cocaïne. L'intimé a refusé la demande de transfèrement de l'appelant au motif qu'il était un membre du crime organisé et que son retour au Canada constituerait une menace pour la sécurité du Canada et la sûreté des Canadiens. L'appelant a contesté la constitutionnalité du paragraphe 8(1) et des alinéas 10(1)a) et 10(2)a) de la Loi qui habilite l'intimé à refuser le transfèrement d'un délinquant canadien incarcéré à l'étranger. La Cour fédérale a conclu qu'une demande de transfèrement présentée en vertu de la Loi mettait en cause le transfert de la surveillance de l'exécution d'une peine, et non la liberté de circulation et d'établissement. Subsidiairement, la Cour fédérale a conclu que les dispositions contestées de la Loi constituaient des limites raisonnables dont la justification pouvait se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte). Après avoir confirmé la constitutionnalité des dispositions législatives, la Cour fédérale a ensuite conclu qu'il n'était pas déraisonnable pour l'intimé d'exprimer l'avis que l'appelant renouerait avec les membres du crime organisé après son transfèrement au Canada.

Il s'agissait de savoir si le paragraphe 8(1) et les alinéas 10(1)a) et 10(2)a) de la Loi violent le paragraphe 6(1) de la Charte et, dans l'affirmative, si ces dispositions législatives sont justifiées au sens de l'article premier de la Charte.

Arrêt : l'appel doit être rejeté.

Le juge Mainville, J.C.A. (motifs concourants) : Un certain nombre de dispositions législatives, d'instruments internationaux et de décisions des tribunaux ont mené à la conclusion que la Loi porte atteinte au droit d'entrer au Canada et d'y

Charter. In addition, the proposition that subsection 6(1) is not engaged by the impugned provisions of the Act could not be accepted. Offenders imprisoned in foreign jurisdictions cannot exercise their right to enter and remain in Canada because of the superior force of the foreign jurisdiction over them, not because of the loss of the right itself by the offenders. The purpose of the Act and its related treaty system is to facilitate the repatriation of offenders and the exercise of their right to enter and to remain in Canada. Once the foreign jurisdiction consents to a transfer, the only legal restriction remaining is the required consent of the respondent. Consequently, an offender's Charter right to enter and to remain in Canada is engaged once a request for a transfer to Canada is approved by the foreign jurisdiction. There is no reason why subsection 6(1) should not be engaged in the context of a transfer of a Canadian citizen from a foreign jurisdiction in the same way that it is engaged when a Canadian citizen is deported from a foreign jurisdiction to Canada.

The provisions of paragraphs 10(1)(a) and 10(2)(a) of the Act constitute reasonable limits to subsection 6(1) of the Charter as can be demonstrably justified in a free and democratic society pursuant to section 1 of the Charter. Applying the *The Queen v. Oakes* test to the case at bar, it was determined, *inter alia*, that the security of Canada and the prevention of offences related to terrorism or to organized crime are pressing and substantial objectives; the legislative framework in which the respondent's discretion is exercised is reasonable and is rationally linked to the pressing and substantial objectives at hand; the limit minimally impairs the right to remain in Canada; and the legislation is proportionate in effect in that no other reasonable measure could be devised to impair to a lesser extent the offender's right.

In conclusion, in deciding a request for a transfer under the Act, the respondent must be alive not only to the terms of the legislation itself, but also to the Charter right of the offender under subsection 6(1). Consideration of the Charter right by the respondent will be subsumed in his consideration of the factors set out in the legislation

Per Nadon J.A. (Trudel J.A. concurring): Canada did not refuse entry to the appellant, but rather it refused to administer the appellant's sentence. The result was that the appellant was unable to enter Canada because the United States would not release him. Canada's refusal to administer the appellant's sentence did not constitute a violation of his right under subsection 6(1) of the Charter because there was an insufficient

demeurer garanti par le paragraphe 6(1) de la Charte. De plus, la prétention selon laquelle le paragraphe 6(1) n'est pas mis en jeu par les dispositions contestées de la Loi ne pouvait être acceptée. Les délinquants emprisonnés dans des pays étrangers ne peuvent exercer leur droit d'entrer au Canada et d'y demeurer parce qu'ils sont assujettis à la contrainte du pays étranger, et non parce qu'ils ont perdu leur droit. L'objet de la Loi et du régime prévu par le traité y afférent consiste à faciliter le rapatriement des délinquants et l'exercice de leur droit d'entrer au Canada et d'y demeurer. Dès que le pays étranger consent à un transfèrement, la seule autre restriction légale est liée au consentement requis de la part de l'intimé. Par conséquent, le droit constitutionnel du délinquant d'entrer au Canada et d'y demeurer entre en jeu dès qu'une demande de transfèrement au Canada est approuvée par le pays étranger. Il n'y a aucune raison pour laquelle le paragraphe 6(1) ne devrait pas s'appliquer dans le contexte d'un transfert d'un citoyen canadien par une juridiction étrangère de la même façon qu'il s'applique lorsqu'un citoyen canadien est déporté vers le Canada par une juridiction étrangère.

Les dispositions des alinéas 10(1)a) et 10(2)a) de la Loi restreignent le droit garanti par le paragraphe 6(1) de la Charte dans des limites raisonnables dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la Charte. En appliquant à l'espèce le critère de l'arrêt *La Reine c. Oakes*, il a notamment été déterminé que la sécurité du Canada et la prévention des infractions liées au terrorisme ou au crime organisé constituent des objectifs urgents et réels, que le cadre législatif dans lequel l'intimé exerce son pouvoir discrétionnaire est raisonnable et présente un lien rationnel avec les objectifs urgents et réels en cause, que la restriction porte une atteinte minimale au droit de demeurer au Canada et que les dispositions législatives sont proportionnées dans leur effet parce qu'aucune autre mesure raisonnable ne pourrait être élaborée pour qu'il soit porté atteinte dans une moindre mesure au droit du délinquant.

En conclusion, dans sa décision à l'égard d'une demande de transfèrement présentée en vertu de la Loi, l'intimé doit être sensible non seulement aux dispositions de la législation en cause, mais aussi au droit que le paragraphe 6(1) de la Charte garantit au délinquant. Il doit subsumer l'examen de ce droit dans son appréciation des facteurs énoncés dans la législation.

Le juge Nadon, J.C.A. (la juge Trudel, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : Le Canada n'a pas refusé de laisser entrer l'appelant, mais a plutôt refusé de devenir responsable de l'exécution de la peine de celui-ci, de sorte que l'appelant n'a pas pu entrer au Canada parce que les États-Unis n'ont pas voulu le libérer. Le refus du Canada de prendre en charge l'exécution de la peine de l'appelant ne portait pas atteinte au

causal connection between Canada's refusal and the appellant's inability to enter. Canada's contribution to the appellant's inadmissibility to enter was indirect and secondary. The appellant's criminal acts, conviction and sentencing were the direct causes of his inability to enter Canada. The appellant sought a declaration that subsection 6(1) grants him a constitutional right to serve his foreign prison sentence in Canada once the foreign country agrees to the transfer. There is nothing in the language of subsection 6(1) to suggest that that provision includes a right to serve one's foreign prison sentence in Canada.

droit garanti par le paragraphe 6(1) de la Charte parce qu'il n'existait pas de lien de causalité suffisant entre le refus du Canada et l'impossibilité pour l'appelant d'entrer au Canada. Le rôle du Canada dans l'interdiction imposée à l'appelant d'entrer au Canada était indirect et secondaire. Les causes directes de l'impossibilité de l'appelant d'entrer au Canada étaient ses actes criminels, sa déclaration de culpabilité et la peine qui lui a été infligée. L'appelant sollicitait un jugement déclarant que le paragraphe 6(1) lui donne le droit constitutionnel de purger au Canada une peine d'emprisonnement infligée à l'étranger une fois que le pays étranger a accepté son transfèrement. Rien dans le libellé du paragraphe 6(1) ne laisse croire que celui-ci donne à un citoyen le droit de purger au Canada une peine d'emprisonnement infligée à l'étranger.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, Appendix III, s. 2(a).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 6(1), 32(1)(a), 33.
Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29.
Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, s. 2(1) "sentence" (as enacted by S.C. 1995, c. 42, s. 1; 2004, c. 21, s. 39).
Immigration Act, R.S.C. 1952 (Supp.), c. 325, s. 3.
Immigration Act, R.S.C. 1970, c. I-2, s. 3.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 19(1).
International Transfer of Offenders Act, S.C. 2004, c. 21, ss. 3, 7, 8(1), 10(1)(a),(2)(a), 11, 13.
Magna Carta (1215).
Transfer of Offenders Act, S.C. 1977-78, c. 9, s. 6(1).

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

- International Covenant on Civil and Political Rights*, December 16, 1966, [1976] Can. T.S. No. 47, Art. 12(4).
Treaty between Canada and the United States of America on the Execution of Penal Sentences, March 2, 1977, [1978] Can. T.S. No. 12.
Universal Declaration of Human Rights, GA Res. 217 A (III), UN Doc. A/810, at p. 71 (1948), Art. 13(2).

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, 6(1), 32(1)(a), 33.
Déclaration canadienne des droits, L.R.C. (1985), appendice III, art. 2a).
Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29.
Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 2(1) « peine » (édité par L.C. 1995, ch. 42, art. 1; 2004, ch. 21, art. 39).
Loi sur le transfèrement des délinquants, L.C. 1977-78, ch. 9, art. 6(1).
Loi sur le transfèrement international des délinquants, L.C. 2004, ch. 21, art. 3, 7, 8(1), 10(1)(a),(2)(a), 11, 13.
Loi sur l'immigration, S.R.C. 1952 (Supp.), ch. 325, art. 3.
Loi sur l'immigration, S.R.C. 1970, ch. I-2, art. 3.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 19(1).
Magna Carta (1215).

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

- Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés. AG 217 A (III), Doc. NU A/810, à la p. 71 (1948), art. 13(2).
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 16 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47, art. 12(4).
Traité entre le Canada et les États-Unis d'Amérique sur l'exécution des peines imposées aux termes du droit criminel, 2 mars 1977, [1978] R.T. Can. n° 12.

CASES CITED

APPLIED:

Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission), 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307, 190 D.L.R. (4th) 513, [2000] 10 W.W.R. 567.

CONSIDERED:

DiVito v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness), 2009 FC 983; *Kozarov v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2007 FC 866, [2008] 2 F.C.R. 377, 333 F.T.R. 27; *Getkate v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2008 FC 965, [2009] 3 F.C.R. 26, 298 D.L.R. (4th) 558, 236 C.C.C. (3d) 102; *United States of America v. Cotroni*; *United States of America v. El Zein*, [1989] 1 S.C.R. 1469, (1989), 48 C.C.C. (3d) 193, 42 C.R.R. 101; *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, (1986), 26 D.L.R. (4th) 200, 24 C.C.C. (3d) 321; *R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.*, [1985] 1 S.C.R. 295, (1985), 18 D.L.R. (4th) 321, [1985] 3 W.W.R. 481; *Kamel v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 21, [2009] 4 F.C.R. 449, 195 C.R.R. (2d) 275, 388 N.R. 4, leave to appeal to S.C.C. refused [2009] 2 S.C.R. vii; *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391, 283 D.L.R. (4th) 40, [2007] 7 W.W.R. 191.

REFERRED TO:

Divito c. Canada (Ministre de la Justice), 2004 CanLII 39111 (Que. C.A.); *États-Unis d'Amérique v. Divito* (2004), 194 C.C.C. (3d) 148 (Que. C.A.); *R. v. Gauvin (E.) et autres* (1987), 187 N.B.R. (2d) 262 (C.A.); *R. v. Rumbaut*, 1998 CanLII 9816 (N.B.Q.B.); *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283, 195 D.L.R. (4th) 1, [2001] 3 W.W.R. 193; *Co-Operative Committee on Japanese Canadians and Another v. Attorney-General for Canada and Another*, [1947] A.C. 87; *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761, 292 D.L.R. (4th) 193, 72 Admin. L.R. (4th) 30; *Canada (Justice) v. Fischbacher*, 2009 SCC 46, [2009] 3 S.C.R. 170, 312 D.L.R. (4th) 1, 248 C.C.C. (3d) 419; *Németh v. Canada (Justice)*, 2010 SCC 56, [2010] 3 S.C.R. 281, 328 D.L.R. (4th) 431, 263 C.C.C. (3d) 434; *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; *Curtis v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2010 FC 943, 14 Admin. L.R. (5th) 108, 373 F.T.R. 267; *R. v. D. B.*, 2008 SCC 25, [2008] 2 S.C.R. 3, 293 D.L.R. (4th) 278, 231 C.C.C. (3d) 338; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292, 280 D.L.R. (4th) 385, 220 C.C.C. (3d) 161.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission), 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

DiVito c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile), 2009 CF 983; *Kozarov c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2007 CF 866, [2008] 2 R.C.F. 377; *Getkate c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2008 CF 965, [2009] 3 R.C.F. 26; *États-Unis c. Cotroni*; *États-Unis c. El Zein*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Kamel c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 21, [2009] 4 R.C.F. 449, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [2009] 2 R.C.S. vii; *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391.

DÉCISIONS CITÉES :

Divito c. Canada (Ministre de la Justice), 2004 CanLII 39111 (C.A. Qué.); *Divito c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2004 CanLII 46681 (C.A. Qué.); *R. c. Gauvin (E.) et autres* (1987), 187 R.N.-B. (2^e) 262 (C.A.); *R. v. Rumbaut*, 1998 CanLII 9816 (B.R.N.-B.); *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283; *Co-Operative Committee on Japanese Canadians and Another v. Attorney-General for Canada and Another*, [1947] A.C. 87; *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761; *Canada (Justice) c. Fischbacher*, 2009 CSC 46, [2009] 3 R.C.S. 170; *Németh c. Canada (Justice)*, 2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *Curtis c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2010 CF 943; *R. c. D. B.*, 2008 CSC 25, [2008] 2 R.C.S. 3; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292.

AUTHORS CITED

Library of Parliament. Parliamentary Research Branch. Legislative Summary LS-459E. *Bill C-33: International Transfer of Offenders Act*, prepared by Robin MacKay, Law and Government Division, 29 July 2003, online: <<http://www.parl.gc.ca/Content/LOP/LegislativeSummaries/37/2/c33-e.pdf>>

APPEAL from a Federal Court decision rejecting the appellant's application for judicial review of the respondent's decision denying the appellant's request for a transfer to Canada under the *International Transfer of Offenders Act*. Appeal dismissed.

APPEARANCES

Maire-Hélène Giroux and *Clément Monterosso* for appellant.
Éric Lafrenière and *Marc Ribeiro* for respondent.
Lorne Waldman for intervener.

SOLICITORS OF RECORD

Monterosso Giroux S.E.N.C., Montréal, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.
Waldman & Associates, Toronto, for intervener.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] MAINVILLE J.A. (CONCURRING): This appeal raises for the first time in this Court the relationship between the right to enter and remain in Canada guaranteed to every citizen under subsection 6(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) and the authority of the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (the Minister) under the *International Transfer of Offenders Act*, S.C. 2004, c. 21 to refuse a transfer to Canada of an offender who is a Canadian citizen incarcerated abroad.

DOCTRINE CITÉE

Bibliothèque du Parlement. Direction de la recherche parlementaire. Résumé législatif LS-459F. *Projet de loi C-33 : Loi sur le transfèrement international des délinquants*, Robin MacKay, Division du droit et du gouvernement, 29 juillet 2003, en ligne : <<http://www.parl.gc.ca/Content/LOP/LegislativeSummaries/37/2/c33-f.pdf>>

APPEL à l'encontre de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté une demande de contrôle judiciaire visant la décision par laquelle l'intimé a refusé la demande de transfèrement au Canada que l'appelant a présentée sous le régime de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants*. Appel rejeté.

ONT COMPARU

Maire-Hélène Giroux et *Clément Monterosso* pour l'appelant.
Éric Lafrenière et *Marc Ribeiro* pour l'intimé.
Lorne Waldman pour l'intervenante.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Monterosso Giroux S.E.N.C., Montréal, pour l'appelant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.
Waldman & Associates, Toronto, pour l'intervenante.

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

[1] LE JUGE MAINVILLE, J.C.A. (MOTIFS CONCURANTS) : L'appel dont notre Cour est saisie porte, pour la première fois, sur le lien entre le droit d'entrer au Canada et d'y demeurer — que garantit à tout citoyen le paragraphe 6(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) — et le pouvoir que la *Loi sur le transfèrement international des délinquants*, L.C. 2004, ch. 21, confère au Ministre de la sécurité publique et de la protection civile (le ministre) de refuser le transfèrement au Canada d'un délinquant qui est un citoyen canadien incarcéré à l'étranger.

[2] The appellant in this case, supported by the intervenor the Canadian Civil Liberties Association, seeks to have declared unconstitutional subsection 8(1) and paragraphs 10(1)(a) and 10(2)(a) of the *International Transfer of Offenders Act* which empower the Minister to refuse the transfer of a Canadian offender incarcerated abroad where the offender's return to Canada would constitute a threat to the security of Canada or where, in the Minister's opinion, the offender will commit, after the transfer, a terrorism offence or a criminal organization offence.

[3] For the reasons further set out below, I find that subsection 8(1) and paragraphs 10(1)(a) and 10(2)(a) of the *International Transfer of Offenders Act* do constitute *prima facie* infringements of the right of a Canadian citizen to enter and remain in Canada guaranteed under subsection 6(1) of the Charter, but that these legislative provisions are nevertheless reasonable limits to that right as can be demonstrably justified in a free and democratic society pursuant to section 1 of the Charter.

Background to the appeal

[4] The appellant, born in 1937, immigrated to Canada when he was 16, and subsequently became a Canadian citizen in 1980. The record shows that he has had a difficult relationship with the law, going back many years, including prior convictions in 1962 for attempted false pretences, in 1963 for possession of a restricted weapon outside a dwelling house, in 1963 for living on the avails of prostitution, in 1966 for the possession of a still, in 1976 for possession of stolen property, and in 1987 for assault.

[5] In March of 1995, the appellant was found guilty by a Canadian court of serious drug-related offences involving the importation of 5 400 kilograms of cocaine having a street value of over \$500 million, and was sentenced to a long imprisonment term.

[2] L'appelant en l'espèce, qui bénéficie de l'appui de l'intervenante, l'Association canadienne des libertés civiles, demande que soient déclarés inconstitutionnels le paragraphe 8(1) et les alinéas 10(1)a) et 10(2)a) de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants* qui habilite le ministre à refuser le transfèrement d'un délinquant canadien incarcéré à l'étranger lorsque son retour au Canada peut constituer une menace pour la sécurité du Canada ou lorsque, de l'avis du ministre, le délinquant commettra, après son transfèrement, une infraction de terrorisme ou une infraction d'organisation criminelle.

[3] Pour les motifs plus amplement exposés ci-après, je suis d'avis que le paragraphe 8(1) et les alinéas 10(1)a) et 10(2)a) de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants* constituent des atteintes *prima facie* au droit des citoyens canadiens d'entrer au Canada et d'y demeurer, prévu au paragraphe 6(1) de la Charte, mais que ces dispositions législatives restreignent ce droit dans des limites néanmoins raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique conformément à l'article premier de la Charte.

Le contexte de l'appel

[4] L'appelant, né en 1937, a immigré au Canada à l'âge de 16 ans et a obtenu la citoyenneté canadienne en 1980. Le dossier indique qu'il a eu des démêlés avec la justice depuis plusieurs années : il a déjà été déclaré coupable pour tentative d'escroquerie en 1962, pour possession d'une arme à autorisation restreinte à l'extérieur d'une maison d'habitation en 1963, pour avoir vécu des produits de la prostitution en 1963, pour possession d'un alambic en 1966, pour possession de biens volés en 1976 et pour voies de fait en 1987.

[5] En mars 1995, un tribunal canadien a déclaré l'appelant coupable d'infractions graves liées à la drogue, soit l'importation de 5 400 kilogrammes de cocaïne ayant une valeur de revente dépassant les 500 millions de dollars, et l'a condamné à une peine d'emprisonnement prolongée.

[6] While he was serving his sentence in Canada, authorities in the United States sought his extradition from Canada in order to answer serious charges related to the possession and distribution of drugs in the state of Florida involving 300 kilograms of cocaine. After serving his incarceration time in Canada, the appellant was extradited to the United States in June of 2005. He pleaded guilty to cocaine distribution charges and was sentenced by an American court to 90 months of imprisonment. In determining this sentence, the American court took into account and credited 145 months for time served in Canada.

[7] It is noteworthy that various Canadian courts involved in adjudicating criminal charges or extradition proceedings concerning the appellant's associates have concluded that the appellant was the leader of a criminal organization heavily involved in drug trafficking: *Divito c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2004 CanLII 39111 (Que. C.A.), at paragraphs 34, 50; *États-Unis d'Amérique v. Divito* (2004), 194 C.C.C. (3d) 148 (Que. C.A.), at paragraph 5; *R. v. Gauvin (E.) et autres* (1987), 187 N.B.R. (2d) 262 (C.A.); *R. v. Rumbaut*, 1998 CanLII 9816 (N.B.Q.B.).

[8] In December of 2006, the appellant submitted a first transfer request under the *International Transfer of Offenders Act*, which was approved by the authorities of the United States Department of Justice but refused by the Minister in October of 2007. This refusal was not challenged by the appellant.

[9] However, shortly after this first refusal, the appellant submitted a second transfer request under the Act. The Minister denied the second request for a transfer to Canada for the following reasons:

The offender has been identified as an organized crime member, convicted for an offence involving a significant quantity of drugs. The nature of his offence and his affiliations suggest that the offender's return to Canada would constitute a potential threat to the safety of Canadians and the security of Canada.

[6] Pendant qu'il purgeait sa peine au Canada, les autorités américaines ont demandé son extradition pour qu'il réponde d'accusations graves relatives à la possession et à la distribution de 300 kilogrammes de cocaïne dans l'État de la Floride. Après avoir purgé sa peine d'emprisonnement au Canada, l'appelant a été extradé aux États-Unis en juin 2005. Il a plaidé coupable à des accusations de distribution de cocaïne et il a été condamné à 90 mois d'emprisonnement par un tribunal américain. Dans la détermination de la peine, le tribunal américain a tenu compte du temps purgé au Canada et réduit sa peine de 145 mois.

[7] Il convient de souligner que les divers tribunaux canadiens chargés de rendre des décisions à l'égard d'accusations criminelles portées contre les complices de l'appelant ou à l'égard de procédures d'extradition les visant ont conclu que l'appelant était le chef d'une organisation criminelle très bien implantée dans le trafic de la drogue : *Divito c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2004 CanLII 39111 (C.A. Qué.), aux paragraphes 34 et 50; *Divito c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2004 CanLII 46681 (C.A. Qué.), au paragraphe 5; *R. c. Gauvin (E.) et autres* (1987), 187 R.N.-B. (2^e) 262 (C.A.); *R. v. Rumbaut*, 1998 CanLII 9816 (B.R. N.-B.).

[8] En décembre 2006, l'appelant a présenté une première demande de transfèrement, sous le régime de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants*, laquelle a été approuvée par les autorités du ministère de la Justice des États-Unis mais refusée par le ministre en octobre 2007. L'appelant n'a pas contesté ce refus.

[9] Toutefois, peu de temps après ce premier refus, l'appelant a présenté une deuxième demande de transfèrement en vertu de la Loi. Le ministre a refusé la seconde demande de transfèrement au Canada pour les motifs suivants :

Le détenu a été identifié comme étant un membre du crime organisé condamné pour un délit comprenant une quantité importante de drogues. La nature du délit ainsi que les affiliations du détenu suggèrent que le retour du délinquant au Canada, pourrait constituer une menace pour la sécurité du Canada et la sûreté des Canadiens.

Federal Court judgment

[10] The appellant challenged this second refusal through a judicial review application before the Federal Court. The application was heard and decided by Harrington J. at the same time as a challenge brought by the appellant's son to a similar refusal by the Minister. Indeed, the appellant's son was also incarcerated in the United States and had also sought a transfer to Canada under the *International Transfer of Offenders Act*. Harrington J. rejected the appellant's application for judicial review and the constitutional challenge to the impugned provisions of the legislation in short reasons which refer to the lengthier reasons stated in the case of the appellant's son and reported at 2009 FC 983 [*DiVito v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*]. The reasons for the decision in the appellant's case are thus to be found in the decision concerning his son, and can be briefly summarized as follows.

[11] Harrington J. relied on his reasons in *Kozarov v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2007 FC 866, [2008] 2 F.C.R. 377 (*Kozarov*) to find that the *International Transfer of Offenders Act* did not engage subsection 6(1) of the Charter. Under his reasoning in *Kozarov*, Harrington J. found that the restrictions on the mobility of offenders seeking a transfer to Canada arise from the actions and criminal activities of the offenders themselves. Consequently, what is at issue in a transfer request under the *International Transfer of Offenders Act* is not a mobility right, but rather "the transfer of supervision of a prison sentence" (*Kozarov*, at paragraph 32).

[12] In the event he was found to be wrong on this issue, Harrington J. further found, for the reasons set out by Kelen J. in *Getkate v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2008 FC 965, [2009] 3 F.C.R. 26 (*Getkate*), that the impugned

Le jugement de la Cour fédérale

[10] L'appelant a contesté ce deuxième refus au moyen d'une demande de contrôle judiciaire présentée devant la Cour fédérale. La demande a été instruite par le juge Harrington en même temps que la contestation engagée par le fils de l'appelant à l'égard d'un refus similaire du ministre. En fait, le fils de l'appelant avait également été incarcéré aux États-Unis et avait également demandé un transfèrement au Canada en vertu de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants*. Le juge Harrington a rejeté la demande de contrôle judiciaire de l'appelant et la contestation constitutionnelle des dispositions législatives en cause dans des motifs brefs qui renvoient aux motifs plus longuement exposés dans la décision rendue à l'égard du fils de l'appelant et répertoriée à 2009 CF 983 [*DiVito c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*]. Les motifs de la décision concernant l'appelant se trouvent donc dans la décision rendue à l'endroit de son fils, et ils sont brièvement résumés ci-dessous.

[11] Le juge Harrington s'est appuyé sur les motifs qu'il avait prononcés dans la décision *Kozarov c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2007 CF 866, [2008] 2 R.C.F. 377 (*Kozarov*), pour conclure que la *Loi sur le transfèrement international des délinquants* ne portait pas atteinte à la protection garantie par le paragraphe 6(1) de la Charte. Suivant son raisonnement dans la décision *Kozarov*, le juge Harrington a conclu que les limites imposées à la liberté de circulation et d'établissement des délinquants qui demandent un transfèrement au Canada découlent de leurs propres actions et activités criminelles. Par conséquent, une demande de transfèrement présentée en vertu de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants* ne met pas en cause la liberté de circulation et d'établissement, mais plutôt le « transfert de la surveillance de l'exécution d'une peine » (*Kozarov*, au paragraphe 32).

[12] Dans l'éventualité où sa conclusion sur ce point serait jugée erronée, le juge Harrington a également conclu, pour les motifs exposés par le juge Kelen dans la décision *Getkate c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2008 CF 965, [2009]

provisions of the *International Transfer of Offenders Act* were reasonable limits as can be demonstrably justified in a free and democratic society pursuant to section 1 of the Charter, “given that the applicant has already had his mobility restricted due to his own illegal activity” (*Getkate*, at paragraph 27).

[13] Having upheld the constitutional validity of the legislation, Harrington J. then reviewed the decision of the Minister on administrative law grounds. Applying a reasonableness standard of review, he found that in light of the appellant’s criminal record, it was not unreasonable for the Minister to opine that the appellant would renew his contacts with elements of organized crime once transferred to Canada in order to serve his sentence. Consequently, the refusal of the transfer on the basis of that opinion was reasonable.

Positions of the parties on appeal

[14] The appellant’s position in this Court is strictly limited to constitutional grounds, and consequently the appellant does not raise any administrative law arguments to challenge the Minister’s decision to refuse his transfer.

[15] The appellant and the intervener argue that the right to enter and to remain in Canada guaranteed to every Canadian citizen by subsection 6(1) of the Charter is a particularly fundamental right in light, notably, of the fact that Parliament may not derogate from that right pursuant to section 33 of the Charter. They add that the right to return to one’s country of citizenship is set out in numerous international instruments to which Canada is a party, thus emphasizing the importance and fundamental value of this right. They bolster their argument relying by analogy on *United States of America v. Cotroni*; *United States of America v. El Zein*, [1989] 1 S.C.R. 1469 (*United States v. Cotroni*) and on *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283, in which the Supreme Court of Canada found that the extradition of a citizen from Canada infringes the right

3 R.C.F. 26 (*Getkate*), que les dispositions législatives contestées de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants* constituaient des limites raisonnables dont la justification pouvait se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique conformément à l’article premier de la Charte, « puisque ladite liberté du demandeur a déjà été restreinte par l’effet de ses propres actes illégaux » (*Getkate*, au paragraphe 27).

[13] Après avoir confirmé la constitutionnalité des dispositions législatives, le juge Harrington a examiné la décision du ministre en fonction des principes du droit administratif. En appliquant la norme de contrôle de la raisonabilité, il a conclu que, compte tenu du casier judiciaire de l’appelant, il n’était pas déraisonnable pour le ministre d’exprimer l’avis que l’appelant renouerait avec les membres du crime organisé après son transfèrement au Canada pour purger sa peine. Par conséquent, le refus du transfèrement fondé sur cette opinion était raisonnable.

Les thèses des parties en appel

[14] La thèse de l’appelant devant la Cour se limite strictement aux motifs constitutionnels. Par conséquent, l’appelant ne soulève aucun argument de droit administratif pour contester la décision du ministre de refuser son transfèrement.

[15] L’appelant et l’intervenante avancent que le droit d’entrer au Canada et d’y demeurer, garanti à tout citoyen canadien au paragraphe 6(1) de la Charte, est particulièrement fondamental compte tenu notamment du fait que le Parlement ne peut y déroger en vertu de l’article 33 de la Charte. Ils ajoutent que le droit de retourner dans son pays de citoyenneté est confirmé dans nombre d’instruments internationaux auxquels le Canada est partie, cette confirmation faisant ainsi ressortir l’importance et la valeur fondamentale de ce droit. Ils renforcent leur argument en invoquant par analogie les arrêts *États-Unis d’Amérique c. Cotroni*; *États-Unis d’Amérique c. El Zein*, [1989] 1 R.C.S. 1469 (*États-Unis c. Cotroni*), et *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283, dans lesquels la Cour suprême du Canada a conclu que l’extradition d’un citoyen

to remain in Canada guaranteed by subsection 6(1) of the Charter.

[16] The appellant and the intervener further argue that the infringements to the right to enter and to remain in Canada resulting from the *International Transfer of Offenders Act* are not justifiable under section 1 of the Charter since there is no rational link between, on the one hand, the protection of the safety of Canadians and the security of Canada and, on the other hand, the objectives of rehabilitation and reintegration underlying the offender transfer scheme as explicitly stated in section 3 of the legislation. The appellant and the intervener assert that the safety of Canadians and the security of Canada would be better served by allowing all Canadian offenders imprisoned abroad to benefit from a transfer to Canada, thus allowing them to be directly supervised by Canadian authorities pursuant to Canada's correctional system, which notably provides for supervised conditional releases.

[17] The Minister, for his part, relies on the reasoning found in *Kozarov* to conclude that subsection 6(1) of the Charter is not engaged in this case. The *International Transfer of Offenders Act* simply provides special modalities for the execution of a foreign sentence imposed upon a Canadian citizen by allowing, in appropriate circumstances, the citizen to serve his sentence in Canada. No mobility right is engaged since the offender incarcerated abroad would not be physically able to avail himself of the right to enter Canada were it not for the transfer legislation itself. The mobility rights of the offender are already limited by the incarceration sentence, and the offender's mobility rights will continue to be restricted whether or not a transfer is agreed to by the Minister.

[18] The Minister adds that should this Court find that subsection 6(1) of the Charter is nevertheless engaged, then the impugned provisions of the *International Transfer of Offenders Act* are justified under section 1 of the Charter. The objectives of these provisions are the protection of the security of Canada and of the safety of Canadian citizens, and such objectives are incontestably

du Canada porte atteinte au droit de demeurer au Canada énoncé au paragraphe 6(1) de la Charte.

[16] L'appellant et l'intervenante avancent également que les atteintes au droit d'entrer au Canada et d'y demeurer qui résultent de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants* ne peuvent être justifiées au sens de l'article premier de la Charte puisqu'il n'existe aucun lien rationnel entre, d'une part, la sécurité des Canadiens et du Canada et, d'autre part, les objectifs de réadaptation et de réinsertion sociale qui sont à la base du régime de transfèrement des délinquants et qui sont clairement énoncés à l'article 3 de cette loi. L'appellant et l'intervenante énoncent que la sécurité des Canadiens et du Canada seraient mieux servis en permettant à tous les délinquants canadiens emprisonnés à l'étranger de bénéficier d'un transfèrement au Canada, de sorte qu'ils soient pris en charge directement par les autorités canadiennes sous le régime du système correctionnel du Canada, qui prévoit notamment la libération conditionnelle sous surveillance.

[17] Le ministre, pour sa part, s'appuie sur le raisonnement de la décision *Kozarov* pour conclure que le paragraphe 6(1) de la Charte n'entre pas en jeu en l'espèce. La *Loi sur le transfèrement international des délinquants* prévoit simplement des modalités particulières pour l'exécution d'une peine infligée à l'étranger à un citoyen canadien en autorisant, dans les cas indiqués, le citoyen à purger sa peine au Canada. La liberté de circulation et d'établissement n'est pas en jeu puisque le délinquant incarcéré à l'étranger ne serait pas physiquement en mesure de se prévaloir du droit d'entrer au Canada, n'eût été l'existence de cette loi. La liberté de circulation et d'établissement du délinquant est déjà restreinte par la peine d'emprisonnement et elle continuera de l'être, que le ministre consente ou non au transfèrement.

[18] Le ministre ajoute que, si la Cour conclut que le paragraphe 6(1) de la Charte entre néanmoins en jeu, les dispositions contestées de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants* sont justifiées au sens de l'article premier de la Charte. Ces dispositions visent à assurer la sécurité du Canada et des citoyens canadiens, et ces objectifs sont incontestablement urgents et réels

pressing and substantial, and the means provided in the legislation to meet these objectives satisfy the test of *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

et les moyens prévus dans la Loi pour atteindre ces objectifs satisfont au test de l'arrêt *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

Issues

[19] This appeal raises the two following issues:

a. Do subsection 8(1) and paragraphs 10(1)(a) and 10(2)(a) of the *International Transfer of Offenders Act* infringe subsection 6(1) of the Charter?

b. If so, are these legislative provisions justified under section 1 of the Charter?

Les questions en litige

[19] Le présent appel soulève les deux questions suivantes :

a. Le paragraphe 8(1) et les alinéas 10(1)a) et 10(2)a) de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants* violent-ils le paragraphe 6(1) de la Charte?

b. Dans l'affirmative, ces dispositions législatives sont-elles justifiées au sens de l'article premier de la Charte?

Analysis

(a) The standard of review

[20] This appeal raises the constitutional validity of subsection 8(1) and of paragraphs 10(1)(a) and 10(2)(a) of the *International Transfer of Offenders Act* in light of subsection 6(1) and section 1 of the Charter. In these circumstances the standard of review is that of correctness. The role of an appellate court, when deciding an appeal from an application for judicial review, is to determine whether the reviewing court identified the applicable standard of review and applied it correctly.

(b) The statutory scheme

[21] In 1977, Canada and the United States of America signed a *Treaty between Canada and the United States of America on the Execution of Penal Sentences*, March 2, 1977, [1978] Can. T.S. No. 12. Under the treaty, offenders sentenced to imprisonment in one of the signing countries may be transferred to the other country if the sending state, the receiving state and the concerned offender concur to the transfer, and if the offender is a

L'analyse

a) La norme de contrôle

[20] Le présent appel porte sur la constitutionnalité du paragraphe 8(1) et des alinéas 10(1)a) et 10(2)a) de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants* au regard du paragraphe 6(1) et de l'article premier de la Charte. En l'occurrence, la norme de contrôle qui s'applique est celle de la décision correcte. Le rôle d'une cour d'appel, lorsqu'elle est saisie d'un appel interjeté suite à une demande de contrôle judiciaire, est de s'assurer que la cour de révision a identifiée la norme de contrôle appropriée et qu'elle l'a correctement appliquée.

b) Le régime législatif

[21] En 1977, le Canada et les États-Unis d'Amérique ont signé le *Traité entre le Canada et les États-Unis d'Amérique sur l'exécution des peines imposées aux termes du droit criminel*, 2 mars 1977, [1978] R.T. Can. n° 12. En vertu de ce traité, les délinquants condamnés à l'emprisonnement dans l'un des pays signataires peuvent être transférés dans l'autre pays si le pays d'origine, le pays d'accueil et le délinquant visé sont

citizen of the receiving country. Both parties to the treaty are committed to establish by legislation or regulation the procedures necessary and appropriate to give legal effect within their respective territories to sentences pronounced by courts of the other party, and to mutually collaborate in these procedures. Moreover, under the terms of the treaty, save exception, the completion of a transferred offender's sentence is to be carried out according to the laws and procedures of the receiving country, including the application of any provisions for reduction of the term of confinement by parole, conditional release or otherwise.

[22] Parliament adopted the *Transfer of Offenders Act*, S.C. 1977-78, c. 9 in large part to ensure the implementation of this treaty and a similar treaty with Mexico, as well as eventual future treaties with other countries. Under subsection 6(1) of that Act, the responsible Minister was provided with an unfettered discretion to approve or disapprove the transfer under the Act of a Canadian citizen found guilty of an offence in a foreign state with which Canada has entered into a treaty for the transfer of offenders:

Transfer

6. (1) Where the Minister is informed on behalf of a foreign state that a Canadian offender has requested transfer to Canada and that the responsible authority in that state agrees to such transfer, the Minister shall cause the foreign state to be advised whether he approves or disapproves the transfer of such offender and, where he approves the transfer, he shall make the necessary arrangements therefor.

[23] Canada has since concluded numerous bilateral and multilateral treaties concerning the transfer of offenders. Though more recent statistical information has not been placed before us, the record nevertheless shows that between 1978 and 2003, a total of 118 offenders were transferred from Canada to a foreign country, for the most part the United States (106 transfers) while, during the same period, 1 066 offenders were transferred to Canada from various foreign countries, mainly the United States (836 offenders):

d'accord pour que le transfert ait lieu et si le délinquant est un citoyen du pays d'accueil. Les deux parties au traité s'engagent à instituer par législation ou réglementation les procédures nécessaires et appropriées pour donner, sur leur territoire respectif, un effet juridique aux condamnations prononcées par les tribunaux de l'autre partie, et chacune s'engage à apporter sa collaboration à l'autre partie dans ces procédures. De plus, suivant les conditions prévues par le traité, sauf exception, l'exécution de la peine d'un délinquant transféré doit être effectuée selon les lois et règles du pays d'accueil, y compris toutes dispositions de réduction de la durée d'emprisonnement par une libération conditionnelle, une libération sous condition ou autrement.

[22] Le Parlement a adopté la *Loi sur le transfèrement des délinquants*, S.C. 1977-78, ch. 9 en grande partie pour assurer la mise en œuvre de ce traité et d'un traité semblable avec le Mexique, et d'autres traités qui pourraient éventuellement être signés avec d'autres pays. En vertu du paragraphe 6(1) de cette loi, le ministre responsable était investi d'un pouvoir discrétionnaire qui n'était pas restreint afin d'accepter ou de refuser le transfèrement d'un citoyen canadien déclaré coupable d'une infraction dans un État étranger avec lequel le Canada avait signé un traité concernant le transfèrement des délinquants :

6. (1) Lorsque le Ministre est avisé par un État étranger qu'un délinquant canadien demande son transfèrement au Canada et que l'autorité compétente de cet État l'a approuvé, il informe l'État étranger de son acceptation ou de son refus de ce transfèrement et, en cas d'acceptation, il prend les mesures nécessaires à ce transfèrement.

Transfère-
ment

[23] Le Canada a depuis conclu nombre de traités bilatéraux et multilatéraux concernant le transfèrement des délinquants. Même si la Cour n'a pas été saisie de données statistiques plus récentes, le dossier révèle par ailleurs que, entre 1978 et 2003, un total de 118 délinquants ont été transférés du Canada vers un pays étranger, pour la plupart vers les États-Unis (106 transfèrements), tandis que, au cours de la même période, 1 066 délinquants ont été transférés au Canada depuis divers pays étrangers, principalement des États-Unis

Legislative Summary[LS-459E], *Bill C-33: International Transfer of Offenders Act* (Parliamentary Research Branch, 29 July 2003), at page 4 (page 95 of the appeal record).

(836 délinquants) : Résumé législatif [LS-459F], *Projet de loi C-33 : Loi sur le transfèrement international des délinquants* (Direction de la recherche parlementaire, le 29 juillet 2003), à la page 4 (page 95 du dossier d'appel).

[24] Major modifications to the offender transfer system were however adopted in 2004 through the *International Transfer of Offenders Act*, S.C. 2004, c. 21, which modernized and replaced the prior *Transfer of Offenders Act*. For the purposes of this appeal, the most notable changes introduced in 2004 concern new provisions setting out the purposes of the legislation, and also providing for specific criteria which the Minister must consider in determining whether to consent to the transfer of Canadian and foreign offenders. A requirement that reasons be provided when the Minister's consent is refused was also added. For our purposes, the pertinent provisions of the *International Transfer of Offenders Act* introduced in 2004 read as follows:

[24] Des modifications importantes ont été toutefois apportées au régime de transfèrement des délinquants en 2004 avec l'adoption de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants*, L.C. 2004, ch. 21, qui modernisait et remplaçait la *Loi sur le transfèrement des délinquants*. Pour les fins de cet appel, les changements les plus importants apportés en 2004 concernent les nouvelles dispositions établissant l'objet et les principes de la loi ainsi que les nouveaux critères particuliers dont le ministre doit tenir compte pour déterminer s'il consent au transfèrement des délinquants canadiens et étrangers. On a aussi ajouté au régime l'exigence selon laquelle le refus de consentement de la part du ministre doit être motivé par écrit. Voici les dispositions pertinentes de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants*, adoptée en 2004, visées par le présent appel :

Purpose	<p>3. The purpose of this Act is to contribute to the administration of justice and the rehabilitation of offenders and their reintegration into the community by enabling offenders to serve their sentences in the country of which they are citizens or nationals.</p> <p style="text-align: center;">...</p>	<p>3. La présente loi a pour objet de faciliter l'administration de la justice et la réadaptation et la réinsertion sociale des délinquants en permettant à ceux-ci de purger leur peine dans le pays dont ils sont citoyens ou nationaux.</p> <p style="text-align: center;">[...]</p>	Objet
Request for transfer	<p>7. A person may not be transferred under a treaty, or an administrative arrangement entered into under section 31 or 32, unless a request is made, in writing, to the Minister.</p>	<p>7. Le transfèrement d'une personne en vertu d'un traité ou d'une entente administrative conclue en vertu des articles 31 ou 32 est subordonné à la présentation d'une demande écrite au ministre.</p>	Demande de transfèrement
Consent of three parties	<p>8. (1) The consent of the three parties to a transfer — the offender, the foreign entity and Canada — is required.</p> <p style="text-align: center;">...</p>	<p>8. (1) Le transfèrement nécessite le consentement des trois parties en cause, soit le délinquant, l'entité étrangère et le Canada.</p> <p style="text-align: center;">[...]</p>	Consentement des trois parties
Factors — Canadian offenders	<p>10. (1) In determining whether to consent to the transfer of a Canadian offender, the Minister shall consider the following factors:</p> <p>(a) whether the offender's return to Canada would constitute a threat to the security of Canada;</p>	<p>10. (1) Le ministre tient compte des facteurs ci-après pour décider s'il consent au transfèrement du délinquant canadien :</p> <p>a) le retour au Canada du délinquant peut constituer une menace pour la sécurité du Canada;</p>	Facteurs à prendre en compte : délinquant canadien

	(b) whether the offender left or remained outside Canada with the intention of abandoning Canada as their place of permanent residence;	b) le délinquant a quitté le Canada ou est demeuré à l'étranger avec l'intention de ne plus considérer le Canada comme le lieu de sa résidence permanente;	
	(c) whether the offender has social or family ties in Canada; and	c) le délinquant a des liens sociaux ou familiaux au Canada;	
	(d) whether the foreign entity or its prison system presents a serious threat to the offender's security or human rights.	d) l'entité étrangère ou son système carcéral constitue une menace sérieuse pour la sécurité du délinquant ou ses droits de la personne.	
Factors — Canadian and foreign offenders	(2) In determining whether to consent to the transfer of a Canadian or foreign offender, the Minister shall consider the following factors:	(2) Il tient compte des facteurs ci-après pour décider s'il consent au transfèrement du délinquant canadien ou étranger :	Facteurs à prendre en compte : délinquant canadien ou étranger
	(a) whether, in the Minister's opinion, the offender will, after the transfer, commit a terrorism offence or criminal organization offence within the meaning of section 2 of the <i>Criminal Code</i> ; and	a) à son avis, le délinquant commettra, après son transfèrement, une infraction de terrorisme ou une infraction d'organisation criminelle, au sens de l'article 2 du <i>Code criminel</i> ;	
	(b) whether the offender was previously transferred under this Act or the <i>Transfer of Offenders Act</i> , chapter T-15 of the Revised Statutes of Canada, 1985.	b) le délinquant a déjà été transféré en vertu de la présente loi ou de la <i>Loi sur le transfèrement des délinquants</i> , chapitre T-15 des Lois révisées du Canada (1985).	
	...	[...]	
Writing	11. (1) A consent, a refusal of consent or a withdrawal of consent is to be given in writing.	11. (1) Le consentement au transfèrement, le refus de consentement et le retrait de consentement se font par écrit.	Documents écrits
Reasons	(2) If the Minister does not consent to a transfer, the Minister shall give reasons.	(2) Le ministre est tenu de motiver tout refus de consentement.	Refus du ministre
	...	[...]	
Continued enforcement	13. The enforcement of a Canadian offender's sentence is to be continued in accordance with the laws of Canada as if the offender had been convicted and their sentence imposed by a court in Canada.	13. La peine imposée au délinquant canadien transféré continue de s'appliquer en conformité avec le droit canadien, comme si la condamnation et la peine avaient été prononcées au Canada.	Application continue
	(c) Do subsection 8(1) and paragraphs 10(1)(a) and 10(2)(a) of the <i>International Transfer of Offenders Act</i> infringe subsection 6(1) of the <i>Charter</i> ?	c) Le paragraphe 8(1) et les alinéas 10(1)a) et 10(2)a) de la <i>Loi sur le transfèrement international des délinquants</i> portent-ils atteinte au paragraphe 6(1) de la <i>Charte</i> ?	

[25] As noted above, in order to be transferred from incarceration in a foreign country to incarceration in

[25] Comme nous l'avons vu précédemment, pour être transféré d'un lieu d'incarcération situé dans un pays

Canada, the *International Transfer of Offenders Act* requires that an offender who is a Canadian citizen submit a request in writing to the Minister, and such request is subject to refusal by the Minister for certain specified reasons, including reasons related to the security of Canada, to the threat of terrorism, or to the threat of organized criminal activity.

[26] The first issue before this Court is whether these provisions of the legislation infringe on subsection 6(1) of the Charter, which enshrines every Canadian citizen's "right to enter, remain in and leave Canada."

[27] To interpret the right to enter and to remain in Canada guaranteed by subsection 6(1) of the Charter, it is useful to adopt a purposive approach. The often quoted words of Dickson J. (as he then was) in *R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at page 344 set out the appropriate analysis to be carried out:

This Court has already, in some measure, set out the basic approach to be taken in interpreting the *Charter*. In *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, this Court expressed the view that the proper approach to the definition of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* was a purposive one. The meaning of a right or freedom guaranteed by the *Charter* was to be ascertained by an analysis of the purpose of such a guarantee; it was to be understood, in other words, in the light of the interests it was meant to protect.

In my view this analysis is to be undertaken, and the purpose of the right or freedom in question is to be sought by reference to the character and the larger objects of the *Charter* itself, to the language chosen to articulate the specific right or freedom, to the historical origins of the concepts enshrined, and where applicable, to the meaning and purpose of the other specific rights and freedoms with which it is associated within the text of the *Charter*. The interpretation should be, as the judgment in *Southam* emphasizes, a generous rather than a legalistic one, aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the *Charter's* protection. At the same time it is important not to overshoot the actual purpose of the right or freedom in question, but to recall that the *Charter* was not enacted in a vacuum, and must therefore, as this Court's decision in *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, illustrates, be placed in its proper linguistic, philosophic and historical contexts. [Emphasis in original.]

étranger vers un lieu d'incarcération situé au Canada, la *Loi sur le transfèrement international des délinquants* exige qu'un délinquant, qui est citoyen canadien, présente une demande à cet effet au ministre. Cette demande peut être refusée par le ministre pour certains motifs précis, notamment pour des motifs liés à la sécurité du Canada, à la menace de terrorisme ou à la menace d'activités liées à la criminalité organisée.

[26] La première question dont la Cour est saisie est de savoir si ces dispositions législatives portent atteinte au paragraphe 6(1) de la Charte, lequel garantit à tout citoyen canadien « le droit de demeurer au Canada, d'y entrer ou d'en sortir ».

[27] L'analyse téléologique est utile pour interpréter le droit d'entrer au Canada et d'y demeurer prévu au paragraphe 6(1) de la Charte. Les propos souvent cités du juge Dickson (tel était alors son titre) dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la page 344, précisent l'analyse à effectuer :

Cette Cour a déjà, dans une certaine mesure, énoncé la façon fondamentale d'aborder l'interprétation de la *Charte*. Dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, la Cour a exprimé l'avis que la façon d'aborder la définition des droits et des libertés garantis par la *Charte* consiste à examiner l'objet visé. Le sens d'un droit ou d'une liberté garantis par la *Charte* doit être vérifié au moyen d'une analyse de l'objet d'une telle garantie; en d'autres termes, ils doivent s'interpréter en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger.

À mon avis, il faut faire cette analyse et l'objet du droit ou de la liberté en question doit être déterminé en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte* elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la *Charte*. Comme on le souligne dans l'arrêt *Southam*, l'interprétation doit être libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte*. En même temps, il importe de ne pas aller au delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question et de se rappeler que la *Charte* n'a pas été adoptée en l'absence de tout contexte et que, par conséquent, comme l'illustre l'arrêt de Cour *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, elle doit être située dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés. [Souligné dans l'original.]

[28] The right of a Canadian citizen to enter and to remain in Canada is one of the most fundamental rights associated with citizenship. The fundamental nature of this right is clearly reflected both in domestic legislation and in international instruments, and has been reiterated on many occasions by the Canadian judiciary, most notably by the Supreme Court of Canada.

[29] The *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, sets out a detailed and stringent framework for the acquisition of citizenship. Subsection 19(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, specifically provides that every Canadian citizen within the meaning of the *Citizenship Act* has the unqualified and unrestricted right to enter and remain in Canada, and that an officer must allow a person to enter Canada if satisfied that the person is a citizen. The legislative history related to this provision establishes that this is a right which predates the coming into force of the Charter. Section 3 of the *Immigration Act*, R.S.C. 1952 (Supp.), c. 325 and R.S.C. 1970, c. I-2, for example, provided for a citizen's right to "come in to Canada."

[30] The right of British citizens to enter and remain in the royal realm has been a fundamental right since at least the time of the *Magna Carta* (1215), which forbade the exile of a freeman without lawful judgment. A similar prohibition against arbitrary exile is found in paragraph 2(a) of the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, Appendix III. However, prior to its incorporation in the Charter, the right was subject to legislative override: *Co-Operative Committee on Japanese Canadians and Another v. Attorney-General for Canada and Another*, [1947] A.C. 87. The origin of the right can probably be traced back to feudal principles of allegiance to, and protection by, a lord and, ultimately, the reigning monarch.

[31] The right to enter and to remain in one's country of citizenship has also been reiterated in numerous international instruments to which Canada is a signatory, including notably the 1948 *Universal Declaration of Human Rights*, GA Res. 217 A (III), UN Doc. A/810, at p. 71 (1948), in which paragraph 13(2) provides that "[e]veryone has the right to leave any country,

[28] Le droit d'un citoyen canadien d'entrer au Canada et d'y demeurer est l'un des droits les plus fondamentaux liés à la citoyenneté. La nature fondamentale de ce droit se reflète clairement dans la législation nationale et dans les instruments internationaux, et a été réitérée à maintes reprises par la magistrature canadienne, notamment par la Cour suprême du Canada.

[29] La *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, établit un cadre détaillé et strict pour l'obtention de la citoyenneté. Le paragraphe 19(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, prévoit plus particulièrement que tout citoyen canadien, au sens de la *Loi sur la citoyenneté*, a le droit d'entrer au Canada et d'y séjourner et que l'agent doit le laisser entrer sur preuve de sa qualité. L'historique législatif de cette disposition permet d'établir qu'il s'agit d'un droit antérieur à l'entrée en vigueur de la Charte. L'article 3 de la *Loi sur l'immigration*, S.R.C. 1952 (Supp.), ch. 325 et S.R.C. 1970, ch. I-2, par exemple, prévoyait le droit pour un citoyen canadien « d'entrer au Canada ».

[30] Le droit des citoyens britanniques d'entrer et de demeurer dans le royaume est un droit fondamental reconnu depuis au moins l'époque de la *Magna Carta* (1215), laquelle interdisait l'exil d'un homme libre si ce n'est en vertu d'un jugement légal. On trouve une interdiction semblable empêchant l'exil arbitraire à l'alinéa 2a) de la *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), appendice III. Toutefois, avant son intégration à la Charte, ce droit pouvait faire l'objet d'une dérogation législative : *Co-Operative Committee on Japanese Canadians and Another v. Attorney-General for Canada and Another*, [1947] A.C. 87. L'origine de ce droit remonte probablement aux principes féodaux d'allégeance à un seigneur, et ultimement au monarque régnant, et de la protection offerte par ceux-ci.

[31] Le droit d'entrer dans son pays de citoyenneté et d'y demeurer est également réaffirmé dans de nombreux instruments internationaux dont le Canada est signataire, dont la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés. AG 217 A (III), Doc. NU A/810, à la p. 71 (1948), dans laquelle le paragraphe 13(2) prévoit que « [t]oute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le

including his own, and to return to his country”, and the 1966 *International Covenant on Civil and Political Rights*, December 16, 1966, [1976] Can. T.S. No. 47, in which paragraph 12(4) similarly provides that “[n]o one shall be arbitrarily deprived of the right to enter his own country.”

[32] Moreover, the Supreme Court of Canada has repeatedly found that the right under subsection 6(1) of the Charter is engaged in the context of extradition proceedings against a Canadian citizen, most notably in *United States v. Cotroni*, above, at pages 1480–1481, *United States v. Burns*, above, at paragraph 41; and *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761, at paragraphs 28 and 42. This Court has also held in *Kamel v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 21, [2009] 4 F.C.R. 449, at paragraph 15 (leave to appeal to the Supreme Court of Canada refused [[2009] 2 S.C.R. vii]), that subsection 6(1) of the Charter is also engaged when a request for a passport is denied.

[33] If a Canadian citizen’s Charter right to remain in Canada under subsection 6(1) is engaged when Canadian authorities seek his extradition in order to face charges and eventual imprisonment in a foreign jurisdiction, it seems logical that the citizen’s right to enter and remain in Canada would also be engaged when that same foreign jurisdiction agrees to transfer that Canadian citizen to Canada in order to serve his sentence here.

[34] These legislative provisions, international instruments and court decisions are all strong indications that subsection 6(1) of the Charter is engaged by the impugned provisions of the *International Transfer of Offenders Act*.

[35] Nevertheless, the Minister invites us to find that the right to enter and to remain in Canada is not engaged by these legislative provisions. The Minister advances three propositions to support his assertion: (1) the concerned offenders are in any event imprisoned and the legislation simply provides for the management by Canada of the foreign sentences to which the offenders are subject; (2) the offenders would have no right to

sien, et de revenir dans son pays », et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47, dans lequel le paragraphe 12(4) prévoit de la même manière que « [n]ul ne peut être arbitrairement privé du droit d’entrer dans son propre pays ».

[32] Qui plus est, la Cour suprême du Canada a réitéré à maintes reprises que le droit prévu au paragraphe 6(1) de la Charte entre en jeu dans le contexte des procédures d’extradition visant un citoyen canadien, plus particulièrement dans *États-Unis c. Cotroni*, précité, aux pages 1480 et 1481; *États-Unis c. Burns*, précité, au paragraphe 41; et *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761, aux paragraphes 28 et 42. Notre Cour a également confirmé dans l’arrêt *Kamel c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 21, [2009] 4 R.C.F. 449, au paragraphe 15 (autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée [[2009] 2 R.C.S. vii], que le paragraphe 6(1) de la Charte entre également en jeu lorsqu’une demande de passeport est refusée.

[33] Si le droit d’un citoyen canadien de demeurer au Canada, prévu au paragraphe 6(1) de la Charte, entre en jeu lorsque les autorités canadiennes veulent l’extrader pour qu’il réponde d’accusations dans un pays étranger et qu’il y soit éventuellement emprisonné, il semble logique que le droit d’entrer au Canada et d’y demeurer entre également en jeu lorsque le même pays étranger consent à transférer ce citoyen canadien au Canada pour qu’il y purge sa peine.

[34] Ces dispositions législatives, instruments internationaux et décisions des tribunaux sont de forts indices que les dispositions contestées de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants* touchent la protection garantie par le paragraphe 6(1) de la Charte.

[35] Néanmoins, le ministre nous invite à conclure que ces dispositions législatives ne font pas entrer en jeu le droit d’entrer au Canada et d’y demeurer. Le ministre appuie sa conclusion sur trois prétentions : 1) les délinquants visés sont déjà emprisonnés et les dispositions législatives prévoient simplement la gestion par le Canada des peines que les délinquants se sont vu infliger à l’étranger; 2) les délinquants n’auraient aucun droit

enter Canada were it not for the legislation; and (3) the international treaty scheme pursuant to which the legislation was adopted provides for the unqualified right of participating states to refuse the transfer of an offender. I find none of these propositions persuasive.

[36] Dealing with these propositions in reverse order, the fact that the 1977 *Treaty between Canada and the United States on the Execution of Penal Sentences* does not qualify the consent which Canada must provide for the transfer of an offender under the treaty has no bearing whatsoever on the constitutional rights of the concerned offenders. First, the treaty was entered into prior to the coming into force of the Charter, and it would be curious indeed if the rights guaranteed by the Charter would somehow be subservient to prior treaty instruments. The Minister has submitted no authority to support such a proposition. Second, though the treaty itself requires the consent of Canada and does not provide for any fettering of this consent, this does not mean that Canadian legislation fettering that consent cannot be adopted. In fact, the Minister's discretion to consent to an offender transfer was substantially fettered in 2004 through the adoption by Parliament of the *International Transfer of Offenders Act*. I see no reason why the Charter itself could not also fetter that discretion.

[37] I also reject the proposition that subsection 6(1) of the Charter is not engaged by the legislation since offenders would have no right to enter Canada were it not for the legislation. Though it is true that offenders imprisoned in foreign jurisdictions cannot in fact exercise their right to enter and remain in Canada, this situation results from the superior force of the foreign jurisdiction over the offenders, and not from the loss of the right itself by the offenders. The very purpose of the *International Transfer of Offenders Act* and its related treaty system is to facilitate the repatriation of offenders to their countries of citizenship, and to thus facilitate, in the case of Canadian citizens, the exercise of their right to enter and to remain in Canada.

d'entrer au Canada, n'eût été l'existence des dispositions législatives; 3) le régime fondé sur le traité international mis en œuvre par l'adoption des dispositions législatives confère aux États participants le droit absolu de refuser le transfèrement d'un délinquant. J'estime qu'aucune de ces prétentions n'est convaincante.

[36] J'examinerai ces prétentions dans l'ordre inverse. Le fait pour le *Traité entre le Canada et les États-Unis d'Amérique sur l'exécution des peines imposées aux termes du droit criminel* de 1977 de n'assujettir à aucune condition le consentement que le Canada doit fournir pour le transfèrement d'un délinquant n'a absolument rien à voir avec les droits constitutionnels des délinquants visés. Premièrement, le traité a été signé avant l'entrée en vigueur de la Charte et il serait pour le moins curieux que les droits garantis par la Charte soient d'une façon ou d'une autre subordonnés à des instruments internationaux antérieurs. Le ministre n'a présenté aucune jurisprudence ou doctrine à l'appui de cette prétention. Deuxièmement, même si le traité lui-même exige le consentement du Canada sans imposer de conditions à ce consentement, il n'empêche pas pour autant le Canada d'adopter des dispositions législatives qui assujettissent ce consentement à certaines conditions. En fait, par l'adoption de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants* en 2004, le Parlement a considérablement restreint le pouvoir discrétionnaire du ministre de consentir au transfèrement d'un délinquant. Je ne vois pas pourquoi la Charte ne pourrait pas également restreindre ce pouvoir discrétionnaire.

[37] Je rejette également la prétention selon laquelle les dispositions législatives ne mettent pas en jeu le paragraphe 6(1) de la Charte puisque les délinquants n'auraient aucun droit d'entrer au Canada n'eût été l'existence de ces dispositions législatives. Certes il est vrai que les délinquants emprisonnés dans des pays étrangers ne peuvent concrètement exercer leur droit d'entrer au Canada et d'y demeurer, mais cette situation résulte du fait que les délinquants sont assujettis à la contrainte du pays étranger, et non de la perte de leur droit. L'objet même de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants* et du régime prévu par le traité y afférent consiste à faciliter le rapatriement des délinquants dans leur pays de citoyenneté et à faciliter, par

[38] Finally, this brings me to the proposition that what is at issue in a transfer request under the *International Transfer of Offenders Act* is not a mobility right, but rather the transfer of the supervision of a prison sentence.

[39] Obviously, imprisonment in Canada restricts Charter mobility rights of offenders in Canada. However, we are not concerned here with a restriction on the mobility rights of an offender sentenced in Canada, but rather with the mobility rights of a Canadian citizen incarcerated in a foreign jurisdiction.

[40] In the case of an offender incarcerated in a foreign jurisdiction, the restriction on the offender's mobility rights under the Charter resulting from the foreign incarceration is only effected for the purposes of the Charter after the offender is transferred to Canada pursuant to the *International Transfer of Offenders Act*: see section 13 of the Act. The definition of "sentence" [in subsection 2(1) (as enacted by S.C. 1995, c. 42, s. 1; 2004, c. 21, s. 39)] in the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20 (as amended by the *International Transfer of Offenders Act*) is instructive in this regard (emphasis added):

Definitions 2. (1) ...

"sentence"
« peine » "sentence" means a sentence of imprisonment and includes a sentence imposed by a foreign entity on a Canadian offender who has been transferred to Canada under the *International Transfer of Offenders Act*...

[41] Prior to a transfer to Canada pursuant to the legislation, from the perspective of the Charter, no sentence of incarceration restricting mobility rights has been recognized by Canadian authorities. The fact that the Canadian citizen committed an offence in a foreign jurisdiction, and the fact that he is detained in a foreign

conséquent, dans le cas des citoyens canadiens, l'exercice de leur droit d'entrer au Canada et d'y demeurer.

[38] Enfin, j'en arrive à la prétention selon laquelle une demande de transfèrement présentée en vertu de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants* ne met pas en cause la liberté de circulation et d'établissement, mais bien le transfert de la surveillance de l'exécution d'une peine.

[39] À l'évidence, l'emprisonnement au Canada limite la liberté de circulation et d'établissement des délinquants au Canada. Toutefois, la question qui nous intéresse en l'espèce n'est pas la restriction de la liberté de circulation et d'établissement d'un délinquant qui s'est vu infliger une peine au Canada, mais plutôt celle de la liberté de circulation et d'établissement d'un citoyen canadien incarcéré dans un pays étranger.

[40] Dans le cas d'un délinquant incarcéré dans un pays étranger, la restriction à sa liberté de circulation et d'établissement garantie par la Charte résultant de sa peine étrangère est considérée pour l'application de la Charte seulement après le transfèrement du délinquant au Canada sous le régime de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants* : voir l'article 13. La définition du mot « peine » [au paragraphe 2(1) (édicte par L.C. 1995, ch. 42, art. 1; 2004, ch. 21, art. 39)] dans la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20 (modifiée par la *Loi sur le transfèrement international des délinquants*) nous renseigne à cet égard (non souligné dans l'original) :

2. (1) [...]

« peine » ou « peine d'emprisonnement » « peine »
S'entend notamment [...] d'une peine imposée « sentence »
par une entité étrangère à un Canadien qui a été transféré au Canada sous le régime de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants*.

[41] Pour les fins de la Charte, les autorités canadiennes ne reconnaissent aucune peine d'emprisonnement restreignant la liberté de circulation et d'établissement avant le transfèrement des délinquants au Canada sous le régime de la législation en cause. Le fait que le citoyen canadien ait commis une infraction dans un pays

jurisdiction, do not restrict *de jure* the right. Consequently, there is no legal restriction to the Charter right resulting from imprisonment in a foreign jurisdiction, though of course there is a practical impediment to the exercise of that right resulting from the foreign imprisonment itself.

[42] However, once the foreign jurisdiction expresses its consent to transfer an offender to Canada, that practical impediment is lifted. Thereafter, the only legal restriction to that offender's right to enter and remain in Canada guaranteed under subsection 6(1) of the Charter is the required consent of the Minister pursuant to the *International Transfer of Offenders Act*.

[43] Consequently, an offender's Charter right to enter and to remain in Canada is engaged once a request for a transfer to Canada is approved by the foreign jurisdiction. This is so notably in light of the fact that the *Corrections and Conditional Release Act* does not apply to that Canadian citizen prior to the Minister's consent under the *International Transfer of Offenders Act*.

[44] The Minister recognizes that if the American authorities deported the appellant to Canada, subsection 6(1) of the Charter would be engaged. If this Charter provision is engaged when a Canadian citizen is deported from a foreign jurisdiction to Canada, I fail to grasp why it would not be engaged in the context of a transfer of a Canadian citizen from a foreign jurisdiction. The Minister's reasoning transforms the foreign sentence of a Canadian citizen into a legal exile from Canada in the event the foreign jurisdiction agrees to allow the Canadian citizen to serve his sentence in Canada. This, in my opinion, is not only contrary to the Charter, but also contrary to the *Canadian Bill of Rights*, which curtails arbitrary exile.

[45] I consequently find that the right to enter and to remain in Canada is infringed by the *International Transfer of Offenders Act*.

étranger et le fait qu'il soit détenu dans un pays étranger ne constituent pas une restriction *de jure* de ce droit. Par conséquent, aucune restriction légale au droit garanti par la Charte ne découle de l'emprisonnement dans un pays étranger, même si, bien entendu, l'emprisonnement à l'étranger crée un empêchement d'ordre pratique à l'exercice de ce droit.

[42] Toutefois, dès que le pays étranger donne son consentement au transfèrement d'un délinquant au Canada, cet empêchement d'ordre pratique est levé. Par la suite, la seule restriction légale au droit du délinquant d'entrer au Canada et d'y demeurer, que lui garantit le paragraphe 6(1) de la Charte, est liée au consentement requis de la part du ministre en vertu de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants*.

[43] Par conséquent, le droit constitutionnel du délinquant d'entrer au Canada et d'y demeurer entre en jeu dès qu'une demande de transfèrement au Canada est approuvée par le pays étranger. Cela découle entre autres du fait que la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* ne s'applique pas à ce citoyen canadien avant que le consentement du ministre soit donné sous le régime de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants*.

[44] Le ministre reconnaît que si les autorités américaines déportaient l'appelant vers le Canada, le paragraphe 6(1) de la Charte s'appliquerait alors à lui. Si cette disposition de la Charte s'applique lorsqu'un citoyen canadien est déporté vers le Canada par une juridiction étrangère, je ne vois pas en quoi cette même disposition ne trouverait plus application dans le contexte d'un transfert d'un citoyen canadien par une juridiction étrangère. Le raisonnement du ministre a pour effet d'imposer un exil à un citoyen canadien incarcéré à l'étranger lorsque la juridiction étrangère consent à son transfert au Canada aux fins d'y purger sa peine. Selon moi, cela est non seulement contraire à la Charte, mais aussi contraire à la *Déclaration canadienne des droits* qui restreint l'exil arbitraire.

[45] Ma conclusion est donc que la *Loi sur le transfèrement international des délinquants* porte atteinte au droit d'entrer au Canada et d'y demeurer.

[46] In closing on the infringement inquiry, I add that the concerned Charter right should not be lightly discarded. As discussed further below, the Charter analysis in this case results in the conclusion that the legislative scheme at issue here is justified under section 1 of the Charter. But this legislative scheme was not the one in force prior to 2004 and may well change in the future. To refuse in principle the engagement of the Charter in all offender transfers to Canada would consequently, in my considered opinion, be contrary to the very purposes which lead to enshrining in the Charter the right of all citizens, even bad citizens, to enter and to remain in Canada. The noble purposes underlying the Charter would be lost if the legislation under which such refusals are made was not subject to scrutiny under section 1.

[47] The engagement of the Charter in this case also serves an important purpose even if the impugned provisions of the *International Transfer of Offenders Act* are justified under section 1. Indeed, the Minister's power to consent or to refuse such a transfer must be exercised in accordance not only with the provisions of the legislation, but also in accordance with the Charter. Since a Charter right is engaged in these circumstances, the Minister must therefore take into account the offender's Charter rights, including his rights under subsection 6(1), in reaching his decision: see by analogy with extradition *Canada (Justice) v. Fischbacher*, 2009 SCC 46, [2009] 3 S.C.R. 170, at paragraphs 36, 38 and 39; *Németh v. Canada (Justice)*, 2010 SCC 56, [2010] 3 S.C.R. 281, at paragraph 65.

(d) *Are the impugned provisions of the Act justified under section 1 of the Charter?*

[48] Having found that subsection 8(1) and paragraphs 10(1)(a) and 10(2)(a) of the *International Transfer of Offenders Act* infringe on the right to enter and to remain in Canada guaranteed under subsection 6(1) of the Charter, it is now necessary to determine if these

[46] En terminant l'analyse de l'atteinte, j'ajoute que le droit en question garanti par la Charte ne devrait pas être écarté à la légère. Comme nous le verrons plus loin, l'analyse fondée sur la Charte en l'espèce permet de conclure que le régime législatif en cause est justifié au sens de l'article premier de la Charte. Toutefois, ce régime législatif n'était pas celui en vigueur avant 2004, et il est fort possible qu'on le modifie éventuellement. Refuser l'application de la Charte à l'égard de tous les transfèrements au Canada serait, par conséquent, comme je le crois fermement, contraire à l'objet même qui a mené à l'incorporation dans la Charte du droit de tous les citoyens, même les mauvais citoyens, d'entrer au Canada et d'y demeurer. L'objet noble à l'origine de la Charte serait abandonné si la législation en vertu de laquelle les transfèrements sont refusés ne faisait pas l'objet d'un examen approfondi en vertu de l'article premier.

[47] La mise en œuvre de la Charte dans ce cas ci sert aussi des objectifs importants même si les dispositions contestées de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants* sont justifiées sous l'article premier. En effet, le pouvoir du ministre de consentir ou de refuser un transfèrement doit être exercé non seulement en conformité avec les dispositions de la législation en cause, mais aussi en conformité avec les dispositions de la Charte. Puisqu'un droit issu de la Charte entre en jeu dans de tels cas, le ministre doit donc tenir compte des droits du délinquant sous la Charte, y compris ses droits en vertu du paragraphe 6(1), lorsqu'il rend une décision : voir par analogie avec l'extradition *Canada (Justice) c. Fischbacher*, 2009 CSC 46, [2009] 3 R.C.S. 170, aux paragraphes 36, 38 et 39; *Németh c. Canada (Justice)*, 2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281, au paragraphe 65.

d) *Les dispositions législatives en cause sont-elles justifiées au sens de l'article premier de la Charte?*

[48] Après avoir conclu que le paragraphe 8(1) et les alinéas 10(1)a) et 10(2)a) de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants* portent atteinte au droit d'entrer au Canada et d'y demeurer garanti par le paragraphe 6(1) de la Charte, je dois maintenant décider si

legislative provisions are justified under section 1 of the Charter.

[49] The analysis used for such purpose is the one first set out in the well known case of *The Queen v. Oakes*, above. This analysis has been recently summarized as follows in *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391, at paragraphs 138–139:

The analysis for assessing whether or not a law violating the Charter can be saved as a reasonable limit under s. 1 is set out in *Oakes*. A limit on Charter rights must be prescribed by law to be saved under s. 1. Once it is determined that the limit is prescribed by law, then there are four components to the *Oakes* test for establishing that the limit is reasonably justifiable in a free and democratic society (*Oakes*, at pp. 138–40). First, the objective of the law must be pressing and substantial. Second, there must be a rational connection between the pressing and substantial objective and the means chosen by the law to achieve the objective. Third, the impugned law must be minimally impairing. Finally, there must be proportionality between the objective and the measures adopted by the law, and more specifically, between the salutary and deleterious effects of the law (*Oakes*, at p. 140; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at p. 889).

The s. 1 analysis focuses on the particular context of the law at issue. Contextual factors to be considered include the nature of the harm addressed, the vulnerability of the group protected, ameliorative measures considered to address the harm, and the nature and importance of the infringed activity: *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, and *Harper v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 827, 2004 SCC 33. This said, the basic template of *Oakes* remains applicable, and each of the elements required by that test must be satisfied. The government bears the onus of establishing each of the elements of the *Oakes* test and hence of showing that a law is a reasonable limit on Charter rights on a balance of probabilities (see *Oakes*, at pp. 136–37).

(i) *Is the limit prescribed by law?*

ces dispositions législatives sont justifiées au sens de son article premier.

[49] La méthode d'analyse prescrite en pareil cas est celle qui a été établie dans l'arrêt bien connu *La Reine c. Oakes*, précité. Cette analyse a récemment été résumée comme suit dans l'arrêt *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391, aux paragraphes 138 et 139 :

L'arrêt *Oakes* a établi la méthode d'analyse qui permet de déterminer si une loi contraire à la Charte peut se justifier comme limite raisonnable au sens de l'article premier. La restriction des droits garantis par la Charte doit être imposée par une règle de droit pour être justifiée au sens de l'article premier. Si tel est le cas, il faut alors vérifier la présence des quatre éléments que comporte la méthode d'analyse de l'arrêt *Oakes* pour établir qu'elle constitue une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique (*Oakes*, p. 138–140). En premier lieu, l'objectif de la loi doit être urgent et réel. Ensuite, il doit exister un lien rationnel entre l'objectif urgent et réel et les moyens choisis par le législateur pour atteindre cet objectif. Puis, la loi contestée ne doit porter qu'une atteinte minimale au droit garanti. Enfin, il doit y avoir proportionnalité entre l'objectif et les mesures adoptées dans la loi et, plus particulièrement, entre les effets bénéfiques de la loi et ses effets préjudiciables (*Oakes*, p. 140; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, p. 889).

L'analyse fondée sur l'article premier est axée sur le contexte de la règle de droit en cause. Parmi les facteurs contextuels à considérer figurent la nature du préjudice visé, la vulnérabilité du groupe protégé, les mesures d'amélioration envisagées pour remédier au préjudice, ainsi que la nature et l'importance de l'activité protégée : *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, et *Harper c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 827, 2004 CSC 33. Cela dit, le modèle de base de *Oakes* demeure applicable, et il faut satisfaire à chacune des exigences de cette méthode d'analyse. Le gouvernement a le fardeau d'établir chacun des éléments que prévoit l'arrêt *Oakes* pour réussir à démontrer qu'une règle de droit constitue, selon la prépondérance des probabilités, une restriction raisonnable des droits garantis par la Charte (voir *Oakes*, p. 136–137).

i) *La restriction est-elle prescrite par une règle de droit?*

[50] There is no dispute here that the limits to the right to enter and remain in Canada set out in the impugned provisions of the *International Transfer of Offenders Act* are prescribed by law.

(ii) *Is the objective or purpose for which the limit is imposed pressing and substantial?*

[51] The appellant and the intervener both rightfully recognize that the security of Canada and the prevention of offences related to terrorism or to organized crime are pressing and substantial objectives (at paragraph 23 of the appellant's memorandum and at paragraph 42 of the intervener's memorandum).

[52] This is consistent with teachings of the judiciary, notably the Supreme Court of Canada's decision in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, at paragraphs 85 and 89 to 92 reached in the context of deportation proceedings, and the decision of this Court in *Kamel v. Canada (Attorney General)*, above.

(iii) *Is the limit rationally connected to the objective or purpose?*

[53] There also appears to be a *prima facie* rational connection between, on the one hand, the security of Canada and the prevention of offences related to terrorism or to organized crime and, on the other hand, the authority of the Minister to refuse the transfer of an offender under the *International Transfer of Offenders Act*. Logic, reason and common sense seem to readily establish a causal relationship between the pressing and substantial objectives at issue and refusing a transfer to an offender whose return to Canada would constitute a threat to these objectives. This rational connection seems moreover clearly established where, as in this case, the offender has been found guilty of serious offences connected to organized criminality.

[50] Nul ne conteste en l'espèce que les restrictions au droit d'entrer au Canada et d'y demeurer énoncées dans les dispositions contestées de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants* sont prescrites par une règle de droit.

ii) *L'objectif visé par la restriction est-il urgent et réel?*

[51] L'appelant et l'intervenante ont tous deux reconnu, à bon droit, que la sécurité du Canada et la prévention des infractions liées au terrorisme ou au crime organisé constituent des objectifs urgents et réels (au paragraphe 23 du mémoire de l'appelant et au paragraphe 42 du mémoire de l'intervenante).

[52] Ce raisonnement concorde avec les enseignements des tribunaux, notamment de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3, aux paragraphes 85 et 89 à 92, dans le contexte des mesures d'expulsion, et de notre Cour dans la décision *Kamel c. Canada (Procureur général)*, précitée.

iii) *Existe-t-il un lien rationnel entre la restriction et l'objectif?*

[53] Il semble également exister un lien rationnel *prima facie* entre, d'une part, la sécurité du Canada et la prévention des infractions liées au terrorisme et au crime organisé et, d'autre part, le pouvoir du ministre de refuser le transfèrement d'un délinquant en vertu de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants*. La logique, la raison et le bon sens semblent permettre d'établir sans difficulté l'existence d'un lien causal entre les objectifs urgents et réels en cause et le refus du transfèrement d'un délinquant dont le retour au Canada constituerait une menace à la réalisation de ces objectifs. Qui plus est, le lien rationnel semble clairement établi lorsque, comme en l'espèce, le délinquant a été déclaré coupable d'infractions graves en lien avec la criminalité organisée.

[54] Yet, the appellant and the intervener contend that such a rational connection is not self-evident. Rather, they assert that the safety of Canadians and the security of Canada would be better served by allowing all Canadian offenders imprisoned abroad to be transferred to Canada, including offenders posing threats to the security of Canada or likely to commit terrorist or organized crime offences, thus allowing these offenders to be directly supervised by Canadian authorities pursuant to Canada's correctional system. This, they say, is consistent with the objectives of rehabilitation and reintegration stated in section 3 of the *International Transfer of Offenders Act*. They therefore contend that Parliament was irrational and acted contrary to the Charter when it granted the Minister the authority to refuse offender transfers on the basis of threats to the security of Canada, or of likely offences of terrorism or of organized criminality.

[55] I do not accept these contentions. Though I do not dispute that Canada's correctional system can, in most circumstances, adequately protect Canadian citizens from convicted terrorists, organized crime members or felons threatening the security of Canada, Parliament has decided that it may be preferable, in certain circumstances, not to allow convicted offenders who pose such threats to be allowed to serve their sentence in Canada. I cannot conclude that this legislative choice is itself irrational.

[56] Indeed, I do not find it irrational for Parliament to empower the Minister to refuse the transfer of a convicted terrorist if it is reasonable to believe that the incarceration of that terrorist in Canada would result in retaliatory terrorist attacks on Canadian citizens. Likewise, I do not find it irrational for Parliament to empower the Minister to refuse the transfer of an international drug cartel kingpin if it is reasonable to believe that such a transfer would result in attacks on Canadian prison guards or would facilitate the criminal operations of that offender or of his criminal organization. These

[54] Pourtant, l'appelant et l'intervenante soutiennent que ce lien rationnel n'est pas évident. Ils soutiennent plutôt que la sécurité du public et la sécurité du Canada seraient mieux servies si l'on permettait à tous les délinquants canadiens emprisonnés à l'étranger d'être transférés au Canada, y compris les délinquants qui présentent une menace pour la sécurité du Canada ou qui sont susceptibles de commettre des infractions de terrorisme ou des infractions liées à la criminalité organisée, les autorités canadiennes pouvant ainsi prendre ces délinquants directement en charge dans le système correctionnel canadien. Leur prétention, ajoutent-ils, est compatible avec les objectifs de réadaptation et de réinsertion sociale énoncés à l'article 3 de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants*. Ils soutiennent par conséquent que le législateur a agi de manière irrationnelle et contraire à la Charte en accordant au ministre le pouvoir de refuser les transfèvements sur le fondement de la menace pour la sécurité du Canada ou du risque de perpétration d'infractions de terrorisme ou de criminalité organisée.

[55] Je ne souscris pas à ces arguments. Je ne conteste pas le fait que le système correctionnel du Canada est généralement en mesure de protéger adéquatement les citoyens canadiens des terroristes, des membres du crime organisé ou des criminels qui constituent une menace pour la sécurité du Canada, mais le Parlement a décidé qu'il était peut-être préférable, dans certaines circonstances, de ne pas permettre aux délinquants déclarés coupables qui présentent une telle menace de purger leur peine au Canada. Je ne puis conclure que ce choix législatif est en soi irrationnel.

[56] Je ne crois pas qu'il soit irrationnel pour le Parlement d'autoriser le ministre à refuser le transfèrement d'un terroriste reconnu coupable s'il est raisonnable de croire que l'incarcération de ce terroriste au Canada pourrait se traduire par des attaques terroristes de représailles visant les citoyens canadiens. De même, je ne crois pas qu'il soit irrationnel pour le Parlement d'autoriser le ministre à refuser le transfèrement d'un baron de la drogue opérant dans le cadre de cartels internationaux s'il est raisonnable de croire que ce transfèrement pourrait se traduire par des attaques à l'endroit de gardiens

are clear cases where the Minister could properly refuse a transfer to Canada.

[57] Of course, these examples are extreme, and not all the offenders convicted of security or related offences, or of offences related to terrorism or organized crime, pose a threat to Canada or to Canadians should they serve their foreign sentences in Canada. There are some cases which clearly justify refusing a transfer on the grounds set out by Parliament, and other cases where such a refusal would clearly be inappropriate and contrary to the Charter right at issue. Many cases will however fall between these two extremes. This is precisely why Parliament has empowered the Minister to decide each individual case on its particular facts, taking into account pertinent circumstances and prescribed factors.

[58] The legislative framework in which the Minister's discretion is exercised is therefore reasonable and it is clearly rationally linked to the pressing and substantial objectives at hand. First, the Minister's discretion is strongly fettered by specific enumerated factors which must be considered, including notably whether the offender's return to Canada would constitute a threat to the security of Canada (paragraph 10(1)(a) of the Act) or whether the offender will, after the transfer to Canada, commit a terrorism offence or criminal organization offence (paragraph 10(2)(a) of the Act). These are serious and important constraints on the Minister's discretion. Second, the scheme of the legislation allows the offender to make prior representations to the Minister through a written request in which all pertinent factors and circumstances can be addressed (section 7 of the Act). Third, the Minister must provide written reasons if he refuses his consent to the transfer (section 11 of the Act). Finally, the decision of the Minister is subject to judicial review before the Federal Court, and the decision of that court is itself subject to appeal to this Court and ultimately, in appropriate cases, to the Supreme Court of Canada.

de prison au Canada ou faciliter les activités criminelles de ce délinquant ou de son organisation criminelle. Il m'apparaît qu'en pareils cas, le ministre pourrait à bon droit refuser le transfèrement au Canada.

[57] Bien entendu, il s'agit là de cas extrêmes, et les délinquants reconnus coupables d'infractions liées à la sécurité ou d'infractions connexes, ou encore d'infractions liées au terrorisme ou au crime organisé, ne représenteraient pas tous une menace pour le Canada ou les Canadiens s'ils devaient purger leur peine au Canada. Le refus d'un transfèrement pour les motifs prévus par le législateur est clairement justifié dans certains cas alors que dans d'autres cas, le refus serait tout à fait inapproprié et contraire au droit de la Charte visé en l'espèce. Bon nombre de cas se situeront toutefois entre ces deux extrêmes. C'est précisément pour cette raison que le législateur a autorisé le ministre à décider chaque cas en fonction des faits en cause et en tenant compte des circonstances pertinentes et des facteurs prescrits.

[58] Le cadre législatif dans lequel le ministre exerce son pouvoir discrétionnaire est par conséquent raisonnable et il présente manifestement un lien rationnel avec les objectifs urgents et réels en cause. Premièrement, le pouvoir discrétionnaire du ministre est largement restreint par les facteurs précis devant être pris en compte, y compris la question de savoir si le retour du délinquant au Canada constituera une menace pour la sécurité du Canada (alinéa 10(1)a de la Loi) ou si le délinquant commettra, après son transfèrement au Canada, une infraction de terrorisme ou d'organisation criminelle (alinéa 10(2)a de la Loi). Il s'agit de limites importantes au pouvoir discrétionnaire du ministre. Deuxièmement, le régime législatif permet au délinquant de faire des représentations préalables au ministre au moyen d'une demande écrite dans laquelle tous les facteurs et faits importants peuvent être abordés (article 7 de la Loi). Troisièmement, le ministre doit motiver par écrit son refus de consentir au transfèrement (article 11 de la Loi). Enfin, la décision du ministre est susceptible de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale, notre Cour peut ensuite être saisie de l'appel de la décision de la Cour fédérale et, en dernier ressort, dans les cas appropriés, notre jugement pourra être porté devant la Cour suprême du Canada.

(iv) *Does the limit minimally impair the right?*

[59] The minimal impairment must be understood and analysed keeping in mind that the concerned offender has been found guilty of an offence by a foreign jurisdiction, in this case the United States, and is already incarcerated by that foreign jurisdiction. The legislation only provides for the enforcement of an offender's sentence in Canada in accordance with the laws of Canada. Consequently, a refusal under the legislation for the pressing and substantial objectives set out therein results in the offender serving his sentence in the foreign jurisdiction in accordance with the laws of the jurisdiction in which he committed an offence, rather than in Canada.

[60] The principal practical impacts of the refusal are thus twofold: first, the offender will not be incarcerated in Canada, thus limiting potential visits from family and friends in an incarceration facility more easily accessible to them, and second, the offender will lose the benefit of Canada's correctional system, including the benefit of a statutory release, parole or other conditional release under the *Corrections and Conditional Release Act* which may, in certain circumstances, allow for an earlier albeit supervised release from incarceration than what the offender would have otherwise benefited from in the foreign jurisdiction.

[61] Concerning the first practical impact, it is useful to keep in mind that though the *Corrections and Conditional Release Act* takes into account an offender's accessibility to his home community and family in inmate placement decisions, it does not guarantee such a placement to offenders in Canada. Though it is preferable for an offender sentenced in Canada to be incarcerated in an institution which is easily accessible for family visits, this is not always possible, and in certain cases not desirable. Consequently, the fact that the refusal of a transfer under the *International Transfer of Offenders Act* could result in the offender remaining incarcerated in a foreign institution which may be more difficult to access for visits from family or friends is not

iv) *La restriction porte-t-elle une atteinte minimale au droit garanti?*

[59] L'atteinte minimale doit être interprétée et analysée en tenant compte du fait que le délinquant visé a été déclaré coupable d'une infraction dans un pays étranger — en l'occurrence les États-Unis — et qu'il y est actuellement incarcéré. La loi en cause prévoit l'application au Canada de la peine infligée au délinquant en conformité avec le droit canadien. Par conséquent, un refus sous le régime de la loi fondé sur les objectifs urgents et réels qui y sont énoncés signifie que le délinquant purgera sa peine à l'étranger en conformité avec les lois du pays dans lequel il a commis l'infraction, plutôt qu'au Canada.

[60] Les principales conséquences pratiques du refus sont donc de deux ordres : premièrement, le délinquant ne sera pas incarcéré au Canada, ce qui limite le nombre de visites de la part des membres de la famille et de ses amis dans un établissement plus facilement accessible pour eux, et deuxièmement, le délinquant ne pourra bénéficier des avantages du système correctionnel du Canada, dont la libération d'office, la libération conditionnelle ou les autres modes de mise en liberté sous condition, prévus par la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, laquelle peut, dans certains cas, permettre une libération plus hâtive, quoique sous surveillance, que celle dont pourrait bénéficier le délinquant dans le pays étranger.

[61] S'agissant de la première conséquence d'ordre pratique, il ne faut pas oublier que, même si la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* tient compte de la facilité d'accès du délinquant à la collectivité à laquelle il appartient et à sa famille dans les décisions relatives au choix du pénitencier dans lequel il sera incarcéré, cela ne garantit pas aux délinquants du Canada une incarcération dans un pénitencier qui répond à ces critères. Quoiqu'il soit préférable que le délinquant condamné au Canada soit incarcéré dans un établissement facilement accessible aux membres de sa famille, cela n'est pas toujours possible et, dans certains cas, pas toujours souhaitable. Par conséquent, le fait que le refus du ministre de consentir à un transfèrement en

in itself sufficient to constitutionally override the impugned provisions of the Act.

[62] I now consider the second practical impact. Though for some offenders the loss of the perceived “benefit” of a potential earlier conditional release under the Canadian correctional system may be unfair, I do not agree that this consequence of the transfer refusal is in fact unfair or affects the rights of the offenders to such an extent as to constitutionally invalidate the impugned legislative provision in the context where the offender’s return to Canada would constitute a threat to the security of Canada or would result in a terrorism offence or a criminal organization offence.

[63] These offenders have committed offences in foreign jurisdictions. Barring exceptional circumstances, there is nothing unfair or unreasonable in the fact that these offenders are subject to the incarceration systems of the foreign jurisdictions in which they committed their offences. Canada’s entire extradition system is in fact based on this premise.

[64] The Supreme Court of Canada has already found that the right to remain in Canada is minimally impaired by extradition procedures which can result in the conviction and incarceration of a Canadian citizen in a foreign jurisdiction. The same logic applies here. As noted by La Forest J. in *United States v. Cotroni*, above, at pages 1488–1489:

The more serious attack of the respondents is based on the second component of the proportionality test. In *R. v. Oakes*, *supra*, Dickson C.J. observed that “the means, even if rationally connected to the objective ... should impair ‘as little as possible’ the right or freedom in question”. The objective of transnational crimes, the respondents say, can, in the circumstances of the present cases, be achieved without infringing on the right set forth in s. 6(1) of the *Charter* by prosecuting them in Canada.

vertu de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants* peut signifier que le délinquant restera incarcéré à l’étranger, rendant ainsi les visites des membres de la famille et des amis plus difficiles, n’est pas en soi suffisant pour rendre inconstitutionnelles les dispositions contestées de la Loi.

[62] J’examinerai maintenant la deuxième conséquence d’ordre pratique. Bien que, pour certains délinquants, la perte de l’« avantage » apparent d’une mise en liberté sous condition anticipée dans le cadre du système correctionnel canadien puisse sembler injuste, je ne suis pas convaincu que cette conséquence du refus du transfèrement soit injuste ou qu’elle porte atteinte aux droits des délinquants au point de rendre inconstitutionnelles les dispositions législatives contestées dans le contexte où le retour au Canada du délinquant peut constituer une menace pour la sécurité du Canada ou si le délinquant commettra, après son transfèrement, une infraction de terrorisme ou une infraction d’organisation criminelle.

[63] Ces délinquants ont commis des infractions dans un pays étranger. À moins de circonstances exceptionnelles, le fait que ces délinquants soient assujettis au régime d’incarcération du pays dans lequel ils ont commis les infractions n’a rien d’injuste ou de déraisonnable. Le régime canadien d’extradition dans son entier est en fait fondé sur ce principe.

[64] La Cour suprême du Canada a déjà conclu que les procédures d’extradition susceptibles d’entraîner la condamnation et l’incarcération d’un citoyen canadien dans une juridiction étrangère portent une atteinte minimale au droit de demeurer au Canada. La même logique s’applique en l’espèce. Comme le juge La Forest l’a mentionné dans *États-Unis c. Cotroni*, précité, aux pages 1488 et 1489 :

L’attaque la plus sérieuse des intimés est fondée sur le deuxième élément du critère de proportionnalité. Dans l’arrêt *R. c. Oakes*, précité, le juge en chef Dickson fait observer que, « même à supposer qu’il y ait un tel lien rationnel, le moyen choisi doit être de nature à porter « le moins possible » atteinte au droit ou à la liberté en question ». L’objectif de répression des crimes transnationaux, affirment les intimés, peut, dans les circonstances des présentes affaires, être atteint sans violer le droit garanti au par. 6(1) de la *Charte*, si on les poursuit au Canada.

The difficulty I have with this approach is that it seeks to apply the *Oakes* test in too rigid a fashion, without regard to the context in which it is to be applied. It must be remembered that the language of the *Charter*, which allows “reasonable limits”, invites a measure of flexibility.

[65] Likewise here, the prevention of threats to the security of Canada, or of offences of terrorism or of organized criminality, invites a measure of flexibility in the analysis.

(v) *Is the legislation proportionate in its effect?*

[66] The fact that a convicted offender would have to serve his sentence in a foreign jurisdiction for crimes committed in that jurisdiction must be assessed in light of the importance of the pressing and substantial objectives reflected in paragraphs 10(1)(a) and 10(2)(a) of the *International Transfer of Offenders Act*. This is moreover the case since there appears to be no other reasonable method of achieving these pressing and substantive objectives in the case of offenders convicted and incarcerated in a foreign jurisdiction.

[67] In circumstances where the transfer “would constitute a threat to the security of Canada” or if “in the Minister’s opinion, the offender will, after the transfer, commit a terrorism offence or criminal organization offence”, it is hard to imagine what other reasonable measure could be devised to impair to a lesser extent the offender’s right.

(e) *Conclusions*

[68] I have concluded that the provisions of paragraphs 10(1)(a) and 10(2)(a) of the *International Transfer of Offenders Act* constitute *prima facie* infringements to the right guaranteed by subsection 6(1) of the *Charter*, but are nevertheless reasonable limits to that right as can be demonstrably justified in a free and democratic society pursuant to section 1 of the *Charter*.

La difficulté que je vois dans ce point de vue est qu’on cherche à appliquer le critère de l’arrêt *R. c. Oakes* d’une manière trop rigide, sans égard au contexte dans lequel il doit être appliqué. Il faut se rappeler que le langage de la *Charte* qui permet des « limites raisonnables » favorise une certaine souplesse.

[65] De même, en l’espèce, la prévention des menaces pour la sécurité du Canada ou des infractions de terrorisme ou de criminalité organisée favorise une certaine souplesse dans l’analyse.

v) *Les dispositions législatives sont-elles proportionnées dans leur effet?*

[66] Le fait qu’un délinquant condamné aurait à purger sa peine dans un pays étranger pour des crimes commis dans ce pays est une question qui doit être appréciée en tenant compte de l’importance des objectifs urgents et réels reflétés dans les alinéas 10(1)a) et 10(2)a) de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants*. Cela est d’autant plus vrai qu’il semble n’exister aucune autre méthode raisonnable pour atteindre ces objectifs urgents et réels dans le cas des délinquants condamnés et incarcérés dans un pays étranger.

[67] Dans une situation où le transfèrement « peut constituer une menace pour la sécurité du Canada » ou dans une situation où, de l’avis du ministre, « le délinquant commettra, après son transfèrement, une infraction de terrorisme ou une infraction d’organisation criminelle », on peut difficilement imaginer quelle autre mesure raisonnable pourrait être élaborée pour qu’il soit porté atteinte dans une moindre mesure au droit du délinquant.

e) *Conclusions*

[68] J’ai conclu que les dispositions des alinéas 10(1)a) et 10(2)a) de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants* constituent des atteintes *prima facie* au droit garanti par le paragraphe 6(1) de la *Charte*, mais qu’elles restreignent néanmoins ce droit dans des limites raisonnables dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique au sens de l’article premier de la *Charte*.

[69] In deciding a request for a transfer under the *International Transfer of Offenders Act*, the Minister must thus be alive not only to the terms of the legislation itself, but also to the Charter right of the offender under subsection 6(1). Consideration of the Charter right by the Minister will, in most cases, be subsumed in his consideration of the factors set out in the legislation.

[70] Thus, the Minister's decision is subject to judicial review not only on administrative law grounds, but equally on Charter grounds in light of the fact his decision itself engages a Charter right. The reviewing court's role is to determine whether the Minister considered the relevant facts and the relevant constitutionally defensible factors set out in the legislation, and reached a defensible conclusion based on those facts and those factors. This is primarily a form of administrative law review to be conducted in accordance with applicable administrative law standards, which of course remain informed by the Charter. This approach does not however change the applicable standard of review, which remains reasonableness. This standard of review does not minimize the protection afforded by the Charter, but rather recognizes that in the case of the international transfer of an offender, the proper assessment under subsection 6(1) of the Charter involves primarily a fact-based balancing test: see by analogy with extradition *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, above, at paragraphs 34 to 41.

[71] In this appeal, the appellant does not challenge the reasonableness of the decision of the Minister. The only challenge before us concerns the constitutional validity of the impugned provisions of the legislation. As I have already found, the impugned provisions of the legislation are constitutional. Consequently, I would dismiss the appeal with costs to the respondent.

* * *

[69] Dans sa décision à l'égard d'une demande de transfèrement présentée en vertu de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants*, le ministre doit donc être sensible non seulement aux dispositions de la législation en cause, mais aussi au droit que le paragraphe 6(1) de la Charte garantit au délinquant. Dans la plupart des cas, le ministre subsumera l'examen de ce droit dans son appréciation des facteurs énoncés dans la législation.

[70] Ainsi, la décision du ministre est susceptible de contrôle judiciaire non seulement pour des motifs relevant du droit administratif, mais aussi pour des motifs fondés sur la Charte compte tenu du fait que la décision met en jeu un droit prévu par la Charte. Le rôle de la cour de révision consiste à déterminer si le ministre a examiné les faits pertinents et les facteurs pertinents défendables sur le plan constitutionnel énoncés dans la législation et s'il est parvenu à une conclusion défendable en tenant compte de ces faits et de ces facteurs. Il s'agit principalement d'une forme de contrôle judiciaire qui doit être mené en conformité avec les normes applicables du droit administratif qui, bien entendu, tiennent toujours compte de la Charte. Cette démarche ne change toutefois pas la norme de contrôle applicable qui demeure celle de la raisonabilité. Cette norme de contrôle ne diminue pas la protection offerte par la Charte. Cette approche signifie plutôt que, dans le cas du transfèrement international d'un délinquant, l'analyse appropriée fondée sur le paragraphe 6(1) de la Charte suppose des pondérations essentiellement dépendantes de l'appréciation des faits en cause : voir, par analogie avec l'extradition, *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, précité, aux paragraphes 34 à 41.

[71] Dans le présent appel, l'appelant ne conteste pas le caractère raisonnable de la décision du ministre. Le seul moyen soulevé devant notre Cour porte sur la constitutionnalité des dispositions législatives contestées. Comme je l'ai déjà indiqué, les dispositions législatives contestées sont constitutionnelles. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter l'appel avec dépens en faveur de l'intimé.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[72] NADON J.A.: I have had the benefit of reading the reasons of my colleague Mainville J.A. for dismissing the appeal. While I agree with his disposal of the appeal, I do so on different grounds. More particularly, I agree with his justification analysis under section 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (the Charter), but disagree with his conclusion that the *International Transfer of Offenders Act* (the Act) violates the appellant's right to enter Canada under subsection 6(1) of the Charter.

[73] I need not repeat the facts or the submissions which the parties made in support of their respective positions as they have been carefully and thoroughly reviewed by Mainville J.A.

[74] Before stating my reasons for dismissing the appeal, it is important to note that the appellant does not challenge the Minister's decision on any ground other than that the provisions on which the Minister relies in making his decision are unconstitutional. In other words, the appellant does not challenge the Minister's determination that his transfer to Canada to serve out his sentence "would constitute a potential threat to the safety of Canadians and the security of Canada". Rather, he says that subsection 8(1) and paragraphs 10(1)(a) and 10(2)(a) of the Act—which allow the Minister to consider whether an offender's return to Canada could constitute a threat to the security of Canada or whether, in the Minister's opinion, the offender will commit, after his transfer, a terrorism or criminal organization offence—violate his right to enter Canada under subsection 6(1) of the Charter and that, as a result, the Minister's decision cannot stand.

[75] In dismissing the appellant's judicial review application, Harrington J. concluded that subsection 8(1) and paragraphs 10(1)(a) and 10(2)(a) of the Act were constitutional. In so concluding, he relied on the reasons he gave in dismissing the appellant's son's judicial review application of the Minister's decision to refuse

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

[72] LE JUGE NADON, J.C.A. : J'ai pris connaissance des motifs rédigés par mon collègue, le juge Mainville, pour rejeter l'appel. Certes, je souscris à sa décision, mais pour des motifs différents. Plus particulièrement, je suis d'accord avec son analyse de la justification selon l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte), mais je ne souscris pas à sa conclusion portant que la *Loi sur le transfèrement international des délinquants* (la Loi) porte atteinte au droit de l'appellant d'entrer au Canada, lequel est garanti par le paragraphe 6(1) de la Charte.

[73] Il n'est pas nécessaire que je répète les faits ou les observations au soutien des thèses respectives des parties étant donné qu'elles ont été soigneusement et attentivement examinées par le juge Mainville.

[74] Avant d'exposer les motifs pour lesquels je rejette l'appel, il est important de souligner que l'appellant conteste la décision du ministre uniquement au motif que les dispositions sur lesquelles il s'est appuyé pour rendre sa décision sont inconstitutionnelles. En d'autres termes, l'appellant ne conteste pas la conclusion du ministre selon laquelle son transfèrement au Canada pour purger le reste de sa peine « pourrait constituer une menace pour la sécurité des Canadiens et la sécurité du Canada ». Il affirme plutôt que le paragraphe 8(1) et les alinéas 10(1)a) et 10(2)b) de la Loi — qui permettent au ministre de déterminer si le retour au Canada du délinquant peut constituer une menace pour la sécurité du Canada ou si, à son avis, le délinquant commettra, après son transfèrement, une infraction de terrorisme ou une infraction d'organisation criminelle — portent atteinte à son droit d'entrer au Canada, lequel est garanti par le paragraphe 6(1) de la Charte, et que la décision du ministre doit être annulée.

[75] En rejetant la demande de contrôle judiciaire de l'appellant, le juge Harrington a conclu que le paragraphe 8(1) et les alinéas 10(1)a) et 10(2)b) de la Loi étaient constitutionnels. Pour tirer cette conclusion, il s'est appuyé sur les motifs exposés dans la décision *DiVito c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de*

his transfer to Canada to serve out his U.S. sentence, in *DiVito v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2009 FC 983. At paragraphs 12, 13 and 17 of his reasons, Harrington J. wrote:

As I indicated in *Kozarov v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2007 FC 866, [2008] 2 F.C.R. No. 377 at paragraphs 27 and 28, “current restrictions on the mobility” of Mr. DiVito, in this case, “arise from his own actions, his own criminal activities. A natural and foreseeable consequence of a criminal conviction ...”.

[28] However the American authorities have put a condition on his transfer. The condition is that he serve his sentence here. Upon his transfer he could not immediately invoke his constitutional right as a citizen to leave Canada. His freedom would properly be restricted in accordance with the *Corrections and Conditional Release Act*. I have come to the conclusion that neither section 8 of the *International Transfer of Offenders Act* which requires the consent of the offender, the foreign entity and Canada, nor subsections 10(1) (b) and (c) which call upon the Minister to consider whether Mr. Kozarov has social or family ties here or whether he left or remained outside Canada with the intention of abandoning Canada as his place of permanent residence offends his mobility rights under the Charter.

Consequently, I conclude that the Act does not violate Mr. DiVito’s mobility rights. On the contrary, I find, as Justice Kelen did in *Getkate v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2008 FC 965, that the Act constitutes a reasonable limit as can be demonstrably justified in a free and democratic society (section 1 of the Charter).

...

The case of Mr. Kozarov illustrates the limits on mobility rights. Mr. Kozarov appealed the decision, but was released by the U.S. authorities before the appeal could be heard. The Court of Appeal refused to hear the case because it was moot: *Kozarov v. Minister of Public Safety and Emergency Preparedness*, 2008 FCA 185. Similarly, if the U.S. authorities pardoned Mr. DiVito tomorrow, he would have an absolute

la Protection civile), 2009 CF 983 pour rejeter la demande de contrôle judiciaire présentée par le fils de l’appelant à l’égard de la décision du ministre de refuser son transfèrement au Canada pour purger le reste de la peine qui lui avait été infligée aux États-Unis. Aux paragraphes 12, 13 et 17 de ses motifs, le juge Harrington s’est exprimé comme suit :

Comme je l’ai indiqué dans *Kosarov c. Canada (ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2007 CF 866, [2008] 2 R.C.F. No. 377 aux paragraphes 27 et 28 : « les limites actuelles imposées à la liberté de circulation et d’établissement » de monsieur DiVito, dans ce dossier, « découlent de ses propres actions et activités criminelles. Une conséquence prévisible et naturelle d’une déclaration de culpabilité [...] »

[28] Les autorités américaines ont toutefois prévu une condition au transfèrement de M. Kozarov, c’est-à-dire qu’il purge sa peine au Canada. Après son transfèrement, M. Kozarov ne pourrait pas invoquer immédiatement le droit que garantit la Charte à chaque citoyen de quitter le pays. Sa liberté serait à juste titre restreinte en application de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*. J’en arrive donc à la conclusion que ni l’article 8 de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants* qui exige le consentement du délinquant, de l’entité étrangère et du Canada, ni les alinéas 10(1) b) et c) qui prévoient que le ministre doit examiner si M. Kozarov a des liens sociaux ou familiaux au Canada ou s’il a quitté le Canada ou est demeuré à l’étranger avec l’intention de ne plus considérer le Canada comme le lieu de sa résidence permanente, ne portent atteinte à la liberté de circulation et d’établissement que la Charte garantit au demandeur.

En conséquence, je conclus que la *Loi* ne viole pas la liberté de circulation et d’établissement de M. DiVito. Dans le cas contraire, je trouve, comme le juge Kelen l’a fait dans l’arrêt *Getkate c. Canada (ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2008 CF 965, que la *Loi* constitue une limite raisonnable dont la justification peut être démontrée dans le cadre d’une société libre et démocratique (article 1 de la *Charte*).

[...]

Le cas de M. Kozarov illustre les limites de la liberté de circulation. M. Kozarov a fait appel de la décision, mais avant que l’appel soit entendu les autorités américaines l’ont libéré. La Cour d’appel a refusé d’entendre la cause en raison de sa nature théorique : *Kozarov v. Minister of Public Safety and Emergency Preparedness*, 2008 FCA 185. De même, si les autorités américaines gracieaient M. DiVito demain, il aurait un

right to return to Canada. He would even be deported to Canada.

[76] To complete the learned Judge's reasoning, I reproduce paragraph 27 of his reasons in *Kozarov v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2007 FC 866, [2008] 2 F.C.R. 377 (*Kozarov*):

Mr. Kozarov's current restrictions on his mobility arise from his own actions, his own criminal activities. A natural and foreseeable consequence of a criminal conviction is that the state in which the offence is committed and in which the offender may be found may incarcerate him. Once Mr. Kozarov serves his sentence, he has the absolute right, as a citizen, to return here. The same holds true if his current sentence were commuted, or if he were pardoned. All citizens, unlike foreigners and permanent residents, have that constitutional mobility right (see *Catenacci v. Canada (Attorney General)* (2006), 144 C.R.R. (2d) 128 (F.C.)).

[77] Thus, Harrington J. found that the appellant's right under subsection 6(1) of the Charter was not infringed by the impugned provisions and that, in any event, those provisions constituted a reasonable limit to his right to enter Canada under section 1 of the Charter.

[78] I substantially agree with Harrington J., but would add the following.

[79] First, let me say at the outset that I agree with Mainville J.A. that an immigration officer must allow a person to enter Canada if the officer is satisfied that the person is a Canadian citizen. Thus, if the appellant had been brought to the Canadian border and released unconditionally by the American authorities, there can be no doubt that he would have been allowed to enter Canada. In *United States of America v. Cotroni; United States of America v. El Zein*, [1989] 1 S.C.R. 1469, the Supreme Court of Canada held at page 1482 that: "An accused may return to Canada following his trial and acquittal or, if he has been convicted, after he has served his sentence."

droit absolu de rentrer au Canada. Il serait même expulsé vers le Canada.

[76] Pour compléter le raisonnement du savant juge, je reproduis le paragraphe 27 de ses motifs dans la décision *Kozarov c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2007 CF 866, [2008] 2 R.C.F. 377 (*Kozarov*) :

Les limites actuelles imposées à la liberté de circulation et d'établissement de M. Kozarov découlent de ses propres actions et activités criminelles. Une conséquence prévisible et naturelle d'une déclaration de culpabilité est que l'État où l'infraction est commise et où le délinquant est arrêté peut incarcérer ce dernier. Une fois qu'il aura purgé sa peine, M. Kozarov aura le droit absolu comme tout autre citoyen de rentrer au pays. Il en serait de même si sa peine actuelle était commuée ou s'il obtenait un pardon. Chaque citoyen, contrairement à l'étranger et au résident permanent, bénéficie d'un droit constitutionnel lui garantissant la liberté de circulation et d'établissement (voir *Catenacci c. Canada (Procureur général)*, 2006 CF 539, 144 C.R.R. (2d) 128).

[77] Par conséquent, le juge Harrington a statué que les dispositions contestées ne portaient pas atteinte au droit conféré à l'appelant par le paragraphe 6(1) de la Charte et que, quoi qu'il en soit, ces dispositions constituaient une limite raisonnable à son droit d'entrer au Canada au sens de l'article premier de la Charte.

[78] Je souscris pour l'essentiel à l'opinion du juge Harrington, mais j'ajouterais ce qui suit.

[79] Tout d'abord, je tiens à dire au départ que je suis d'accord avec le juge Mainville qu'un agent d'immigration doit permettre à une personne d'entrer au Canada s'il est convaincu que cette personne est un citoyen canadien. Par conséquent, si l'appelant avait été emmené à la frontière canadienne et que sa libération inconditionnelle avait été ordonnée par les autorités américaines, il aurait sans aucun doute été autorisé à entrer au Canada. Dans l'arrêt *États-Unis d'Amérique c. Cotroni; États-Unis d'Amérique c. El Zein*, [1989] 1 R.C.S. 1469, la Cour suprême du Canada a conclu, à la page 1482, qu'un « accusé peut revenir au Canada suite à son procès et à son acquittement ou, s'il a été reconnu coupable, après avoir purgé sa peine ».

[80] Harrington J. put it similarly in *Kozarov*, at paragraph 27, where he said that Mr. Kozarov would have an absolute right to enter Canada once he had served his sentence in the United States (see also: *Getkate v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2008 FC 965, [2009] 3 F.C.R. 26; *Curtis v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2010 FC 943, 14 Admin. L.R. (5th) 108, at paragraph 30).

[81] However, the appellant is not simply claiming that Canada must admit him; but rather, he is claiming that Canada must admit him in order to administer his sentence. He makes that claim because the United States has neither pardoned him nor commuted his sentence; its approval of his transfer is premised on Canada undertaking to administer his sentence.

[82] I cannot agree with the proposition that Canada is refusing to allow the appellant to enter Canada. Although it is beyond dispute that Canada cannot prevent one of its citizens from entering the country, such is not the situation before us. Rather, Canada is refusing to administer the appellant's sentence and the result of that refusal is that the appellant is unable to enter Canada because the United States will not release him. In essence, Canada's refusal to administer the appellant's sentence does not constitute a violation of his right to enter Canada under subsection 6(1) of the Charter because there is an insufficient causal connection between Canada's refusal and the appellant's inability to enter.

[83] In *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307 (*Blencoe*), the Supreme Court held that there must be a "sufficient causal connection" between state action and the harm suffered by a claimant for the Charter to be triggered (at paragraph 60) (see also: *R. v. D. B.*, 2008 SCC 25, [2008] 2 S.C.R. 3). I see no such connection in this case. The appellant's inability to enter Canada stems from his decision to engage in the traffic of cocaine in Florida, the resulting conviction and sentence for that act in the United States and the United States' demand

[80] Dans la décision *Kozarov*, précitée, le juge Harrington s'exprime de façon similaire au paragraphe 27 de ses motifs, où il affirme qu'une fois que M. Kozarov aura purgé sa peine aux États-Unis, il aura le droit absolu de rentrer au Canada (voir également : *Getkate c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2008 CF 965, [2009] 3 R.C.F. 26; *Curtis c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2010 CF 943, au paragraphe 30).

[81] Toutefois, l'appelant ne fait pas simplement valoir que le Canada doit le laisser entrer, mais prétend plutôt que le Canada doit le laisser entrer afin qu'il puisse y purger sa peine. Il soutient qu'étant donné que les États-Unis ne lui ont pas octroyé une réhabilitation et que sa peine n'a pas été commuée, son transfèrement dépend de la décision du Canada de prendre en charge l'exécution de sa peine.

[82] Je ne peux souscrire à la proposition selon laquelle le Canada refuse de permettre à l'appelant d'entrer au Canada. Bien qu'il soit incontestable que le Canada ne peut empêcher l'un de ses citoyens d'entrer au pays, telle n'est pas la situation en l'espèce. Le Canada refuse plutôt de devenir responsable de l'exécution de la peine de l'appelant et, compte tenu de ce refus, l'appelant ne peut entrer au Canada parce que les États-Unis ne veulent pas le libérer. Essentiellement, le refus du Canada de prendre en charge l'exécution de la peine de l'appelant ne porte pas atteinte au droit d'entrer au Canada, lequel est garanti par le paragraphe 6(1) de la Charte, parce qu'il n'existe pas de lien de causalité suffisant entre le refus du Canada et l'impossibilité pour l'appelant d'entrer au Canada.

[83] Dans l'arrêt *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.F. 307 (*Blencoe*), la Cour suprême a statué qu'il doit y avoir un « lien de causalité suffisant » entre les actes du gouvernement et le préjudice subi par le plaignant pour déclencher l'application de la Charte (au paragraphe 60) (voir aussi : *R. c. D. B.*, 2008 CSC 25, [2008] 2 R.C.S. 3). Je ne vois aucun lien de cette sorte en l'espèce. L'incapacité de l'appelant d'entrer au Canada découle de sa décision de se livrer au trafic de cocaïne en Floride, de sa déclaration de culpabilité subséquente

that Canada administer the remainder of his sentence. None of these actions are, in my view, state actions, since none is “[a matter] within the authority of Parliament” under paragraph 32(1)(a) of the Charter (see: *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292, at paragraph 103). Thus, none of these actions is capable of causing a Charter violation.

[84] In other words, Canada’s contribution to the appellant’s inadmissibility to enter Canada is indirect and secondary. The direct causes are his criminal acts, his conviction and sentencing, coupled with the United States’ insistence that Canada administer his sentence. Had the appellant not trafficked cocaine, he would no doubt be able to enter Canada at any time. If the United States did not require Canada to administer his sentence, he would also be able to enter Canada at any time. Consequently, these events are the direct causes of the appellant’s inability to enter Canada.

[85] In my respectful view, the Minister’s refusal to administer the appellant’s sentence can only be found to constitute a sufficient cause of the violation of the appellant’s right to enter if it is viewed entirely in isolation from its surrounding context. Such an approach, however, would be inconsistent with the Supreme Court’s approach in *Blencoe*, where the events leading up to the appellant filing a human rights complaint were found to be central to the Court’s analysis.

[86] In *Blencoe*, a majority of the Court found that the state action at issue was not a sufficient cause of the harm suffered by the claimant and so his Charter rights were not infringed. There, the claimant asserted that the delayed processing of his complaint by the B.C. Human Rights Commission had caused harm to his psyche and reputation. The Court disagreed, even though, viewed in isolation, this delay caused harm to the claimant. The majority found that the most prejudicial impact on the claimant resulted from the allegations which led to his being ejected from Cabinet and the

et de la peine qui lui a été infligée aux États-Unis ainsi que de la demande de transfèrement au Canada formulée par les États-Unis. Aucun de ces actes ne représente, à mon avis, un acte du gouvernement étant donné qu’ils ne constituent pas des « domaines relevant du Parlement », conformément à l’alinéa 32(1)a) de la Charte (voir : *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292, au paragraphe 103). Par conséquent, aucun de ces actes n’est susceptible d’entraîner une violation de la Charte.

[84] En d’autres termes, le rôle du Canada dans l’interdiction imposée à l’appellant d’entrer au Canada est indirect et secondaire. Les causes directes sont ses actes criminels, sa déclaration de culpabilité et la peine qui lui a été infligée, et le fait que les États-Unis exigent que le Canada prenne en charge l’exécution de sa peine. Si l’appellant ne s’était pas livré au trafic de cocaïne, il aurait assurément été en mesure d’entrer au Canada en tout temps. Si les États-Unis ne demandaient pas au Canada de prendre en charge l’exécution de sa peine, il pourrait également entrer au Canada en tout temps. Par conséquent, ces événements sont directement responsables de son incapacité d’entrer au Canada.

[85] Avec égard, la décision du ministre de refuser le transfèrement de l’appellant pourrait uniquement constituer un lien de causalité suffisant par rapport à la violation du droit de l’appellant d’entrer au Canada si elle était considérée indépendamment du contexte. Une telle approche, toutefois, serait incompatible avec l’approche de la Cour suprême dans l’arrêt *Blencoe*, où les événements ayant poussé l’appellant à déposer une plainte en matière de droits de la personne ont été jugés essentiels dans l’analyse de la Cour.

[86] Dans l’arrêt *Blencoe*, la Cour suprême a majoritairement conclu qu’il n’y avait pas de lien de causalité suffisant entre les actes du gouvernement et le préjudice subi par le plaignant; les droits de ce dernier garantis par la Charte n’ont donc pas été violés. Dans cette affaire, le plaignant faisait valoir que le retard dans le traitement de sa plainte par la Human Rights Commission de la Colombie-Britannique avait porté atteinte à sa réputation. La Cour a rejeté cette thèse, même si, considéré isolément, ce retard a causé préjudice au plaignant. De l’avis des juges majoritaires,

related media treatment. These events all occurred prior to the government action at issue; that is, before the complaint came before the Commission. Thus, the events leading up to the human rights complaint were central to the Court's finding that there was an insufficient causal link between the delay by the Commission and the harm suffered by the claimant.

[87] Similarly, the appellant's illegal actions, his conviction in the United States and the latter's insistence that Canada administer his prison sentence all occurred before the Minister refused to admit the appellant. Thus, the reasoning in *Blencoe* is applicable because the appellant is in an analogous position.

[88] What the appellant seeks in the present matter is, in my respectful view, a declaration that subsection 6(1) of the Charter grants him a constitutional right to serve his foreign prison sentence in Canada once the foreign country has agreed to transfer him. There is no such right to be found under subsection 6(1). To repeat, the appellant is not asserting his right to enter Canada, but rather is asserting that Canada must allow him to enter so that he may serve the remainder of his prison sentence here. I see nothing in the language of subsection 6(1) of the Charter, or in the authorities which have dealt with that provision, which suggest that that provision includes a right to serve one's foreign prison sentence in Canada.

[89] I therefore conclude that the Minister's decision refusing to administer the appellant's United States prison sentence in Canada does not violate his right to enter this country under subsection 6(1) of the Charter. On that basis, I would dismiss the appeal with costs.

TRUDEL J.A.: I agree.

l'effet le plus préjudiciable sur le plaignant résultait des allégations qui ont entraîné son expulsion du Cabinet et du comportement des médias. Ces événements étaient antérieurs aux actes du gouvernement en cause, c'est-à-dire qu'ils ont eu lieu avant que la Commission soit saisie de la plainte. Par conséquent, les événements ayant mené à la plainte en matière de droits de la personne étaient au cœur de la conclusion de la Cour, qui a jugé qu'il n'y avait pas de lien de causalité suffisant entre le retard attribuable à la Commission et le préjudice subi par le plaignant.

[87] De même, les actes illégaux de l'appelant, sa déclaration de culpabilité aux États-Unis et l'exigence des autorités américaines que le Canada prenne en charge l'exécution de sa peine sont tous des événements qui ont eu lieu avant la décision du ministre de refuser à l'appelant d'entrer au Canada. Le raisonnement de l'arrêt *Blencoe* s'applique donc en l'espèce parce que l'appelant est dans une position similaire.

[88] Ce que l'appelant sollicite dans la présente affaire est, avec égard, un jugement déclarant que le paragraphe 6(1) de la Charte lui donne le droit constitutionnel de purger au Canada une peine d'emprisonnement infligée à l'étranger une fois que le pays étranger a accepté son transfèrement. Il n'existe aucun tel droit en vertu du paragraphe 6(1). Je répète que l'appelant ne revendique pas le droit d'entrer au Canada, mais fait plutôt valoir que le Canada doit l'autoriser à entrer au pays afin qu'il puisse y purger le reste de sa peine d'emprisonnement. Rien dans le libellé du paragraphe 6(1) de la Charte, ou dans la jurisprudence portant sur cette disposition, ne laisse croire que le paragraphe 6(1) donne à un citoyen le droit de purger au Canada une peine d'emprisonnement infligée à l'étranger.

[89] Je conclus donc que la décision du ministre de refuser le transfèrement de l'appelant au Canada afin qu'il puisse purger le reste de la peine d'emprisonnement qui lui a été infligée aux États-Unis ne porte pas atteinte à son droit d'entrer au pays, lequel est garanti par le paragraphe 6(1) de la Charte. Pour cette raison, je rejeterais l'appel avec dépens.

LA JUGE TRUDEL, J.C.A. : Je suis d'accord.

A-506-09
2011 FCA 38

A-506-09
2011 CAF 38

Andrew Donnie Amos (*Appellant*)

Andrew Donnie Amos (*appelant*)

v.

c.

Attorney General of Canada (*Respondent*)

Procureur général du Canada (*intimé*)

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. AMOS

RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. AMOS

Federal Court of Appeal, Blais C.J., Dawson and Trudel JJ.A.—Ottawa, December 8, 2010 and February 3, 2011.

Cour d'appel fédérale, le juge en chef Blais, juges Dawson et Trudel, J.C.A.—Ottawa, 8 décembre 2010 et 3 février 2011.

Public Service — Labour Relations — Appeal from Federal Court decision allowing judicial review of decision by Public Service Labour Relations Board adjudicator finding that adjudicator having jurisdiction over disputes relating to settlement agreements entered into by parties in respect of matters referred to adjudication — Parties reaching settlement over grievance filed by appellant, signing memorandum of agreement (MOA) — Adjudicator later resuming hearing to determine whether employer complying with MOA — Finding subject-matter of grievance disciplinary suspension pursuant to Public Service Labour Relations Act (PSLRA), s. 209(1), non-compliance with MOA arising in essential character from grievance — Federal Court determining that PSLRA, ss. 226(2), 236 not extending adjudicator's jurisdiction to disputes arising out of MOA — Whether adjudicator having jurisdiction: to determine whether parties' MOA final, binding; to hear allegation of non-compliance with MOA; to order remedy — Adjudicator's interpretation of PSLRA, s. 209 reviewable on standard of reasonableness — Adjudicator having jurisdiction under PSLRA to determine finality, binding nature of MOA — Also having jurisdiction to hear allegation of non-compliance — PSLRA, s. 209(1) not having same meaning as former version, i.e. Public Service Staff Relations Act, s. 92(1) — PSLRA emphasizing procedures promoting voluntary resolution of disputes — Adjudicator having jurisdiction to hear dispute pursuant to PSLRA, s. 209(1) — Correctly applying “essential character test” elaborated by Supreme Court of Canada in Weber v. Ontario Hydro (Weber) — Weber applying to PSLRA, Part 2 — Finally, remedial authority of adjudicator broad — Appeal allowed.

Fonction publique — Relations du travail — Appel d'un jugement de la Cour fédérale ayant accueilli une demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue par un arbitre de grief de la Commission des relations de travail dans la fonction publique concluant qu'il avait compétence pour trancher des différends relatifs à l'entente de règlement intervenue entre les parties sur des questions qui peuvent être renvoyées à l'arbitrage — Les parties sont parvenues à une entente portant sur le grief déposé par l'appellant, ce qui a été confirmé par la signature d'un protocole d'entente — L'arbitre a ultérieurement ordonné la reprise de l'audience en vue de déterminer si l'employeur s'était conformé au protocole d'entente — Il a conclu que l'objet du grief était une suspension disciplinaire relevant de l'art. 209(1) de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique (LRTFP) et que la question du non-respect du protocole d'entente découlait, dans son essence, du grief — La Cour fédérale a décidé que les art. 226(2) et 236 de la LRTFP n'étendaient pas la compétence de l'arbitre aux différends découlant du protocole d'entente — Il s'agissait de savoir si un arbitre de grief a compétence : pour décider si l'entente de règlement des parties est définitive et exécutoire; pour entendre une allégation de non-conformité à l'entente de règlement; pour rendre une ordonnance de réparation — L'interprétation de l'art. 209 de la LRTFP par un arbitre est susceptible de contrôle selon la norme de la décision raisonnable — Un arbitre est compétent pour déterminer la nature finale et exécutoire d'une entente de règlement — Il a également compétence pour entendre une allégation de non-conformité — Il y a une différence de sens entre l'art. 209(1) de la LRTFP et son ancienne version, soit

This was an appeal from a Federal Court decision allowing an application for judicial review of a decision by a Public Service Labour Relations Board (PSLRB) adjudicator finding that an adjudicator has jurisdiction over disputes relating to settlement agreements entered into by parties in respect of matters that can be referred to adjudication.

The appellant filed a grievance challenging a disciplinary suspension imposed by his employer. With help from an adjudicator, the parties reached a settlement and set out a memorandum of agreement (MOA). The appellant later requested the PSLRB to reopen the adjudication hearing on the merits of the grievance, which had not been withdrawn, on the ground that the employer had failed to comply with the terms of the MOA. Instead, the adjudicator ordered that the hearing resume for the purpose of determining whether the employer complied or not with the terms of the MOA. Finding that the subject-matter of the original grievance was a disciplinary suspension pursuant to subsection 209(1) of the *Public Service Labour Relations Act* (PSLRA), which deals with adjudication, and that the issue of non-compliance with the settlement arose in its essential character from the original grievance, the adjudicator concluded that he had jurisdiction to entertain the allegation of non-compliance and that he could make a remedial order. The Federal Court determined that subsection 226(2) and section 236 of the PSLRA did not extend the adjudicator's jurisdiction to disputes arising out of an MOA. Because the MOA settled the parties' differences, there were no issues left to resolve, and subsection 226(2) was not engaged.

The principal issues were whether the adjudicator had jurisdiction under the PSLRA: to determine whether the parties' settlement agreement is final and binding; to hear an allegation that a party is in non-compliance with a final and binding settlement agreement; and to make the appropriate remedial order.

Held, the appeal should be allowed.

The Federal Court incorrectly determined that the adjudicator's decision was reviewable on a standard of correctness.

l'art. 92(1) de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique — La LRTFP met l'accent sur la promotion des procédures de règlement volontaire des différends — L'arbitre est compétent pour entendre des différends en vertu de l'art. 209(1) de la LRTFP — L'arbitre a bien appliqué le critère de l'« essence du différend » énoncé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt Weber c. Hydro Ontario (Weber) — L'arrêt Weber s'applique à la partie 2 de la LRTFP — Enfin, le pouvoir de réparation conféré à l'arbitre est large — Appel accueilli.

Il s'agissait d'un appel d'une décision de la Cour fédérale accueillant une demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue par un arbitre de la Commission des relations de travail dans la fonction publique (CRTFP) concluant qu'un arbitre de grief a compétence pour trancher des différends relatifs à des ententes de règlement intervenues entre les parties sur des questions qui peuvent être renvoyées à l'arbitrage.

L'appelant a déposé un grief contestant une suspension disciplinaire imposée par son employeur. Avec l'aide d'un arbitre, les parties sont parvenues à une entente et ont rédigé un protocole d'entente. L'appelant a demandé à la CRTFP de rouvrir l'examen du grief au fond, lequel n'avait pas été retiré, au motif que l'employeur ne respectait pas les modalités du protocole. L'arbitre a plutôt ordonné la reprise de l'audience pour déterminer si l'employeur s'était conformé ou non aux conditions du protocole. Après avoir conclu que l'objet du grief initial était une suspension disciplinaire, une question qui relevait du paragraphe 209(1) de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* (LRTFP) (une disposition traitant de l'arbitrage), et que la question du non-respect de l'entente de règlement découlait, dans son essence, du grief initial, l'arbitre de grief a estimé qu'il avait compétence pour entendre l'allégation de non-respect et qu'il était également compétent pour accorder une réparation. La Cour fédérale a statué que le paragraphe 226(2) et que l'article 236 de la LRTFP n'étendaient pas la compétence de l'arbitre de grief aux différends découlant d'un protocole d'entente. Comme le protocole d'entente réglait les différends des parties, il n'y avait aucune autre question à résoudre, et le paragraphe 226(2) ne s'appliquait pas.

Les principales questions en litige étaient de déterminer si l'arbitre de grief avait compétence sous le régime de la LRTFP pour décider si l'entente de règlement des parties est définitive et contraignante, et pour rendre l'ordonnance réparatrice appropriée.

Arrêt : l'appel doit être accueilli.

La Cour fédérale a décidé à tort que la décision rendue par l'arbitre de grief était susceptible de contrôle judiciaire selon

On the basis of the presence of a strong privative clause in section 233 of the PSLRA, the broad aim of the PSLRA, the nature of the question in dispute, and the adjudicator's specialized jurisdiction in labour relations, the adjudicator's interpretation of section 209 of the PSLRA was reviewable on a standard of reasonableness.

The adjudicator did not err in concluding that he had jurisdiction under the PSLRA to determine whether the parties' settlement agreement was final and binding. As the parties agreed that the MOA constituted a final and binding agreement, the adjudicator did not have to rule on the qualities of the settlement agreement. The adjudicator also had jurisdiction to hear an allegation that a party is in non-compliance with a final and binding agreement. Subsection 209(1) of the PSLRA must not be given the same meaning as its former version, subsection 92(1) of the *Public Service Staff Relations Act*. The adjudicator must be alive to the preamble of the PSLRA and interpret the PSLRA in a manner that promotes collaborative efforts between parties, supports the efficient resolution of matters, and encourages mutual respect and harmonious relations. The PSLRA emphasizes procedures promoting the voluntary resolution of disputes, particularly through mediation, and an essential component of the mediation process is the implementation and enforceability of a settlement agreement. The adjudicator held that he had jurisdiction to consider the dispute because the subject-matter of the original grievance fell within the ambit of his authority under subsection 209(1) of the PSLRA. The adjudicator correctly applied the "essential character test" elaborated by the Supreme Court of Canada in *Weber v. Ontario Hydro (Weber)* and *Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commissioners* to find that the dispute between the parties, in its essential character, arose from the original disciplinary action. There was no valid reason in the case at bar to exclude this test because it served to choose between two processes available under the PSLRA, rather than between competing forums of adjudication or statutory bodies. The *Weber* line of decisions favouring exclusive and comprehensive jurisdiction under the labour relations statute to resolve workplace disputes applies to Part 2 of the PSLRA, given the explicit wording of subsection 236(1) of the PSLRA. As to the jurisdiction to make a remedial order, the adjudicator correctly concluded that his remedial authority is broad and is not restricted by a specific list of enumerated remedies.

la norme de la décision correcte. En se fondant sur l'existence d'une clause privative rigoureuse prévue à l'article 233 de la LRTFP, sur l'objectif général de la LRTFP, sur la nature de la question en litige et sur la compétence spécialisée en matière de relations de travail de l'arbitre de grief, l'interprétation donnée à l'article 209 de la LRTFP par l'arbitre de grief était susceptible de contrôle selon la norme de la décision raisonnable.

L'arbitre n'a pas commis d'erreur en concluant qu'il avait compétence sous le régime de la LRTFP pour décider si le protocole d'entente intervenu entre les parties était définitif et contraignant. Comme les parties avaient convenu que l'entente était définitive et contraignante, l'arbitre de grief n'était pas tenu de se prononcer sur les caractéristiques du protocole d'entente. L'arbitre avait également compétence pour entendre une allégation de non-respect par l'une des parties d'une entente définitive et contraignante. Le même sens ne doit pas être donné au paragraphe 209(1) de la LRTFP et à son ancienne version, le paragraphe 92(1) de l'ancienne *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*. L'arbitre de grief doit être conscient de l'existence du préambule de la LRTFP et interpréter les dispositions de cette législation de façon à favoriser la collaboration des parties en présence, à contribuer à la résolution efficace des problèmes et à encourager le respect mutuel ainsi que l'établissement de relations harmonieuses. La LRTFP met l'accent sur les procédures favorisant le règlement volontaire de différends, notamment par la médiation, alors qu'un des éléments essentiels du processus de médiation est la possibilité d'exécuter et de faire respecter l'entente de règlement. L'arbitre a estimé qu'il avait compétence pour entendre le différend parce que le sujet du grief initial tombait dans le champ de compétence d'un arbitre de grief, tel que prévu au paragraphe 209(1) de la LRTFP. L'arbitre a appliqué à juste titre le critère de « l'essence du différend » élaboré par la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Weber c. Hydro Ontario (Weber)* et *Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners* pour conclure que le différend entre les parties, dans son essence, découlait de la mesure disciplinaire initiale. Il n'y avait aucune raison valable en l'espèce justifiant d'écarter ce critère parce qu'il sert à choisir entre deux processus prévus par la LRTFP au lieu de choisir entre une instance décisionnelle ou un organisme créé par la loi. Compte tenu du libellé explicite du paragraphe 236(1) de la LRTFP, l'orientation des décisions rendues dans la foulée de *Weber* qui favorise la compétence exclusive et complète en vertu de la loi sur les relations de travail de régler les différends en milieu de travail s'applique à la partie 2 de la LRTFP. En ce qui concerne sa compétence pour accorder une réparation, l'arbitre de grief a estimé avec raison que ses pouvoirs d'accorder une réparation étaient étendus et qu'ils ne se limitaient pas à une liste précise de réparations.

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. 7, 8.
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 13.
Labour Relations Act, R.S.O. 1990, c. L.2, s. 45(1).
Public Service Labour Relations Act, S.C. 2003, c. 22, s. 2, preamble, ss. 13, 15(c), 58, 208, 209, 226, 228(2), 233, 236.
Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35, ss. 91, 92 (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 68).

CASES CITED

APPLIED:

Public Service Alliance of Canada v. Canadian Federal Pilots Assn., 2009 FCA 223, [2010] 3 F.C.R. 219, 98 Admin. L.R. (4th) 25, 392 N.R. 128; *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, [2000] 1 S.C.R. 360, 183 D.L.R. (4th) 14, [2000] 4 W.W.R. 149.

DISTINGUISHED:

Maiangowi v. Treasury Board (Department of Health), 2008 PSLRB 6.

CONSIDERED:

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; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140, 263 D.L.R. (4th) 193, [2006] 5 W.W.R. 1; *Newfoundland Association of Public Employees v. Attorney General (Newfoundland)*, [1978] 1 S.C.R. 524, (1977), 12 Nfld. & P.E.I.R. 238, 75 D.L.R. (3d) 616.

REFERRED TO:

Macdonald v. Canada, 1998 CanLII 8736, 158 F.T.R. 1 (F.C.T.D.); *Bhatia v. Treasury Board (Public Works Canada)*, [1989] C.P.S.S.R.B. No. 141 (QL); *Fox v. Treasury Board (Immigration and Refugee Board)*, 2001 PSSRB 130; *Bedok v. Treasury Board (Department of Human Resources Development)*, 2004 PSSRB 163; *Canada Post Corp. v. Public Service Alliance of Canada*, 2010 FCA 56, [2011] 2 F.C.R. 221, 399 N.R. 127; *Nash v. Treasury Board (Correctional Service of Canada)*, 2007

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, 8.
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 13.
Loi sur les relations de travail, L.R.O. 1990, ch. L.2, art. 45(1).
Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.C. 2003, ch. 22, art. 2, préambule, art. 13, 15c), 58, 208, 209, 226, 228(2), 233, 236.
Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-35, art. 91, 92 (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 68).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Alliance de la Fonction publique du Canada c. Assoc. des pilotes fédéraux du Canada, 2009 CAF 223, [2010] 3 R.C.F. 219; *Weber c. Hydro Ontario*, [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.

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

Maiangowi c. Conseil du Trésor (ministère de la Santé), 2008 CRTFP 6.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2^e) 1; *ATCO Gas & Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy & Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140; *Newfoundland Association of Public Employees c. Procureur général (Terre-Neuve)*, [1978] 1 R.C.S. 524.

DÉCISIONS CITÉES :

Macdonald c. Canada, 1998 CanLII 8736 (C.F. 1^{re} inst.); *Bhatia c. Conseil du Trésor (Travaux publics Canada)*, [1989] C.R.T.F.P. n° 141 (QL); *Fox c. Conseil du Trésor (Commission de l'Immigration et du statut de réfugié)*, 2001 CRTFP 130; *Bedok c. Conseil du Trésor (Ministère du Développement des ressources humaines)*, 2004 CRTFP 163; *Société canadienne des postes c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, 2010 CAF 56, [2011] 2 R.C.F. 221; *Nash c. Conseil du Trésor (Service correctionnel*

PSLRB 98, 166 L.A.C. (4th) 269; *Van de Mosselaer v. Treasury Board (Department of Transport)*, 2006 PSLRB 59; *MacDonald and Treasury Board (Department of National Defence)*, [1985] C.P.S.S.R.B. No. 266 (QL); *Treasury Board and Deom*, [1985] C.P.S.S.R.B. No. 150 (QL); *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418, 154 D.L.R. (4th) 193; *Elliott v. De Havilland Aircraft Co. of Canada Ltd.* (1989), 32 O.A.C. 250 (Div. Ct.); *Butt v. United Steelworkers of America* (1993), 106 Nfld. & P.E.I.R. 181 (Nfld. T.D.); *Bourne v. Otis Elevator Co.* (1984), 45 O.R. (2d) 321 (H.C.); *Heustis v. New Brunswick Electric Power Commission*, [1979] 2 S.C.R. 768, (1979), 25 N.B.R. (2d) 613, 98 D.L.R. (3d) 622; *Lindor v. Treasury Board (Solicitor General Canada — Correctional Service)*, 2003 PSSRB 10.

AUTHORS CITED

Driedger, Elmer A. *The Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2008.

APPEAL from a Federal Court decision (2009 FC 1181, 355 F.T.R. 181, 189 L.A.C. (4th) 193) allowing an application for judicial review of a decision by a Public Service Labour Relations Board adjudicator (2008 PSSRB 74) finding that an adjudicator has jurisdiction over disputes relating to settlement agreements entered into by parties in respect of matters that can be referred to adjudication. Appeal allowed.

APPEARANCES

Andrew J. Raven for appellant.
John Jaworski and Jennifer A. Lewis for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck LLP/s.r.l. for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

TRUDEL J.A.:

du Canada), 2007 CRTFP 98; *Van de Mosselaer c. Conseil du Trésor (Ministère des Transports)*, 2006 CRTFP 59; *MacDonald et Conseil du Trésor (Ministère de la Défense nationale)*, [1985] C.R.T.F.P.C. n° 266 (QL); *Conseil du Trésor et Deom*, [1985] C.R.T.F.P.C. n° 150 (QL); *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Elliott v. De Havilland Aircraft Co. of Canada Ltd.* (1989), 32 O.A.C. 250 (C. Div.); *Butt v. United Steelworkers of America* (1993), 106 Nfld. & P.E.I.R. 181 (T.-N. 1^{re} inst.); *Bourne v. Otis Elevator Co.* (1984), 45 O.R. (2d) 321 (H.C.); *Heustis c. Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 768; *Lindor c. Conseil du Trésor (Solliciteur général du Canada — Service correctionnel)*, 2003 CRTFP 10.

DOCTRINE CITÉE

Driedger, Elmer A. *The Construction of Statutes*, 2^e éd. Toronto : Butterworths, 1983.
Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5^e éd. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2008.

APPEL d'une décision de la Cour fédérale (2009 CF 1181) accueillant une demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue par un arbitre de la Commission des relations de travail de la fonction publique (2008 CRTFP 74) concluant qu'un arbitre de grief a compétence pour trancher des différends relatifs à des ententes de règlement intervenues entre les parties sur des questions qui peuvent être renvoyées à l'arbitrage. Appel accueilli.

ONT COMPARU

Andrew J. Raven pour l'appelant.
John Jaworski et Jennifer A. Lewis pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck LLP/s.r.l. pour l'appelant.
Sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

LA JUGE TRUDEL, J.C.A. :

Introduction

[1] This case is about the scope of an adjudicator's jurisdiction under the *Public Service Labour Relations Act*, S.C. 2003, c. 22, s. 2 (PSLRA or Act or new Act). Does an adjudicator maintain jurisdiction over disputes relating to settlement agreements entered into by parties in respect of matters that can be referred to adjudication or, as put by the adjudicator in this case, where does a party go for redress when he or she has settled a grievance referred to adjudication and subsequently alleges that the other party has failed to honour the settlement agreement (adjudicator's reasons [*Amos v. Deputy Head (Department of Public Works and Government Services)*, 2008 PSLRB 74], at paragraph 46)?

[2] On a standard of correctness, Boivin J. (the Judge), of the Federal Court, answered no to the first question, adding that pursuant to section 208 of the Act a new grievance related to the settlement agreement could always be filed (2009 FC 1181). This is the appeal from his judgment of 20 November 2009. For the reasons that follow, I would allow the appeal and restore the adjudicator's decision.

[3] The facts are straightforward and aptly summarized by the Judge (at paragraphs 2–7):

The grievor and [appellant], Andrew Donnie Amos, is employed with the Department of Public Works and Government Services (the Department) as a Senior Project Manager at the ENG 5 subgroup and level. The Deputy Minister of the Department (the Deputy Head) imposed a 20[-]day disciplinary suspension without pay on the [appellant] by letter dated March 29, 2005. On May 2, 2005, the [appellant] filed a grievance challenging the 20[-]day suspension and the grievance was referred to adjudication on August 10, 2005.

Adjudicator Dan Butler was appointed to hear and determine the matter. A hearing was first convened in Halifax, Nova Scotia, for three days starting on November 28, 2006 and resumed in Halifax on May 1, 2007. With the assistance of the Adjudicator, the parties reached a settlement on May 2, 2007,

Introduction

[1] La présente affaire concerne l'étendue de la compétence que la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, art. 2 (la LRTFP, la Loi ou la nouvelle loi) confère à l'arbitre de grief. L'arbitre de grief demeure-t-il compétent pour trancher les différends relatifs à l'entente de règlement conclue par les parties sur des questions qui peuvent être renvoyées à l'arbitrage ou, comme l'arbitre de grief a formulé la question dans le cas qui nous occupe, quelles sont les voies de recours qui sont ouvertes à celui dont le grief renvoyé à l'arbitrage a été réglé et qui allègue par la suite que l'autre partie n'a pas respecté l'entente de règlement (motifs de l'arbitre de grief [*Amos c. Administrateur général (Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, 2008 CRTFP 74], au paragraphe 46)?

[2] Appliquant la norme de la décision correcte, le juge Boivin (le juge de première instance) de la Cour fédérale, a répondu par la négative à la première question, ajoutant qu'il était toujours possible, en vertu de l'article 208 de la Loi, de déposer un nouveau grief au sujet de l'entente de règlement (2009 CF 1181). Il s'agit de l'appel du jugement rendu par le juge Boivin le 20 novembre 2009. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis d'accueillir l'appel et de rétablir la décision de l'arbitre de grief.

[3] Les faits sont simples. Le juge de première instance les a bien résumés (aux paragraphes 2 à 7) :

L'auteur du grief et [appellant], Andrew Donnie Amos, travaille pour le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (le ministère) comme gestionnaire principal de projet aux sous-groupe et niveau ENG 5. Le sous-ministre du ministère (l'administrateur général) a imposé [à l'appellant], par lettre datée du 29 mars 2005, une suspension disciplinaire de 20 jours sans rémunération. Le 2 mai 2005, [l'appellant] a déposé un grief contestant la suspension de 20 jours, et le grief fut renvoyé à l'arbitrage le 10 août 2005.

L'arbitre de grief Dan Butler a été nommé pour instruire l'affaire. Une audience a d'abord été convoquée à Halifax, en Nouvelle-Écosse, pour une période de trois jours débutant le 28 novembre 2006, puis l'audience a repris à Halifax le 1^{er} mai 2007. Avec l'aide de l'arbitre, les parties sont parvenues

set out in a [memorandum of agreement] MOA, which dealt with a number of issues. The MOA set out a plan for the parties to meet, discuss and resolve issues relating to the [appellant]'s working relationship with the Department.

Following the MOA, the [appellant] did not withdraw his grievance.

On December 14, 2007, the [appellant] requested that the Board reopen the adjudication hearing on the merits of his grievance on the ground that the Deputy Head failed to comply with the terms of the MOA, namely, that the Department had not honoured the promise to meet to resolve their issues and establish a positive working relationship.

On January 7, 2008, the Deputy Head objected to the [appellant]'s request on two grounds: first, that the existence of a final and binding settlement agreement constituted a complete bar to an adjudicator's jurisdiction; and second, that it was a well-established principle that adjudicators under the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C. 1985, c. P-35, s. 1 (*PSSRA*), the Act which preceded the *PSLRA*, had no jurisdiction over the implementation of an MOA.

The Adjudicator did not agree to re-open the hearing on the merits as requested by the [appellant]. Rather, the Adjudicator ordered that the adjudication hearing resume for the purpose of determining whether the Deputy Head complied or not with the terms of the MOA, and, if necessary, for the purpose of determining an appropriate remedy.

[4] Because the questions at issue had never been considered in the context of the new Act, Adjudicator Dan Butler (the adjudicator) sought written representations from the parties and interveners (who are not taking part in this appeal) on the following three questions:

1. Does an adjudicator have jurisdiction under the new Act to determine whether the parties' settlement agreement is final and binding?
2. If so, does the adjudicator have the jurisdiction to hear an allegation that a party is in non-compliance with a final and binding settlement agreement?

le 2 mai 2007 à une entente, confirmée dans un protocole d'entente, qui traitait de plusieurs questions. Le protocole contenait un plan d'après lequel les parties devaient se rencontrer pour débattre et régler certaines questions se rapportant aux relations professionnelles entre [l'appellant] et le ministère.

Après la signature du protocole, [l'appellant] n'a pas retiré son grief.

Le 14 décembre 2007, [l'appellant] a demandé à la Commission de rouvrir l'examen du grief au fond, puisque l'administrateur général ne respectait pas les modalités du protocole, c'est-à-dire que le ministère n'avait pas honoré la promesse d'une rencontre avec [l'appellant] pour régler leurs points litigieux et établir de bonnes relations de travail.

Le 7 janvier 2008, l'administrateur général s'est opposé à la demande [de l'appellant], en invoquant deux moyens : d'abord, la conclusion d'un arrangement amiable, définitif et contraignant, avait eu pour effet de retirer toute compétence à l'arbitre; deuxièmement, il existait un principe bien établi selon lequel les arbitres agissant en vertu de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. 1985, ch. P-35, article 1 (l'ancienne loi), la loi antérieure à la LRTFP, n'étaient pas compétents pour faire appliquer un protocole d'entente.

L'arbitre n'a pas accepté de rouvrir l'examen du grief au fond, comme le lui demandait [l'appellant]. Il a plutôt ordonné la reprise de l'audience pour déterminer si l'administrateur général s'était ou non conformé aux conditions du protocole et, au besoin, pour prononcer la sanction qui s'imposait.

[4] Comme les questions en litige n'avaient jamais été examinées sous le régime de la nouvelle loi, l'arbitre de grief Dan Butler (l'arbitre de grief ou l'arbitre) a prié les parties et les intervenants (qui n'ont pas pris part au présent appel) de déposer leurs conclusions sur les trois questions suivantes :

1. La nouvelle loi donne-t-elle compétence à un arbitre de grief pour décider si l'entente de règlement des parties est définitive et contraignante?
2. Dans l'affirmative, l'arbitre de grief a-t-il compétence pour entendre une allégation suivant laquelle une partie ne s'est pas conformée à l'entente de règlement définitive et contraignante?

3. In the event that an adjudicator has the jurisdiction to hear an allegation that a party is in non-compliance with a final and binding settlement agreement, does the adjudicator have the jurisdiction to make the order that the adjudicator considers appropriate in the circumstances?

[5] On the first question, the adjudicator found that he had not been asked to inquire into whether the settlement agreement was final and binding, or otherwise defective. The root issue revolved around the appellant's allegation that the deputy head had failed to comply with the terms of a final and binding MOA [memorandum of agreement] (adjudicator's reasons, at paragraphs 93 and 125). This understanding of the adjudicator is not contested. His answer to question 1 is unchallenged (see paragraph 35 ff., below).

[6] The adjudicator answered questions 2 and 3 favorably. He found that the subject-matter of the original grievance was a disciplinary suspension, which fell under subsection 209(1) of the Act. Moreover, the issue of non-compliance with the settlement arose in its essential character from the original grievance, which, he noted, had not been withdrawn by the appellant (adjudicator's reasons, at paragraphs 126 and 53). Therefore, contrary to the Judge, he concluded that he had jurisdiction to entertain the appellant's allegation of the deputy head's non-compliance with the settlement agreement and that he could make a remedial order. There was consequently no need for the appellant to file a new grievance under section 208. I will come back to the adjudicator's decision later in the course of my analysis.

Relevant Legislation

[7] Section 208 of the Act sets out the situations allowing for individual grievances while section 209 sets out the subject-matters that may be referred to adjudication. They read, in their relevant parts, as follows:

3. Dans l'éventualité où l'arbitre de grief a compétence pour entendre une allégation suivant laquelle une partie ne s'est pas conformée à l'entente de règlement définitive et contraignante, l'arbitre de grief a-t-il la compétence pour prononcer l'ordonnance qu'il juge indiquée dans les circonstances?

[5] Sur la première question, l'arbitre de grief a estimé qu'on ne lui avait pas demandé de vérifier si l'entente de règlement était définitive et contraignante ou si elle était par ailleurs viciée. La question de fond tournait autour de l'allégation de l'appelant suivant laquelle l'administrateur général n'avait pas respecté les modalités d'un protocole d'entente définitif et contraignant (motifs de l'arbitre de grief, aux paragraphes 93 et 125). Cette conclusion de l'arbitre de grief n'est pas contestée, pas plus que sa réponse à la première question (voir, plus loin, les paragraphes 35 et suivants).

[6] L'arbitre de grief a répondu par l'affirmative aux questions 2 et 3. Il a conclu que l'objet du grief initial était une suspension disciplinaire, une question qui relevait du paragraphe 209(1) de la Loi. De plus, la question du non-respect de l'entente de règlement découlait, dans son essence, du grief initial. L'arbitre a fait observer que l'appelant n'avait pas retiré ce grief (motifs de l'arbitre de grief, aux paragraphes 126 et 53). Par conséquent, contrairement au juge de première instance, l'arbitre a conclu qu'il avait compétence pour examiner l'allégation de l'appelant selon laquelle l'administrateur général n'avait pas respecté l'entente de règlement, ajoutant qu'il était également compétent pour accorder une réparation. Il n'était donc pas nécessaire que l'appelant dépose un nouveau grief en vertu de l'article 208. Je reviendrai sur la décision de l'arbitre plus loin dans mon analyse.

Les dispositions législatives applicables

[7] L'article 208 de la Loi énumère les cas dans lesquels il est possible de présenter un grief individuel, tandis que l'article 209 précise les questions qui peuvent être renvoyées à l'arbitrage. Voici les extraits pertinents de ces articles :

Right of employee	<p>208. (1) Subject to subsections (2) to (7), an employee is entitled to present an individual grievance if he or she feels aggrieved</p> <p>(a) by the interpretation or application, in respect of the employee, of</p> <p style="padding-left: 20px;">(i) a provision of a statute or regulation, or of a direction or other instrument made or issued by the employer, that deals with terms and conditions of employment, or</p> <p style="padding-left: 20px;">(ii) a provision of a collective agreement or an arbitral award; or</p> <p>(b) as a result of any occurrence or matter affecting his or her terms and conditions of employment.</p> <p style="text-align: center;">...</p>	<p>208. (1) Sous réserve des paragraphes (2) à (7), le fonctionnaire a le droit de présenter un grief individuel lorsqu'il s'estime lésé :</p> <p>a) par l'interprétation ou l'application à son égard :</p> <p style="padding-left: 20px;">(i) soit de toute disposition d'une loi ou d'un règlement, ou de toute directive ou de tout autre document de l'employeur concernant les conditions d'emploi,</p> <p style="padding-left: 20px;">(ii) soit de toute disposition d'une convention collective ou d'une décision arbitrale;</p> <p>b) par suite de tout fait portant atteinte à ses conditions d'emploi.</p> <p style="text-align: center;">[...]</p>	Droit du fonctionnaire
Reference to adjudication	<p>209. (1) An employee may refer to adjudication an individual grievance that has been presented up to and including the final level in the grievance process and that has not been dealt with to the employee's satisfaction if the grievance is related to</p> <p>(a) the interpretation or application in respect of the employee of a provision of a collective agreement or an arbitral award;</p> <p>(b) a disciplinary action resulting in termination, demotion, suspension or financial penalty;</p> <p>(c) in the case of an employee in the core public administration,</p> <p style="padding-left: 20px;">(i) demotion or termination under paragraph 12(1)(d) of the <i>Financial Administration Act</i> for unsatisfactory performance or under paragraph 12(1)(e) of that Act for any other reason that does not relate to a breach of discipline or misconduct, or</p> <p style="padding-left: 20px;">(ii) deployment under the <i>Public Service Employment Act</i> without the employee's consent where consent is required; or</p>	<p>209. (1) Après l'avoir porté jusqu'au dernier palier de la procédure applicable sans avoir obtenu satisfaction, le fonctionnaire peut renvoyer à l'arbitrage tout grief individuel portant sur :</p> <p>a) soit l'interprétation ou l'application, à son égard, de toute disposition d'une convention collective ou d'une décision arbitrale;</p> <p>b) soit une mesure disciplinaire entraînant le licenciement, la rétrogradation, la suspension ou une sanction pécuniaire;</p> <p>c) soit, s'il est un fonctionnaire de l'administration publique centrale :</p> <p style="padding-left: 20px;">(i) la rétrogradation ou le licenciement imposé sous le régime soit de l'alinéa 12(1)d) de la <i>Loi sur la gestion des finances publiques</i> pour rendement insuffisant, soit de l'alinéa 12(1)e) de cette loi pour toute raison autre que l'insuffisance du rendement, un manquement à la discipline ou une inconduite,</p> <p style="padding-left: 20px;">(ii) la mutation sous le régime de la <i>Loi sur l'emploi dans la fonction publique</i> sans son consentement alors que celui-ci était nécessaire;</p>	Renvoi d'un grief à l'arbitrage

(d) in the case of an employee of a separate agency designated under subsection (3), demotion or termination for any reason that does not relate to a breach of discipline or misconduct.

[8] Under the PSSRA [*Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35, repealed by S.C. 2003, c. 22, s. 285], section 92 [as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 68] dealt with references to adjudication. In its relevant parts, it read as follows:

Reference of grievance to adjudication

92. (1) Where an employee has presented a grievance, up to and including the final level in the grievance process, with respect to

(a) the interpretation or application in respect of the employee of a provision of a collective agreement or an arbitral award,

(b) in the case of an employee in a department or other portion of the public service of Canada specified in Part I of Schedule I or designated pursuant to subsection (4),

(i) disciplinary action resulting in suspension or a financial penalty, or

(ii) termination of employment or demotion pursuant to paragraph 11(2)(f) or (g) of the *Financial Administration Act*, or

(c) in the case of an employee not described in paragraph (b), disciplinary action resulting in termination of employment, suspension or a financial penalty,

and the grievance has not been dealt with to the satisfaction of the employee, the employee may, subject to subsection (2), refer the grievance to adjudication.

[9] Two other provisions are also of interest. Subsection 226(2) of the Act gives adjudicators the power to take the parties into mediation at any stage of a proceeding, without prejudice to their power to continue the adjudication “with respect to the issues that have not been resolved.” This power was not provided for in the PSSRA. Section 236 ousts the Court’s jurisdiction over disputes relating to employment:

d) soit la rétrogradation ou le licenciement imposé pour toute raison autre qu’un manquement à la discipline ou une inconduite, s’il est un fonctionnaire d’un organisme distinct désigné au titre du paragraphe (3).

[8] L’article 92 [mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 68] de l’ancienne loi [*Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35, abrogée par L.C. 2003, ch. 22, art. 285] traitait du renvoi à l’arbitrage. En voici les dispositions pertinentes :

92. (1) Après l’avoir porté jusqu’au dernier palier de la procédure applicable sans avoir obtenu satisfaction, un fonctionnaire peut renvoyer à l’arbitrage tout grief portant sur :

Renvoi d’un grief à l’arbitrage

a) l’interprétation ou l’application, à son endroit, d’une disposition d’une convention collective ou d’une décision arbitrale;

b) dans le cas d’un fonctionnaire d’un ministère ou secteur de l’administration publique fédérale spécifié à la partie I de l’annexe I ou désigné par décret pris au titre du paragraphe (4), soit une mesure disciplinaire entraînant la suspension ou une sanction pécuniaire, soit un licenciement ou une rétrogradation visé aux alinéas 11(2)f) ou g) de la *Loi sur la gestion des finances publiques*;

c) dans les autres cas, une mesure disciplinaire entraînant le licenciement, la suspension ou une sanction pécuniaire.

[9] Deux autres dispositions nous intéressent. Le paragraphe 226(2) de la Loi prévoit que l’arbitre de grief peut, à toute étape de l’instance, aider les parties à régler tout désaccord entre elles, sans qu’il soit porté atteinte à sa compétence à titre d’arbitre chargé de trancher « les questions qui n’auront pas été réglées ». Ce pouvoir n’était pas prévu dans l’ancienne loi. L’article 236 soustrait à la compétence de la Cour les différends liés à l’emploi :

	226. ...		226. [...]	
Power to mediate	(2) At any stage of a proceeding before an adjudicator, the adjudicator may, if the parties agree, assist the parties in resolving the difference at issue without prejudice to the power of the adjudicator to continue the adjudication with respect to the issues that have not been resolved.		(2) En tout état de cause, l'arbitre de grief peut, avec le consentement des parties, les aider à régler tout désaccord entre elles, sans qu'il soit porté atteinte à sa compétence à titre d'arbitre chargé de trancher les questions qui n'auront pas été réglées.	Médiation
	...		[...]	
Disputes relating to employment	236. (1) The right of an employee to seek redress by way of grievance for any dispute relating to his or her terms or conditions of employment is in lieu of any right of action that the employee may have in relation to any act or omission giving rise to the dispute.		236. (1) Le droit de recours du fonctionnaire par voie de grief relativement à tout différend lié à ses conditions d'emploi remplace ses droits d'action en justice relativement aux faits — actions ou omissions — à l'origine du différend.	Différend lié à l'emploi
Application	(2) Subsection (1) applies whether or not the employee avails himself or herself of the right to present a grievance in any particular case and whether or not the grievance could be referred to adjudication.		(2) Le paragraphe (1) s'applique que le fonctionnaire se prévale ou non de son droit de présenter un grief et qu'il soit possible ou non de soumettre le grief à l'arbitrage.	Application

The Judgment Below

[10] The Judge was of the view that “there is no substantial change between section 92 of the *PSSRA* and section 209 of the *PSLRA*” (reasons for judgment, at paragraph 39). As a result, there was no need to exclude case law interpreting the former, which taught that “the existence of a final and binding settlement agreement is a complete bar to an adjudicator’s jurisdiction” (reasons for judgment, at paragraph 28); see also *Macdonald v. Canada*, 1998 CanLII 8736 (F.C.T.D.); *Bhatia v. Treasury Board (Public Works Canada)*, [1989] C.P.S.S.R.B. No. 141 (QL) (*Bhatia*); *Fox v. Treasury Board (Immigration and Refugee Board)*, 2001 PSSRB 130; and *Bedok v. Treasury Board (Department of Human Resources Development)*, 2004 PSSRB 163 (*Bedok*).

[11] More specifically, the Judge wrote (at paragraph 40):

As noted by the parties at the hearing, other labour relations regimes allow the Adjudicator to retain jurisdiction over the grievance once a settlement is reached. However, this

Le jugement de première instance

[10] Le juge de première instance s’est dit d’avis qu’il n’y avait « pas de différence appréciable entre l’article 92 de l’ancienne loi et l’article 209 de la LRTFP » (motifs du jugement, au paragraphe 39). Il n’était donc pas nécessaire d’écarter la jurisprudence interprétant l’article 92 de l’ancienne loi, qui avait établi que « l’existence d’une entente définitive et exécutoire avait pour effet de retirer toute compétence à l’arbitre » (motifs du jugement, au paragraphe 28) (voir également *Macdonald c. Canada*, 1998 CanLII 8736 (C.F. 1^{re} inst.); *Bhatia c. Conseil du Trésor (Travaux publics Canada)*, [1989] C.R.T.F.P.C. n° 141 (QL) (*Bhatia*) ; *Fox c. Conseil du Trésor (Commission de l’Immigration et du statut de réfugié)*, 2001 CRTFP 130; et *Bedok c. Conseil du Trésor (Développement des ressources humaines Canada)*, 2004 CRTFP 163 (*Bedok*)).

[11] Plus précisément, le juge de première instance écrit (au paragraphe 40) :

Comme les parties l’ont fait remarquer à l’audience, d’autres régimes de relations de travail maintiennent la compétence de l’arbitre à l’égard du grief après la conclusion d’une entente.

has never been the case so far within the public service as procedures for the enforcement of employment rights and obligations differ in some respect from those of the private sector (*Vaughan v. Canada*, 2005 SCC 11, [2005] 1 S.C.R. 146). There is no clear indication that Parliament, in adopting the *PSLRA*, sought to change this.

[12] Although he accepted that subsection 226(2) and section 236 of the Act were new in relation to the PSSRA, the Judge nonetheless refused the appellant's suggestion that these provisions had the effect of extending the adjudicator's jurisdiction to disputes arising out of a MOA (reasons for judgment, at paragraphs 54 and 49). The Judge opined that the signing of a settlement agreement evidenced the parties' intention to abandon the procedure under section 209 of the Act "and thus depart from adjudication by taking the path of resolving their dispute through the MOA" (reasons for judgment, at paragraph 49). Since the parties' MOA fully settled their difference, there were no issues left to resolve in front of the adjudicator. Subsection 226(2) was not engaged. The Judge was of the view that the adjudicator's jurisdiction was not a function of whether or not the grievor withdrew his grievance (reasons for judgment, at paragraph 49).

[13] In any event, as stated earlier, the Judge noted that the appellant was not without recourse. Pursuant to section 208 of the Act, he could always file a new grievance related to the MOA and, if not satisfied with the outcome at the final level of the employer's internal grievance procedure, he could apply to the Federal Court for judicial review of that decision (reasons for judgment, at paragraph 55). The appellant takes particular issue with this conclusion noting that a grievance relating to a settlement agreement is not adjudicable under section 209 of the Act.

The Issues in Appeal

[14] The appellant states the issues as follows:

Cependant, cela n'a jamais été le cas jusqu'à maintenant au sein de la fonction publique, car les procédures visant à faire reconnaître les droits et obligations en matière d'emploi diffèrent quelque peu de celles du secteur privé (*Vaughan c. Canada*, 2005 CSC 11, [2005] 1 R.C.S. 146). Il n'apparaît pas évident que, par l'adoption de la LRTFP, le législateur ait voulu changer la situation.

[12] Tout en acceptant que le paragraphe 226(2) et l'article 236 de la Loi étaient de droit nouveau, le juge de première instance n'a pas admis l'idée avancée par l'appelant suivant laquelle ces dispositions avaient pour effet d'étendre la compétence de l'arbitre aux différends découlant d'un protocole d'entente (motifs du jugement, aux paragraphes 54 et 49). Le juge de première instance s'est dit d'avis que la signature d'un protocole attestait l'intention commune des parties d'abandonner la procédure introduite en vertu de l'article 209 de la Loi « et donc de mettre fin à l'arbitrage en choisissant de régler leur différend au moyen du protocole » (motifs du jugement, au paragraphe 49). Comme le protocole d'entente avait mis fin au différend entre les parties, il n'y avait plus de questions à résoudre devant l'arbitre. Le paragraphe 226(2) n'entraînait pas en jeu. Le juge de première instance s'est dit d'avis que la compétence de l'arbitre ne dépendait pas de savoir si le plaignant avait ou non retiré son grief (motifs du jugement, au paragraphe 49).

[13] Quoi qu'il en soit, comme je l'ai déjà signalé, le juge de première instance a fait observer que l'appelant n'était pas sans recours puisqu'il pouvait, en vertu de l'article 208 de la Loi, déposer un nouveau grief se rapportant au protocole et que, s'il n'était pas satisfait de l'issue du grief au dernier palier de la procédure interne de règlement des griefs prévue par l'employeur, il pouvait saisir la Cour d'une demande de contrôle judiciaire de cette décision (motifs du jugement, au paragraphe 55). L'appelant s'oppose tout particulièrement à cette conclusion en faisant observer qu'un grief portant sur une entente de règlement n'est pas admissible à l'arbitrage aux termes de l'article 209 de la Loi.

Les questions en litige dans le présent appel

[14] Voici, selon l'appelant, les questions en litige :

(1) What is the appropriate standard of review?

(2) Did the adjudicator err in concluding that he maintained jurisdiction to enforce settlement agreements entered into in respect of adjudicable grievances?

[15] I hasten to add that at the hearing of this appeal, the appellant made it clear that his second question was not as broad as it reads. Specifically, the appellant argues that the adjudicator was right to conclude that he had jurisdiction over the enforcement of the settlement agreement since the appellant's grievance had never been withdrawn. While the Judge was of the opinion that the withdrawal of the grievance had no impact on the adjudicator's jurisdiction, the appellant invites us to limit our analysis to these particular circumstances. I accept his invitation for the following reasons.

[16] First, the factual matrix of a case is a determinative factor in assessing a decision maker's jurisdiction. Second, this event was material to the adjudicator's analysis. It allowed him to distinguish the facts of the present case from those of *Maiangowi v. Treasury Board (Department of Health)*, 2008 PSLRB 6 (*Maiangowi*) as he was not called, contrary to *Maiangowi*, to declare himself without jurisdiction for the reason that "... [t]here is simply no longer any grievance before the adjudicator..." (adjudicator's reasons, at paragraph 53).

[17] Third, the non-withdrawal of the grievance cannot be seen as an exceptional occurrence, a rare omission that will never be seen again. In front of the adjudicator, it had been submitted by the Public Service Alliance of Canada (PSAC) that as a term in the majority of settlement agreements to which it is a party, grievances over which the Board has primary jurisdiction are not deemed withdrawn until the settlement agreement is fully implemented (annex to adjudicator's reasons, at page 41, paragraph 37).

1) Quelle est la norme de contrôle applicable?

2) L'arbitre de grief a-t-il commis une erreur en concluant qu'il demeurait compétent pour sanctionner le non-respect d'une entente de règlement conclue relativement à un grief arbitral?

[15] Je m'empresse d'ajouter que, lors de l'instruction du présent appel, l'appelant a bien précisé que sa seconde question n'avait pas une portée aussi large que ce que son libellé pouvait laisser croire. L'appelant affirme plus particulièrement que c'est à raison que l'arbitre de grief a conclu qu'il était compétent pour sanctionner le non-respect de l'entente de règlement étant donné que l'appelant n'avait jamais retiré son grief. Bien que le juge de première instance se soit dit d'avis que le retrait du grief n'avait eu aucune incidence sur la compétence de l'arbitre de grief, l'appelant invite la Cour à limiter son analyse aux faits particuliers de l'espèce. J'accepte son invitation et ce, pour les raisons suivantes.

[16] En premier lieu, le contexte factuel d'une affaire donnée joue un rôle déterminant lorsqu'il s'agit de définir la compétence de l'autorité chargée de rendre la décision. En second lieu, dans son analyse, l'arbitre de grief a tenu compte des faits, ce qui lui a permis de distinguer entre les faits de la présente espèce et ceux de l'affaire *Maiangowi c. Conseil du Trésor (ministère de la Santé)*, 2008 CRTFP 6 (*Maiangowi*), étant donné que, contrairement à ce qui était le cas dans l'affaire *Maiangowi*, l'arbitre de grief n'avait pas à se « déclarer inhabile pour entendre le grief parce qu'[il] "[...] n'en est tout simplement plus saisi [...]" » (motifs de l'arbitre de grief, au paragraphe 53).

[17] En troisième lieu, le fait que le grief n'a pas été retiré ne saurait être considéré comme un fait exceptionnel ou comme une rare omission qui ne se reproduira plus jamais. Devant l'arbitre de grief, l'Alliance de la Fonction publique du Canada (l'AFPC) soutenait que la plupart des ententes de règlement auxquelles elle était partie prévoient que les griefs à l'égard desquels la Commission exerce sa compétence principale ne sont pas considérés comme ayant été retirés tant que l'entente de règlement n'a pas été entièrement mise à exécution (annexe des motifs de l'arbitre de grief, à la page 41, paragraphe 37).

[18] PSAC had also argued that the Board's own practice was that grievances that have been settled "*remain active within the Board's registry operations until such time as a settlement is confirmed as implemented and the grievance is withdrawn*" [emphasis in original]. Then the Board's file is closed (annex to adjudicator's reasons, at page 41, paragraph 38).

[19] These allegations are consistent with the facts of the present case. The adjudicator explained at paragraphs 7 and 8 of his reasons that as he learned of the full settlement between the parties, on May 2, 2007, "I reminded the counsel for the grievor that, in the circumstances of a settlement achieved through mediation, the practice under the new *Act* was to request the grievor to notify formally the [Board's] Registry that he has withdrawn his grievance" (adjudicator's reasons, at paragraph 7).

[20] Several months later, on 6 September 2007, the Registry inquired about the status of the matter, as the Board's record contained no written withdrawal of the grievance (see adjudicator's reasons, at paragraph 8).

[21] It is safe to conclude from this that grievance files are not automatically closed at the Registry when parties reach a settlement through mediation. It takes a positive step from the grievor to achieve that result.

[22] There might be, in the future, circumstances warranting a different analysis. For the time being, I am interested in the situation of the appellant, who never withdrew his grievance. Thus, in so far as the adjudicator's findings could be understood as engaging both scenarios (these being that the grievance has been (1) withdrawn, or (2) not withdrawn), my analysis of his reasons and ultimate conclusion to uphold his decision only apply to the appellant's circumstances.

[18] L'AFPC soutenait aussi que la Commission confirmait elle-même cet usage par sa pratique, en ce sens que les griefs qui ont été réglés « *demeurent actifs au sein des opérations du greffe de la Commission tant que la mise en application du règlement n'a pas été confirmée et que le grief n'a pas été retiré* » [en italique dans l'original]. Ce n'est qu'alors que le dossier de la Commission est fermé (annexe des motifs de l'arbitre de grief, à la page 41, paragraphe 38).

[19] Ces allégations s'accordent avec les faits de la présente affaire. L'arbitre de grief explique, aux paragraphes 7 et 8 de ses motifs, qu'après avoir appris, le 2 mai 2007, que les parties avaient conclu et signé un règlement complet, il avait « rappelé à l'avocat du fonctionnaire s'estimant lésé que, lorsqu'un règlement est conclu par voie de médiation, la pratique développée sous la nouvelle *Loi* veut que le fonctionnaire s'estimant lésé avise officiellement le greffe de la [Commission] qu'il a retiré son grief » (motifs de l'arbitre de grief, au paragraphe 7).

[20] Quelques mois plus tard, le 6 septembre 2007, le greffe a demandé à l'appelant de faire le point sur l'affaire, étant donné qu'aucun retrait écrit du grief ne figurait au dossier de la Commission (motifs de l'arbitre de grief, au paragraphe 8).

[21] On peut sans risque de se tromper en déduire que le greffe ne ferme pas automatiquement les dossiers de griefs lorsque les parties en arrivent à un règlement par suite d'une médiation. Il faut une démarche concrète de l'auteur du grief pour arriver à ce résultat.

[22] Il pourrait à l'avenir se présenter des situations qui justifieraient une analyse différente. Pour le moment, je m'en tiens à la situation de l'appelant, qui n'a jamais retiré son grief. Ainsi, dès lors que les conclusions de l'arbitre de grief pourraient être interprétées comme faisant intervenir les deux scénarios possibles — à savoir 1) soit que le grief a été retiré, 2) soit qu'il n'a pas été retiré —, mon analyse de ses motifs et ma décision de confirmer en définitive sa décision ne vaut que pour l'appelant.

Analysis

(a) The Standard of Review

[23] The role of this Court in an appeal of an application for judicial review is to determine first whether the reviewing judge identified the correct standard of review, and second whether he applied this standard correctly (*Canada Post Corp. v. Public Service Alliance of Canada*, 2010 FCA 56, [2011] 2 F.C.R. 221, at paragraph 84).

[24] The Judge found the issue of the adjudicator's power to decide the matter to be a true jurisdictional question, "requiring the interpretation of specific provisions of the *PSLRA*" (reasons for judgment, at paragraphs 25 and 26). On that basis, he applied the standard of correctness to his review of the adjudicator's decision. I disagree with the Judge's characterization of the issue for the reasons given by our Court in *Public Service Alliance of Canada v. Canadian Federal Pilots Assn.*, 2009 FCA 223, [2010] 3 F.C.R. 219 (*Pilots*).

[25] This case dealt with the Board's power under section 58 of the Act and, more precisely, its authority to allocate an employee to a bargaining unit comprising an occupational group from which he or she was specifically excluded (reasons for judgment, at paragraph 30). Writing for a unanimous panel on this particular issue (Pelletier J.A. dissenting on the disposition of the application for judicial review), Evans J.A. wrote (at paragraph 39):

I well appreciate why correctness is the appropriate standard of review for the interpretation of a statutory provision which demarcates the authority of competing different administrative regimes: *Dunsmuir*, at paragraph 61. However, I can see no justification in contemporary approaches to the roles of specialist tribunals and generalist courts in administrative law for characterizing as a "jurisdictional issue", and thus reviewable on a standard of correctness, the interpretation of other provisions in a tribunal's enabling statute that do not raise a "question of law that is of 'central importance to the

L'analyse

a) La norme de contrôle

[23] Lorsque notre Cour statue sur l'appel d'une décision rendue à la suite d'une demande de contrôle judiciaire, sa tâche consiste à déterminer si le juge qui était saisi de la demande de contrôle judiciaire a défini la bonne norme de contrôle et, en second lieu, s'il l'a appliquée correctement (*Société canadienne des postes c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, 2010 CAF 56, [2011] 2 R.C.F. 221, au paragraphe 84).

[24] Le juge de première instance a conclu que la question de la compétence de l'arbitre de grief pour examiner la question constituait une véritable question de compétence « qui requiert l'interprétation de dispositions précises de la LRTFP » (motifs du jugement, aux paragraphes 25 et 26). Il a par conséquent appliqué la décision correcte comme norme de contrôle de la décision de l'arbitre de grief. Je me dissocie de la façon dont le juge de première instance a qualifié la question pour les motifs exposés par notre Cour dans l'arrêt *Alliance de la Fonction publique du Canada c. Assoc. des pilotes fédéraux du Canada*, 2009 CAF 223, [2010] 3 R.C.F. 219 (*Pilotes*).

[25] L'affaire *Pilotes* concernait le pouvoir que l'article 58 de la Loi confère à la Commission, et plus précisément son pouvoir d'inclure un employé dans une unité de négociation constituée d'un groupe professionnel dont il est expressément exclu (motifs du jugement, au paragraphe 30). S'exprimant au nom d'une formation unanime sur ce point précis (le juge Pelletier étant dissident quant à la suite à donner à la demande de contrôle judiciaire), le juge Evans écrit (au paragraphe 39) :

Je vois bien pourquoi il convient d'appliquer la norme de la décision correcte à l'interprétation de dispositions législatives qui distinguent les compétences respectives afférentes à différents régimes administratifs (*Dunsmuir*, au paragraphe 61), mais je ne puis trouver dans les approches contemporaines du droit administratif relatives au rôle des tribunaux spécialisés et des cours de justice généralistes un raisonnement justifiant de considérer comme une « question de compétence » à laquelle s'applique, conséquemment, la norme de la décision correcte, l'interprétation d'autres dispositions de lois habilitantes ne

legal system ... and outside the ... specialized area of expertise' of the administrative decision maker" (*Dunsmuir*, at paragraph 55).

[26] The judgment in *Pilots* was issued several months before the hearing taking place in front of the Judge. It seems, however, that none of the parties brought this judgment to his attention. Had they done so, I am convinced that the Judge would have turned his mind to it, and more particularly to paragraphs 50 through 52:

To conclude, in order to establish that the Board has exceeded its jurisdiction by misinterpreting a provision in its enabling statute, which neither raises a question of law of central importance to the legal system nor demarcates its authority *vis-à-vis* another tribunal, an applicant must demonstrate that the Board's interpretation was unreasonable.

The only qualification that I would add is that the tribunal must have the legal authority to interpret and apply the disputed provision of its enabling legislation. However, administrative tribunals performing adjudicative functions, such as the Board, normally have explicit or implied authority to decide all questions of law, including the interpretation of its enabling statute, necessary for disposing of the matter before it: *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin; Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504, at paragraphs 40–41.

In my view, it is too late in the development of administrative law in Canada for an applicant to invoke the ghost of jurisdiction past to inveigle the Court into reviewing for correctness a tribunal's interpretation of a provision in its enabling statute, without subjecting it to a standard of review analysis. It would, in my view, make no sense to apply a correctness standard when the tribunal has the authority to interpret and apply the provision to the facts, and a standard of review analysis indicates that the legislature intended the tribunal's interpretation to be reviewed only for unreasonableness.

[27] This being said, no one contests that the adjudicator had the legal authority to interpret his home statute in order to answer the disputed questions. The answers he gave to these questions brought the parties to the

soulevant pas de « question de droit [...] qui revêt "une importance capitale pour le système juridique [et qui est] étrangère au domaine d'expertise" du décideur administratif » (*Dunsmuir*, au paragraphe 55).

[26] L'affaire *Pilotes* a été rendu quelques mois avant l'audience présidée par le juge de première instance dans la présente affaire. Il semble toutefois qu'aucune des parties n'ait porté cette décision à l'attention du juge. Je suis convaincue que, si elles l'avaient fait, le juge en aurait tenu compte, et qu'il aurait particulièrement considéré les paragraphes 50, 51 et 52 :

En conclusion, pour établir que la Commission a outrepassé sa compétence en interprétant erronément une disposition de sa loi habilitante ne soulevant pas de question de droit d'une importance capitale pour le système juridique ou ne délimitant pas ses pouvoirs par rapport à ceux d'un autre tribunal, un demandeur doit démontrer que l'interprétation était déraisonnable.

La seule réserve que j'apporterais est que le tribunal administratif doit être légalement investi du pouvoir d'interpréter et appliquer la disposition contestée de sa loi habilitante. Toutefois, les tribunaux administratifs exerçant une fonction juridictionnelle, comme la Commission, jouissent habituellement du pouvoir explicite ou implicite de statuer sur toute question de droit qui doit être tranchée pour rendre décision dans l'affaire dont ils sont saisis, y compris sur l'interprétation de leur loi habilitante : *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin; Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504, aux paragraphes 40 et 41.

À ce stade de l'évolution du droit administratif canadien, il est trop tard, à mon avis, pour invoquer le fantôme des questions de compétences passées afin d'amener la Cour à appliquer la norme de la décision correcte à l'interprétation par un tribunal administratif d'une disposition de sa loi habilitante, sans procéder à une analyse de la norme applicable. L'application de cette norme serait illogique à mon sens lorsque le tribunal administratif dispose du pouvoir d'interpréter la disposition et de l'appliquer aux faits et que l'analyse relative à la norme de contrôle indique que le législateur voulait que le contrôle judiciaire d'une telle interprétation se fasse suivant la norme de la décision raisonnable.

[27] Ceci étant dit, nul ne conteste que la loi accorde à l'arbitre de grief le pouvoir d'interpréter sa loi constitutive pour répondre aux questions en litige. Les réponses qu'il a données à ces questions ont amené les

Federal Court. So what is the standard of review applicable to the adjudicator's interpretation of section 209?

[28] Since the parties did not direct us to any previous authority on this issue, a standard of review analysis is required. This is a contextual analysis, which is dependent on the application of a number of relevant factors, including (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 64):

(1) the presence or absence of a privative clause; (2) the purpose of the tribunal as determined by interpretation of enabling legislation; (3) the nature of the question at issue, and; (4) the expertise of the tribunal. In many cases, it will not be necessary to consider all of the factors, as some of them may be determinative in the application of the reasonableness standard in a specific case.

[29] First, section 233 of the Act contains a strong privative clause where a decision of an adjudicator is involved:

Decisions not to be reviewed by court

233. (1) Every decision of an adjudicator is final and may not be questioned or reviewed in any court.

No review by *certiorari*, etc.

(2) No order may be made, process entered or proceeding taken in any court, whether by way of injunction, *certiorari*, prohibition, *quo warranto* or otherwise, to question, review, prohibit or restrain an adjudicator in any of the adjudicator's proceedings under this Part.

[30] Second, the broader aim of the Act is to provide an expert regime for the determination of labour disputes, and to facilitate their resolution expeditiously, inexpensively, and with little formality (*Dunsmuir*, at paragraph 68):

The nature of the regime also favours the standard of reasonableness. This Court has often recognized the relative expertise of labour arbitrators in the interpretation of collective agreements, and counselled that the review of their decisions should be approached with deference: *CUPE*, at pp. 235-36; *Canada Safeway Ltd. v. RWDSU, Local 454*, [1998] 1 S.C.R. 1079, at para. 58; *Voice Construction*, at para. 22. The adjudicator in this case was, in fact, interpreting his enabling statute. Although the adjudicator was appointed on an *ad hoc* basis, he

parties devant la Cour fédérale. Quelle est donc la norme de contrôle applicable à l'interprétation que l'arbitre de grief a donnée de l'article 209?

[28] Comme les parties n'ont cité aucun précédent sur la question, il est nécessaire de procéder à une analyse de la norme de contrôle. Il s'agit d'une analyse contextuelle, dont l'issue dépend de l'application d'un certain nombre de facteurs, dont les suivants (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, au paragraphe 64) :

(1) l'existence ou l'inexistence d'une clause privative, (2) la raison d'être du tribunal administratif suivant l'interprétation de sa loi habilitante, (3) la nature de la question en cause et (4) l'expertise du tribunal administratif. Dans bien des cas, il n'est pas nécessaire de tenir compte de tous les facteurs, car certains d'entre eux peuvent, dans une affaire donnée, déterminer l'application de la norme de la décision raisonnable.

[29] Premièrement, l'article 233 de la Loi prévoit une clause privative rigoureuse en ce qui concerne les décisions des arbitres de grief :

233. (1) La décision de l'arbitre de grief est définitive et ne peut être ni contestée ni révisée par voie judiciaire.

Caractère définitif des décisions

(2) Il n'est admis aucun recours ni aucune décision judiciaire — notamment par voie d'injonction, de *certiorari*, de prohibition ou de *quo warranto* — visant à contester, réviser, empêcher ou limiter l'action de l'arbitre de grief exercée dans le cadre de la présente partie.

Interdiction de recours extraordinaires

[30] Deuxièmement, la Loi a comme objectif plus général de prévoir un régime dans le cadre duquel des experts statuent sur les conflits de travail et de faciliter le règlement rapide de ces conflits, à peu de frais et avec moins de formalités (*Dunsmuir*, au paragraphe 68) :

La nature du régime est également compatible avec l'application de cette norme. La Cour a maintes fois reconnu l'expertise relative de l'arbitre dans l'interprétation d'une convention collective et préconisé le respect de sa décision à cet égard : *SCFP*, p. 235-236; *Canada Safeway Ltd. c. SDGMR, section locale 454*, [1998] 1 R.C.S. 1079, par. 58; *Voice Construction*, par. 22. En l'espèce, l'arbitre a en fait interprété sa loi habilitante. Il a certes été nommé pour régler le différend, mais les parties l'ont choisi de concert. En outre, sur le plan

was selected by the mutual agreement of the parties and, at an institutional level, adjudicators acting under the *PSLRA* can be presumed to hold relative expertise in the interpretation of the legislation that gives them their mandate, as well as related legislation that they might often encounter in the course of their functions. See *Alberta Union of Provincial Employees v. Lethbridge Community College*. This factor also suggests a reasonableness standard of review.

[31] The preamble of the Act confirms this view of the regime. The Act establishes a time- and cost-effective method of resolving employment disputes in a fair and credible way, away from the judicial arena.

[32] Third, the respondent does not contest that the question in dispute neither involves a question of central importance to the legal system nor falls outside the adjudicator's specialized area of expertise (*Dunsmuir*, at paragraph 55). Fourth, the adjudicator is an independent decision maker with specialized jurisdiction in labour relations within the federal public service. The questions at issue, in light of the broad objects of the Act and the specific mandate given to the Board, under section 13 of the Act, to provide the parties with mediation services "in relation to grievances" (see paragraph 15(c) of the Act), fall within the scope of his jurisdiction.

[33] On that basis, I am of the view that the adjudicator's decision is entitled to deference. His decision is therefore reviewable on a standard of reasonableness.

[34] Having so concluded, I now turn to the crux of the matter: the adjudicator's authority to entertain the appellant's request to hear his complaint about the employer's breach of contract and to order an appropriate remedy. My analysis will, more or less, follow the path taken by the adjudicator. I will now deal with the first question formulated by the adjudicator. Then I will turn to the features of the new Act and to questions 2 and 3 (see paragraph 4, above).

institutionnel, on peut présumer que les arbitres nommés en vertu de la *LRTSP* possèdent une expertise relative dans l'interprétation de la loi dont ils tiennent leur mandat ainsi que des dispositions législatives connexes qu'ils sont souvent appelés à appliquer dans l'exercice de leurs fonctions. Voir l'arrêt *Alberta Union of Provincial Employees c. Lethbridge Community College*. Ce facteur milite aussi en faveur de la norme de la raisonabilité.

[31] Le préambule de la Loi confirme cette conception du régime. La Loi prévoit une méthode qui permet de gagner du temps et de limiter les coûts et de résoudre les conflits de travail de façon juste, crédible et efficace sans porter le débat devant les tribunaux.

[32] Troisièmement, l'intimé ne disconvient pas que la question en litige ne revêt pas une importance capitale pour le système juridique et qu'elle n'est pas étrangère au domaine d'expertise de l'arbitre de grief (*Dunsmuir*, au paragraphe 55). Quatrièmement, l'arbitre de grief est un décideur indépendant qui possède une compétence spécialisée en matière de relations de travail dans la fonction publique fédérale. Compte tenu des objectifs généraux de la Loi et du mandat spécifique que l'article 13 de la Loi confie à la Commission, en l'occurrence celui d'offrir aux parties des services de médiation « relatifs aux griefs » (voir l'alinéa 15c) de la Loi), les questions en litige relèvent de la compétence de l'arbitre de grief.

[33] J'estime pour cette raison qu'il y a lieu de faire preuve de déférence envers la décision de l'arbitre de grief. C'est par conséquent la norme de contrôle de la décision raisonnable qui s'applique à la décision de l'arbitre.

[34] Ayant tiré cette conclusion, je passe maintenant au nœud du litige, en l'occurrence le pouvoir de l'arbitre de grief de connaître de la demande formulée par l'appelant en vue de faire examiner par l'arbitre de grief sa plainte au sujet de la violation de contrat qu'il reproche à l'employeur et le pouvoir de l'arbitre d'ordonner la réparation qui convient. Mon analyse s'inspire donc en gros de la démarche suivie par l'arbitre de grief. J'examinerai maintenant la première question formulée par l'arbitre de grief et m'arrêterai ensuite aux caractéristiques de la nouvelle loi ainsi qu'aux deuxième et troisième questions (voir le paragraphe 4, précité).

(b) Question 1: Final and Binding Settlement Agreements

[35] Where in the case of an individual grievance referred to adjudication in relation to a disciplinary action resulting in suspension, the parties have entered into a settlement agreement, does an adjudicator have jurisdiction under the new Act to determine whether the parties' settlement agreement is final and binding? The adjudicator said yes, and I agree (adjudicator's reasons, at paragraph 88).

[36] It is common ground that under the new Act, adjudicators retained the authority to determine whether a final and binding settlement agreement exists between the parties (*Bedok*), or whether it ought to be set aside for unconscionability, duress or undue influence (*Nash v. Treasury Board (Correctional Service of Canada)*, 2007 PSLRB 98, 166 L.A.C. (4th) 269; *Van de Mosselaer v. Treasury Board (Department of Transport)*, 2006 PSLRB 59; *MacDonald and Treasury Board (Department of National Defence)*, [1985] C.P.S.S.R.B. No. 266 (QL)). As the parties in this case agree that their MOA constitutes a final and binding agreement, the adjudicator did not have to rule on the qualities of their settlement agreement. Under these circumstances, there is no doubt that the adjudicator's answer to question 1 is reasonable.

[37] However, under the former Act it had also been decided that the role of adjudicators was limited to subject matters explicitly set out in subsection 92(1) of the Act. They were held to retain no jurisdiction over the implementation of a settlement agreement (*Bhatia; Treasury Board and Deom*, [1985] C.P.S.S.R.B. No. 150 (QL)). Therefore, a party alleging non-compliance with a settlement agreement could only seek redress by filing a new grievance (pursuant to section 91 [of the former Act]), and by subsequently seeking judicial review of that decision in civil courts, the remedy proposed by the Judge in this instance.

b) Première question : Ententes de règlement définitives et contraignantes

[35] Lorsque les parties ont conclu une entente de règlement à l'égard d'un grief individuel renvoyé à l'arbitrage à l'encontre d'une mesure disciplinaire entraînant une suspension, la nouvelle loi donne-t-elle compétence à l'arbitre de grief pour décider si l'entente de règlement des parties est définitive et contraignante? L'arbitre de grief a répondu par l'affirmative à cette question et je suis du même avis (motifs de l'arbitre de grief, au paragraphe 88).

[36] Il est acquis aux débats que, sous le régime de la nouvelle loi, les arbitres de grief conservent le pouvoir de déterminer s'il existe une entente de règlement définitive et contraignante entre les parties (*Bedok*) ou si cette entente devrait être annulée parce qu'elle est inique ou qu'elle a été signée sous la contrainte ou par suite d'un abus d'influence (*Nash c. Conseil du Trésor (Service correctionnel du Canada)*, 2007 CRTFP 98; *Van de Mosselaer c. Conseil du Trésor (ministère des Transports)*, 2006 CRTFP 59; *MacDonald et le Conseil du Trésor (ministère de la Défense nationale)*, [1985] R.T.F.P.C. n° 266 (QL)). Comme les parties sont d'accord en l'espèce pour dire que leur protocole d'entente constitue une entente définitive et contraignante, l'arbitre de grief n'avait pas à statuer sur les qualités de leur entente de règlement. Dans ces conditions, il n'y a aucun doute que la réponse de l'arbitre de grief à la première question est raisonnable.

[37] Toutefois, sous le régime de l'ancienne loi, il a également été jugé que le rôle des arbitres se limitait aux matières explicitement énumérées au paragraphe 92(1) de la Loi et que les arbitres n'avaient pas compétence au sujet de la mise à exécution des ententes de règlement (*Bhatia; Le Conseil du Trésor et Déom*, [1985] R.T.F.P.C. n° 150 (QL)). La partie qui affirme que l'entente de règlement n'a pas été respectée ne pourrait donc obtenir réparation qu'en déposant un nouveau grief (en vertu de l'article 91 [de l'ancienne loi]) et en demandant ensuite le contrôle judiciaire de cette décision devant les tribunaux civils, comme le juge de première instance l'a proposé en l'espèce.

[38] This issue of *where* a party alleging non-compliance with a settlement agreement can seek redress under the new Act is the core of the parties' dispute and the subject of question 2.

(c) Question 2: Enforcement of Settlement Agreements

[39] Faced with a request that the appellant's grievance be heard on the merits, the adjudicator had to decide whether the new Act could admit of a different answer on the subject of non-compliance and, should this be the case, whether he could make a remedial order. Before turning specifically to these questions, he sought to compare the legislative framework of the Act to that of the PSSRA, identifying, in the former, three distinguishing features: the addition of a preamble; the adjudicator's power to assist the parties in mediation under section 226; and the inclusion of subsection 236(1).

[40] His discussion on these elements allowed him to posit the general structure on which he would rest his final conclusions on the remaining two questions. At paragraph 86 of his reasons, he wrote:

- I must give the provisions of the new *Act* "... fair, large and liberal construction and interpretation ..." consistent with the objects of the *Act*...

- A cornerstone of the new *Act* is its emphasis on the voluntary resolution of disputes through mediation....

- Given subsection 236(1) of the new *Act* ... Part 2 of the new *Act* must be viewed as the exclusive and comprehensive regime for the resolution of disputes that proceed "... by way of grievance ...".

[41] As I explain below, in my view these three preliminary statements by the adjudicator are unassailable.

[38] La question de savoir *à qui* la partie qui soutient que l'entente de règlement n'a pas été respectée peut s'adresser pour obtenir réparation sous le régime de la nouvelle loi est le nœud du litige qui oppose les parties et elle fait l'objet de la deuxième question.

(c) Deuxième question : Sanctions en cas de non-respect d'une entente de règlement

[39] Pour répondre à la demande qui lui était faite de statuer sur le fond du grief de l'appelant, l'arbitre de grief devait décider si la nouvelle loi pouvait admettre une réponse différente en ce qui concerne le non-respect et, dans l'affirmative, s'il pouvait accorder une réparation. Avant d'examiner précisément ces questions, l'arbitre a tenté de comparer le cadre législatif de la nouvelle loi avec celui de l'ancienne loi, signalant que la nouvelle loi possédait notamment les trois caractéristiques distinctives suivantes : l'ajout d'un préambule, le pouvoir que l'article 226 confère à l'arbitre de grief d'aider les parties qui prennent part à la médiation et, enfin, l'inclusion du paragraphe 236(1).

[40] L'analyse que l'arbitre a faite de ces éléments lui a permis de poser les assises générales sur lesquelles il devait faire reposer ses conclusions finales sur les deux dernières questions. Voici ce qu'il écrit au paragraphe 86 de ses motifs :

- Je dois faire en sorte que les dispositions de la nouvelle *Loi* « [...] s'interprète[nt] de la manière la plus équitable et la plus large [...] » qui soit conforme avec [les objets de la Loi] [...].

- L'une des pierres d'assise de la nouvelle *Loi* est l'accent qu'elle met sur le règlement volontaire de différends par la médiation [...]

- Compte tenu du paragraphe 236(1) de la nouvelle *Loi* [...] la partie 2 de la nouvelle *Loi* doit être considérée comme un régime exclusif et complet de règlement des différends qui procède « [...] par voie de grief [...] ».

[41] Ainsi que je l'explique plus loin, j'estime que ces affirmations préliminaires de l'arbitre de grief sont inattaquables.

[42] The first statement deals with a well-established principle of interpretation (Elmer Driedger, *The Construction of Statutes*, 2nd ed. (Toronto: Butterworths, 1983), at page 87, cited in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paragraph 21):

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

[43] The respondent contends that since the wording of the provisions dealing with adjudication (subsection 92(1) of the PSSRA and subsection 209(1) of the new Act) remained the same, they must be given the same meaning. I disagree with this restrictive approach. As pointed out by Sullivan, “before interpreters can pronounce on the clarity of the words to be interpreted, they must look at the entire context in which the words appear” (Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. (Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2008), at page 16). Justice Bastarache also wrote in *ATCO Gas and Pipeline Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140, at paragraph 48:

This Court has stated on numerous occasions that the grammatical and ordinary sense of a section is not determinative and does not constitute the end of the inquiry. The Court is obliged to consider the total context of the provisions to be interpreted, no matter how plain the disposition may seem upon initial reading.... [Emphasis added.]

[44] Every statute should be interpreted liberally in such a manner as to best ensure the attainment of its objects. The purpose of a preamble is to assist in explaining the Act’s “purport and object”(see section 13 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21). Alive to this preamble, the adjudicator concluded [at paragraph 63] that his task was to interpret the Act in a manner which promotes “... collaborative efforts between the parties ...” to support the “... fair, credible and efficient resolution of matters ...” and to encourage “... mutual respect and harmonious labour-management relations ...”. I agree that this was exactly his task.

[42] La première affirmation évoque un principe d’interprétation bien établi (Elmer Driedger, *The Construction of Statutes*, 2^e éd. (Toronto : Butterworths, 1983), à la page 87, cité dans l’arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au paragraphe 21) :

[TRADUCTION] Aujourd’hui il n’y a qu’un seul principe ou solution : il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur.

[43] L’intimé affirme que, comme le libellé des dispositions relatives à l’arbitrage (paragraphe 92(1) de l’ancienne loi et paragraphe 209(1) de la nouvelle loi) n’a pas changé, il convient de donner le même sens à ces dispositions. Je ne souscris pas à cette démarche restrictive. Ainsi que le souligne Sullivan : [TRADUCTION] « avant de pouvoir se prononcer sur la clarté des mots à interpréter, les interprètes doivent tenir compte du contexte global dans le cadre duquel ces mots s’inscrivent » (Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5^e éd. (Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2008), à la page 16). Le juge Bastarache écrit par ailleurs ce qui suit dans l’arrêt *ATCO Gas and Pipeline Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140, au paragraphe 48 :

Notre Cour a affirmé maintes fois que le sens grammatical et ordinaire d’une disposition n’est pas déterminant et ne met pas fin à l’analyse. Il faut tenir compte du contexte global de la disposition, même si, à première vue, le sens de son libellé peut paraître évident [...] [Non souligné dans l’original.]

[44] Toute loi s’interprète de la façon la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet. Le préambule constitue l’exposé des « motifs » de la Loi (voir l’article 13 de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21). Conscient de l’existence de ce préambule, l’arbitre de grief a estimé [au paragraphe 63] qu’il était de son devoir de faire en sorte que la nouvelle loi « “[...] s’interprète de la manière la plus équitable et la plus large [...]” qui soit conforme avec la promotion de “[...] la collaboration [entre les parties] [...]” tout en contribuant “[...] à résoudre de façon juste, crédible et efficace les problèmes [...]” et en encourageant le “[...]

[45] In his second statement, the adjudicator acknowledged the Act's emphasis on procedures promoting the voluntary resolution of disputes, particularly through mediation. I agree with him that an essential component of the mediation process is the implementation and enforceability of a settlement agreement (adjudicator's reasons, at paragraph 67):

In the absence of a reasonable expectation of enforceability, the various processes mandated by the new *Act* to facilitate voluntary settlements may have little prospect of contributing to the attainment of the objects of the new *Act* as identified by the legislator.

[46] With his third statement, the adjudicator took the position that section 236, for which there was no equivalent in the PSSRA, confirms that Part 2 of the Act provides an exclusive and comprehensive regime for resolving grievances. The parties agree that section 236 ousts the jurisdiction of courts with respect to matters that can proceed by way of grievance under Part 2 of the Act (sections 206 through 238). However, they differ on the question of whether the present dispute over the settlement agreement made under Part 2 is caught by section 208 or 209 of the Act.

[47] These are the two possible options examined by the adjudicator (adjudicator's reasons, at paragraph 99):

Option 1: The dispute is properly the subject of a new grievance filed under section 208 of the new *Act*. Given that the subject matter of such a grievance does not fall within the list of subjects that may be referred to adjudication under subsection 209(1), the decision at the final level of the internal grievance procedure is final and binding.

Option 2: The dispute over the settlement agreement arises from the original grievance. Provided that the subject matter of the original grievance falls within the ambit of an

respect mutuel et [...] l'établissement de relations harmonieuses [...]» ». Je suis d'accord pour dire que c'était précisément le rôle qui incombait à l'arbitre de grief.

[45] Dans sa deuxième affirmation, l'arbitre de grief reconnaît l'accent que la nouvelle loi met sur le règlement volontaire de différends, notamment par la médiation. Je conviens avec lui qu'un des éléments essentiels du processus de médiation est la possibilité d'exécuter et de faire respecter l'entente de règlement (motifs de l'arbitre de grief, au paragraphe 67) :

Si une partie ne peut raisonnablement s'attendre à ce qu'une entente de règlement soit exécutoire, les divers mécanismes établis par la nouvelle *Loi* pour faciliter les règlements volontaires pourraient avoir peu de chances de contribuer à la réalisation des objets de la nouvelle *Loi* tels qu'ils sont établis par le législateur.

[46] Par sa troisième affirmation, l'arbitre de grief a adopté le point de vue que l'article 236 — pour lequel il n'existait pas d'équivalent dans l'ancienne loi — confirme que la partie 2 de la Loi doit être considérée comme un régime exclusif et complet de règlement des différends. Les parties s'entendent pour dire que l'article 236 soustrait à la compétence des tribunaux les questions qui peuvent être examinées par voie de grief sous le régime de la partie 2 de la Loi (articles 206 à 238). Elles divergent toutefois d'opinion en ce qui concerne la question de savoir si le présent différend relatif à l'entente de règlement relevant de la partie 2 tombe sous le coup de l'article 208 ou de l'article 209 de la Loi.

[47] L'arbitre de grief a expliqué que l'on pouvait envisager les deux scénarios suivants (motifs de l'arbitre de grief, au paragraphe 99) :

Option 1 : Le différend fait clairement l'objet d'un nouveau grief déposé en vertu de l'article 208 de la nouvelle *Loi*. Puisque l'objet d'un tel grief ne fait pas partie de la liste des sujets qui peuvent être renvoyés à l'arbitrage en vertu du paragraphe 209(1), la décision au dernier palier de la procédure applicable aux griefs est finale et exécutoire.

Option 2 : Le différend sur l'entente de règlement découle du grief initial. Un arbitre a compétence pour examiner le différend si le sujet du grief initial tombe dans le champ de

adjudicator's authority under subsection 209(1) of the new *Act*, an adjudicator has the jurisdiction to consider the dispute.

[48] The adjudicator opted for the latter, applying to the facts of the case the "essential character test" elaborated by the Supreme Court of Canada in *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929 (*Weber*).

[49] *Weber* asked: When may parties who have agreed to settle their differences by arbitration under a collective agreement sue in tort? The question arose in the context of subsection 45(1) of the Ontario *Labour Relations Act* (as it read, R.S.O. 1990, c. L.2 [repealed by S.O. 1995, c. 1, s. 1]), which provided that every collective agreement "shall provide for the final and binding settlement by arbitration ... of all differences between the parties arising from the interpretation, application, administration or alleged violation of the agreement".

[50] For our purposes, suffice it to say that Mr. Weber, an employee of Hydro Ontario (Hydro), had filed grievances against his employer. While the ensuing arbitration was underway, he had also initiated a court action against Hydro based in tort and on the breach of his rights under sections 7 and 8 of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. Hydro sought and obtained an order striking out the action on the grounds, *inter alia*, that the dispute arose out of the collective agreement, depriving the court of jurisdiction.

[51] Concerned with the demarcation between the jurisdiction of labour arbitrators and that of the courts, Justice McLachlin (as she then was), accepted that "disputes which expressly or inferentially arise out of

compétence d'un arbitre de grief, tel que prévu par le paragraphe 209(1) de la nouvelle *Loi*.

[48] L'arbitre de grief a opté pour le second scénario et a appliqué aux faits de l'affaire le critère de « l'essence du différend » élaboré par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929 (*Weber*).

[49] La question à trancher dans l'affaire *Weber* était la suivante : dans quels cas les parties qui ont convenu de résoudre leurs différends par voie d'arbitrage sous le régime d'une convention collective peuvent-elles intenter une action en responsabilité délictuelle? La question était soulevée dans le contexte du paragraphe 45(1) de la *Loi sur les relations de travail* de l'Ontario (dans sa rédaction alors en vigueur, L.R.O. 1990, ch. L.2 [abrogée par L.O. 1995, ch. 1, art. 1]), qui prévoyait que chaque convention collective devait contenir « une disposition sur le règlement, par voie de décision arbitrale définitive [...] de tous les différends entre les parties que soulèvent l'interprétation, l'application, l'administration ou une prétendue inexécution de la convention collective ».

[50] Il suffit, pour nos besoins, de rappeler que M. Weber, qui était un employé d'Hydro Ontario (Hydro), avait déposé des griefs contre son employeur. Alors que l'arbitrage était en cours, il avait également introduit devant le tribunal une action contre Hydro fondée sur la responsabilité délictuelle dans laquelle il affirmait que les droits que lui garantissaient les articles 7 et 8 de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] avaient été violés. Hydro avait obtenu une ordonnance radiant l'action au motif notamment que le différend découlait de la convention collective, ce qui privait par conséquent la Cour de sa compétence.

[51] Préoccupée par la ligne de démarcation à tracer entre la compétence des arbitres du travail et celle des tribunaux judiciaires, la juge McLachlin (maintenant juge en chef) a accepté que « les litiges qui résultent

the collective agreement are foreclosed to the courts” (*Weber* at paragraph 54, citing *Elliott v. De Havilland Aircraft Co. of Canada Ltd.* (1989), 32 O.A.C. 250 (Div. Ct.), at page 258, *per* Osler J.; *Butt v. United Steelworkers of America* (1993), 106 Nfld. & P.E.I.R. 181 (Nfld. T.D.); *Bourne v. Otis Elevator Co.* (1984), 45 O.R. (2d) 321 (H.C.), at page 326).

[52] At paragraph 67, she concluded, “mandatory arbitration clauses such as s. 45(1) of the Ontario Labour Relations Act generally confer exclusive jurisdiction on labour tribunals to deal with all disputes between the parties arising from the collective agreement. The question in each case is whether the dispute, viewed with an eye to its essential character, arises from the collective agreement” (emphasis added).

[53] This essential character test, applied in *Weber* to the choice of forums between the courts and a statutorily created adjudicative body, was found to be equally applicable to the choice between two statutorily created bodies (*Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commissioners*, 2000 SCC 14, [2000] 1 S.C.R. 360 (*Regina*)).

[54] In *Regina*, Justice Bastarache held that (at paragraph 39):

The key question in each case is whether the essential character of a dispute, in its factual context, arises either expressly or inferentially from a statutory scheme. In determining this question, a liberal interpretation of the legislation is required to ensure that a scheme is not offended by the conferral of jurisdiction on a forum not intended by the legislature. [Emphasis added.]

[55] In his reasons, albeit in a different context, the adjudicator asked himself that key question and found that the dispute between the parties, in its essential character, arose from the original disciplinary action. He wrote (adjudicator’s reasons, at paragraph 109):

In reality, no new independent dispute had emerged — or, if it could be said that there was a new dispute, that new dispute was so expressly or inferentially linked to the disciplinary action that it could not be separated from that context.

expressément ou implicitement de la convention collective échappent aux tribunaux » (*Weber*, au paragraphe 54, citant les jugements *Elliott c. De Havilland Aircraft Co. of Canada Ltd.* (1989), 32 O.A.C. 250 (C. div.), à la page 258 (le juge Osler); *Butt v. United Steelworkers of America* (1993), 106 Nfld. & P.E.I.R. 181 (T.-N. 1^{re} inst.); et *Bourne v. Otis Elevator Co.* (1984), 45 O.R. (2d) 321 (H.C.), à la page 326).

[52] Au paragraphe 67, elle conclut : « les clauses d’arbitrage obligatoire comme le par. 45(1) de la *Loi sur les relations de travail* de l’Ontario confèrent en général une compétence exclusive aux tribunaux du travail pour entendre tous les litiges qui résultent de la convention collective. Dans chaque cas, il s’agit de déterminer si le litige, considéré dans son essence, résulte de la convention collective » (non souligné dans l’original).

[53] Il a été jugé que le critère de l’essence du litige, qui a été appliqué dans l’arrêt *Weber* à la question du choix entre un tribunal et une instance décisionnelle créée par la loi, s’appliquait aussi au choix entre deux organismes créés par la loi (*Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners*, 2000 CSC 14, [2000] 1 R.C.S. 360 (*Regina*)).

[54] Dans l’arrêt *Regina*, le juge Bastarache explique (au paragraphe 39) :

La question clé dans chaque cas est de savoir si l’essence du litige, dans son contexte factuel, est expressément ou implicitement visée par un régime législatif. Pour statuer sur cette question, il convient de donner à la loi une interprétation libérale de façon à ce que l’attribution de compétence à une instance que n’avait pas envisagée le législateur ne porte pas atteinte au régime. [Non souligné dans l’original.]

[55] Dans ses motifs, bien que dans un contexte différent, l’arbitre de grief s’est posé cette question clé et a conclu que le différend entre les parties, dans son essence, découlait de la mesure disciplinaire initiale. Voici ce qu’il écrit (motifs de l’arbitre de grief, au paragraphe 109) :

En fait, aucun nouveau différend indépendant n’a pris naissance — ou si l’on pouvait affirmer qu’il y avait un nouveau différend, celui-ci était lié si expressément ou implicitement à la mesure disciplinaire qu’il ne pourrait pas être séparé de ce contexte.

[56] The respondent argues that the adjudicator could not apply the *essential character test* to incorrectly expand his jurisdiction. It was wrong of him to “draw inferences or imply that matters are within his jurisdiction under section 209 of the Act” (respondent’s memorandum of facts and law, at paragraph 49). Had Parliament intended to extend the jurisdiction of adjudicators to the enforcement of final and binding settlement agreements, it would have expressly said so.

[57] I disagree. *Weber* and *Regina* have signalled a general shift towards the greater empowerment of labour boards and adjudicators. The respondent raised no valid reason to exclude the “inextricable link” test set out in *Weber* and *Regina* because it serves here to choose between two processes available under the Act, rather than competing forums of adjudication or statutory bodies. Rather, I agree with the adjudicator’s opinion that “the Supreme Court of Canada direction in the *Weber* line of decisions favouring exclusive and comprehensive jurisdiction under the labour relations statute (as opposed to the courts) to resolve workplace disputes applies to Part 2 of the new Act, given the explicit wording of subsection 236(1)” (emphasis added) (adjudicator’s decision, at paragraph 78).

[58] For ease of reference, I once again reproduce the relevant part of section 236 of the Act:

Disputes relating to employment

236. (1) The right of an employee to seek redress by way of grievance for any dispute relating to his or her terms or conditions of employment is in lieu of any right of action that the employee may have in relation to any act or omission giving rise to the dispute.

Application

(2) Subsection (1) applies whether or not the employee avails himself or herself of the right to present a grievance in any particular case and whether or not the grievance could be referred to adjudication.

[56] L’intimé affirme que l’arbitre de grief ne pouvait appliquer *le critère de l’essence du différend* pour élargir sa compétence de manière injustifiée. L’intimé lui reproche d’avoir [TRADUCTION] « tiré des inférences ou laissé entendre que ces questions relevaient de sa compétence en vertu de l’article 209 de la Loi » (mémoire des faits et du droit de l’intimé, au paragraphe 49). Si le législateur avait voulu élargir la compétence des arbitres de griefs de manière à les rendre compétents à l’égard de l’exécution des ententes de règlement définitifs et contraignants, il l’aurait dit explicitement.

[57] Je ne suis pas d’accord avec l’intimé. Les arrêts *Weber* et *Regina* ont marqué un changement d’orientation en reconnaissant des pouvoirs plus étendus aux commissions de relations du travail et aux arbitres. L’intimé n’a invoqué aucune raison valable justifiant d’écarter le critère des « liens inextricables » énoncé dans les arrêts *Weber* et *Regina* parce qu’il sert en l’espèce à choisir entre deux processus prévus par la Loi au lieu de choisir entre une instance décisionnelle ou un organisme créé par la loi. Je me range plutôt à l’avis de l’arbitre de grief lorsqu’il affirme que « l’orientation de la Cour suprême du Canada dans les décisions rendues dans la foulée de *Weber*, qui favorise la compétence exclusive et complète en vertu de la loi sur les relations de travail (par opposition aux tribunaux judiciaires) de régler les différends en milieu de travail, s’applique à la partie 2 de la nouvelle Loi, compte tenu du libellé explicite du paragraphe 236(1) » (non souligné dans l’original) (décision de l’arbitre de grief, au paragraphe 78).

[58] Par souci de commodité, je reproduis une fois de plus les dispositions pertinentes de l’article 236 de la Loi :

Différend lié à l’emploi

236. (1) Le droit de recours du fonctionnaire par voie de grief relativement à tout différend lié à ses conditions d’emploi remplace ses droits d’action en justice relativement aux faits — actions ou omissions — à l’origine du différend.

Application

(2) Le paragraphe (1) s’applique que le fonctionnaire se prévale ou non de son droit de présenter un grief et qu’il soit possible ou non de soumettre le grief à l’arbitrage.

[59] I also agree with the adjudicator that subsection 236(1) is no less substantial and powerful a statement of an adjudicator's primacy in relation to complaints that can proceed by way of grievance than was subsection 45(1) of the Ontario *Labour Relations Act*, at play in *Weber*.

[60] As well, the adjudicator took further support from subsection 236(2) because it reinforces subsection 236(1) by stating that the prohibition operates even if the employee has not exercised his or her right to grieve, and even if the grievance could not be referred to adjudication.

[61] I agree with him that (adjudicator's decision, at paragraph 70):

... subsections 236(1) and (2) of the new *Act* are compelling indications that the legislator intended that the dispute resolution procedures provided by Part 2 of the new *Act* should oust the jurisdiction of the courts in respect to actions that proceed "... by way of grievance ...". I am hard-pressed to find support in those provisions for any contention that a dispute over the implementation of a settlement agreement can or should ultimately involve the courts, other than regarding the limited grounds available for a judicial review application.

[62] This power is not expressly provided for in the Act itself, but that is not the end of the matter. As the adjudicator noted, other labour relations regimes have been interpreted as implicitly authorizing deciders to enforce settlement agreements (adjudicator's reasons, at paragraph 113).

[63] This conclusion is consistent with *Newfoundland Association of Public Employees v. Attorney General (Newfoundland)*, [1978] 1 S.C.R. 524, cited in *Heustis v. New Brunswick Electric Power Commission*, [1979] 2 S.C.R. 768, where the Supreme Court held that arbitration boards should be given latitude to exercise their powers "so as best to effectuate their *raison d'être*" (at page 530). Considering the purport and object of the new Act, I am unable to read section 209 in light of the constraints previously imposed by section 92 of the PSSRA.

[59] Je conviens également avec l'arbitre que le paragraphe 236(1) ne constitue un énoncé ni moins substantiel ni moins fort de la primauté de l'arbitre de grief sur les plaintes qui sont instruites par voie de grief que le paragraphe 45(1) de la *Loi sur les relations de travail* de l'Ontario qui était en jeu dans l'affaire *Weber*.

[60] L'arbitre de grief a par ailleurs estimé que le poids du paragraphe 236(1) était renforcé par le paragraphe 236(2), qui prévoit que l'interdiction s'applique même si le fonctionnaire ne s'est pas prévalu de son droit de présenter un grief et qu'il soit possible ou non de soumettre le grief à l'arbitrage.

[61] À l'instar de l'arbitre de grief, je suis d'avis que (décision de l'arbitre de grief, au paragraphe 70) :

[...] les paragraphes 236(1) et (2) de la nouvelle *Loi* constituent des indications prépondérantes de l'intention du législateur d'écarter, au moyen de la procédure de règlement des différends prévue par la partie 2 de la nouvelle *Loi*, la compétence des tribunaux judiciaires à l'égard des poursuites « [...] par voie de grief [...] ». Il m'est difficile de trouver dans ces dispositions des appuis à toute affirmation selon laquelle un différend sur l'exécution d'une entente de règlement peut ou devrait, en définitive, être tranché par les tribunaux judiciaires, autrement qu'en ce qui concerne les possibilités limitées de contrôle judiciaire.

[62] Ce pouvoir n'est pas expressément prévu par la *Loi* elle-même, mais le sujet n'est pas clos pour autant. Ainsi que l'arbitre de grief l'a fait remarquer, d'autres régimes de relations du travail ont été interprétés comme autorisant implicitement les décideurs à faire respecter les ententes de règlement (motifs de l'arbitre de grief, au paragraphe 113).

[63] Cette conclusion s'accorde avec l'arrêt *Newfoundland Association of Public Employees c. Procureur général (Terre-Neuve)*, [1978] 1 R.C.S. 524, cité dans l'arrêt *Heustis c. Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 768, dans lequel la Cour suprême a jugé qu'on devait donner aux conseils d'arbitrage la latitude nécessaire pour leur permettre d'exercer leurs pouvoirs « de façon à réaliser leurs objectifs » (à la page 530). Compte tenu de la portée et de l'objet de la nouvelle loi, je ne puis interpréter l'article 209 à la lumière des contraintes qui

[64] As *Weber* and *Regina* teach us, the essential character of a dispute can only be determined by looking at the facts of a case. Logically, these same facts will also help in determining the jurisdiction of the adjudicator.

[65] In the present instance, it is clear that the parties' dispute over the settlement agreement is inextricably linked to the employer's disciplinary action and the appellant's grievance over it. In the course of the adjudication, with the help of Adjudicator Butler, the parties agreed to mediate their differences. The parties considered their agreement as a full, final and binding settlement of the dispute. It is agreed that it is in the interest of certainty in labour relations that legitimate settlement agreements be so (*Lindor v. Treasury Board (Solicitor General of Canada — Correctional Service)*, 2003 PSSRB 10). I would add that whether implicitly or expressly, a final and binding agreement incorporates the obligation of the parties to give it effect by implementing it. Without implementation, there cannot be "certainty in labour relations", the purpose itself of final and binding settlement agreements (*ibidem*, at paragraph 16; see adjudicator's reasons, at paragraph 50). Without implementation, how can the issue be settled while having the effect of pre-empting the adjudicator's power to continue the adjudication with respect to the issues that have not been resolved within the meaning of subsection 226(2)?

[66] I am unable to accept the respondent's contention that filing a new grievance under section 208 of the Act constitutes an effective redress for the appellant. The respondent's position is inconsistent with the legislator's choice to emphasize mediation as an important tool to resolve labour disputes. Procedures promoting the voluntary resolution of disputes, including mediation, are integral to achieving the labour relations and public interest objectives set out in the preamble of

étaient antérieurement imposées par l'article 92 de la LRTFP.

[64] Ainsi que les arrêts *Weber* et *Regina* nous l'enseignent, on ne peut discerner l'essence d'un différend qu'en examinant les faits de l'affaire. Logiquement, ces mêmes faits aideront aussi à déterminer la compétence de l'arbitre de grief.

[65] En l'espèce, il est évident que le différend qui oppose les parties au sujet de leur entente de règlement est inextricablement lié à la mesure disciplinaire prise par l'employeur et au grief formulé par l'appelant à son sujet. Au cours de l'arbitrage, avec l'aide de l'arbitre de grief Butler, les parties ont accepté de recourir à la médiation pour résoudre leur désaccord. Les parties considéraient leur entente comme un règlement complet, définitif et contraignant de leur différend. Il est acquis aux débats que c'est dans le but d'apporter de la certitude dans les relations de travail que les ententes de règlement sont finales et exécutoires pour toutes les parties (*Lindor c. Conseil du Trésor (Solliciteur général Canada — Service correctionnel)*, 2003 CRTFP 10). J'ajouterais que, peu importe qu'elle soit tacite ou expresse, une entente définitive et contraignante implique que les parties s'obligent à lui donner effet en la mettant à exécution. Sans mise à exécution, il ne peut y avoir de « certitude dans les relations de travail », ce qui constitue le but précis des ententes de règlement définitives et contraignantes (*idem*, au paragraphe 16; voir les motifs de l'arbitre de grief, au paragraphe 50). Sans mise à exécution, comment la question en litige pourrait-elle être réglée alors que l'arbitre de grief est dépouillé de son pouvoir de poursuivre l'arbitrage en ce qui concerne les questions qui n'ont pas été résolues au sens du paragraphe 226(2)?

[66] Il m'est impossible d'accepter l'argument de l'intimé suivant lequel le dépôt d'un nouveau grief en vertu de l'article 208 de la Loi constitue une réparation efficace pour l'appelant. La thèse de l'intimé est incompatible avec le choix qu'a fait le législateur en soulignant l'importance de la médiation comme moyen de résoudre les conflits de travail. Toute procédure qui favorise le règlement volontaire de différends, en particulier au moyen de la médiation, fait partie intégrante des moyens

the Act. Enforceability of settlement agreements is vital to the objectives of the Act. Without clear, efficient and economical means to enforce settlement agreements, mediation runs the risk of becoming meaningless and falling into abeyance. Parliament's intention must be interpreted as giving consideration to parties' legitimate expectations that a settlement agreement will be enforced, or will at least be enforceable within a reasonable delay.

[67] Giving way to the respondent's solution would add years to the resolution of the appellant's grievance. This, again, cannot be in the best interests of labour relations within the appellant's workplace or any grievor's workplace. I am reminded that Mr. Amos was disciplined in March 2005 and that he referred his grievance to adjudication in August 2005. Twenty-one months later, in May 2007, the parties reached their settlement. As of December 2007, the MOA was still not implemented. These events already cover a period of almost three years. Now, according to the respondent, the appellant would have to initiate a new grievance and, if need be, direct his further grounds of complaint to the Federal Court through an application for judicial review with its ensuing undue cost and delay.

[68] As well, the respondent's solution would impose on the appellant the difficult task of remedying the alleged violation of the MOA through a new grievance to deal separately with an issue of non-compliance that would ultimately be decided by the party effectively in breach of contract, all this while the (original) grievance is still alive. Moreover, given that the allegation of non-compliance with the settlement agreement points to the employer, the procedure would be dictated by the employer's misbehaviour. This is clearly unfair, especially because an important purpose of labour relations statutes is to level the playing field between employees and employers. Grievors like the appellant would have little incentive to settle disputes prior to or during adjudication, as doing so would constitute a waiver of access

permettant d'atteindre les objectifs énoncés dans le préambule de la Loi en ce qui concerne les relations de travail et l'intérêt public. Il est essentiel que les ententes de règlement soient exécutoires si l'on veut respecter les objectifs de la Loi. À défaut de moyens clairs, efficaces et économiques de mettre en œuvre les ententes de règlement, la médiation risque de perdre son sens et de tomber en désuétude. L'intention du législateur doit être interprétée comme tenant compte du fait que les parties s'attendent légitimement à ce que l'entente de règlement soit exécutée ou du moins qu'elle soit exécutable dans un délai raisonnable.

[67] Retenir la solution proposée par l'intimé retarderait de plusieurs années le règlement du grief de l'appelant, ce qui, je le répète, ne saurait aller dans le sens de l'intérêt supérieur des relations de travail dans le milieu de travail de l'appelant ou de tout autre plaignant. On se souviendra que M. Amos s'est vu infliger des mesures disciplinaires en mars 2005 et qu'il a renvoyé son grief à l'arbitrage en août 2005. Or, 21 mois plus tard, en mai 2007, les parties sont parvenues à une entente. En date de décembre 2007, le protocole d'entente n'avait pas encore été exécuté. Ces faits s'étendent déjà sur une période de presque trois ans. Si l'on devait opter pour la solution préconisée par l'intimé, l'appelant aurait à présenter un nouveau grief et, au besoin, aurait à adresser ses autres motifs de plainte à la Cour fédérale par le biais d'une demande de contrôle judiciaire avec les délais et les frais que cela comporte.

[68] De plus, la solution de l'intimé imposerait à l'appelant la tâche difficile de corriger la présumée violation du protocole d'entente en déposant un nouveau grief pour traiter séparément de la question du non-respect, laquelle serait en fin de compte tranchée par la partie qui a effectivement manqué à ses obligations contractuelles, le tout alors que le grief (initial) ne serait pas encore tranché. Qui plus est, compte tenu du fait que l'allégation de non-respect de l'entente de règlement vise l'employeur, la procédure serait dictée par l'inconduite de ce dernier. Cette solution est manifestement injuste, d'autant plus qu'un des objectifs importants des lois relatives aux relations de travail est d'équilibrer les forces en présence dans le cas des employeurs et des employés. Les plaignants comme l'appelant ne seraient

to independent third-party adjudication in exchange for what could become an unenforceable promise, or, at least, unenforceable efficiently and economically.

[69] Surely, this is not what Parliament could have intended when it legislated to ensure “fair, credible and efficient resolution” of labour disputes.

[70] A further concern of the respondent is that Adjudicator Butler, when looking at the breach, may lack jurisdiction regarding some of the issues addressed in the settlement agreement. As the settlement agreement may contain clauses in regard of matters not adjudicable under section 209, the respondent contends that the adjudicator would be prevented from making findings on the appellant’s allegation. This argument is unconvincing. If the appellant’s allegation was about a settlement agreement plagued with contractual problems, such as fraud, misrepresentation, duress, undue influence or unconscionability, the respondent accepts that the adjudicator would have jurisdiction to determine whether the parties’ settlement agreement is vitiated. In that case, the respondent takes no issue with former jurisprudence stating that in order to do so, the adjudicator may examine the text of the settlement agreement for content that explicitly conveys the final and binding nature of the deal struck by the parties or analyse other evidence from which the intent of the parties to make such a deal final and binding may be reasonably inferred (adjudicator’s reasons, at paragraph 89; respondent’s memorandum of facts and law, at paragraph 29). If the substance of the MOA, be it restricted to the specific adjudicable issue or not, does not impede an adjudicator’s jurisdiction under these circumstances, I fail to see why it does in our case.

pas vraiment incités à régler leurs différends avant ou pendant l’arbitrage parce que, ce faisant, ils renonceraient à recourir à l’arbitrage indépendant d’un tiers en échange de ce qui pourrait devenir une promesse inexécutable, ou à tout le moins dépourvue d’effet sur le plan de l’efficacité ou sur le plan économique.

[69] Certes, ce n’est pas ce que le législateur avait en tête lorsqu’il a légiféré pour s’assurer que les conflits de travail soient résolus « de façon juste, crédible et efficace ».

[70] L’intimé est également préoccupé par le fait que, lorsqu’il s’est penché sur la question du non-respect de l’entente de règlement, l’arbitre de grief Butler n’avait peut-être pas compétence sur certaines des questions visées par l’entente de règlement. L’intimé fait valoir que, comme l’entente de règlement est susceptible de contenir des clauses qui concernent des questions qui ne sont pas arbitrables en vertu de l’article 209, l’arbitre de grief ne serait pas compétent pour tirer des conclusions au sujet de l’allégation de l’appelant. Cet argument n’est pas convaincant. L’intimé accepte que si l’allégation de l’appelant portait sur une entente de règlement truffée de problèmes d’ordre contractuel, comme la fraude, de fausses déclarations, la contrainte, une influence indue ou l’iniquité, l’arbitre de grief serait compétent pour déterminer si l’entente de règlement des parties est viciée. Dans de telles circonstances, l’intimé ne conteste pas la jurisprudence qui affirme que, pour ce faire, l’arbitre de grief peut analyser le texte de l’entente de règlement pour déterminer si son contenu reconnaît explicitement le caractère définitif et contraignant de l’entente intervenue entre les parties ou analyser d’autres éléments de preuve desquels l’intention des parties de rendre une telle entente définitive et exécutoire peut être raisonnablement tirée (motifs de l’arbitre de grief, au paragraphe 89; mémoire des faits et du droit de l’intimé, au paragraphe 29). Si l’essence du protocole d’entente, qu’elle se limite ou non à la question précise faisant l’objet de l’arbitrage, ne fait pas obstacle à la compétence de l’arbitre de grief en pareilles circonstances, je ne vois pas comment elle le ferait dans celles de la présente affaire.

[71] Here, the adjudicator clearly dismissed the request to reopen the adjudication hearing on the merits. I interpret his decision as recognition of the validity of the settlement agreement signed by the parties. He expressed his intention to limit his intervention to the allegation of breach, well aware of the fact that the (original) grievance had not been withdrawn and that the question of its enforcement was still unresolved between the parties. He held that the allegation “of non-compliance must first be proven by the grievor unless the deputy head explicitly concedes that fact. The evidence required to establish the fact of non-compliance will be specific to that issue” (adjudicator’s reasons, at paragraph 95).

[72] In brief, the adjudicator concluded that he had jurisdiction to consider an allegation that a party is in non-compliance with a final and binding settlement where the dispute underlying the settlement agreement is linked to the original grievance, and where the latter falls under subsection 209(1) of the new Act (reasons, at paragraph 117). Considering that the appellant had not withdrawn his grievance, I agree with the adjudicator.

[73] As a result of his conclusion on the second question, the adjudicator finally turned to the last issue concerning his jurisdiction to make a remedial order assuming the appellant has met his onus of proof.

(d) Question 3: Remedial Order

[74] Again, the adjudicator answered the question favourably, taking support from subsection 228(2) of the Act:

228. ...

Decision on grievance

(2) After considering the grievance, the adjudicator must render a decision and make the order that he or she considers appropriate in the circumstances. The adjudicator must then

[71] En l’espèce, l’arbitre de grief a carrément rejeté la demande visant à faire rouvrir l’audience d’arbitrage de grief pour examiner au fond le grief initial. J’interprète sa décision comme une reconnaissance de la validité de l’entente de règlement signée par les parties. Il a exprimé sa volonté de limiter son intervention à l’allégation de non-respect, bien conscient du fait que le grief (initial) n’avait pas été retiré et que la question de son exécution n’était toujours pas résolue entre les parties. Il a estimé que « l’inobservation doit d’abord être prouvée par le fonctionnaire s’estimant lésé à moins que l’administrateur général reconnaisse explicitement ce fait. La preuve requise pour établir l’inobservation se limitera à cette question » (motifs de l’arbitre de grief, au paragraphe 95).

[72] En bref, l’arbitre de grief a conclu qu’il avait compétence pour examiner une allégation selon laquelle une partie ne respecte pas un règlement définitif et contraignant si le différend sur l’entente de règlement est lié à un grief initial dont l’objet est visé par le paragraphe 209(1) de la nouvelle loi (motifs, au paragraphe 117). Compte tenu du fait que l’appelant n’avait pas retiré son grief, je suis d’accord avec l’arbitre de grief.

[73] Vu sa conclusion sur la deuxième question, l’arbitre de grief s’est finalement penché sur la dernière question portant sur sa compétence pour accorder une réparation en tenant pour acquis que l’appelant s’était acquitté de son fardeau de preuve.

d) Troisième question: la réparation

[74] Là encore, l’arbitre de grief a répondu par l’affirmative à la question en s’appuyant sur le paragraphe 228(2) de la Loi :

228. [...]

(2) Après étude du grief, il tranche celui-ci par l’ordonnance qu’il juge indiquée. Il transmet copie de l’ordonnance et, le cas échéant, des motifs de sa décision :

Décision au sujet du grief

(a) send a copy of the order and, if there are written reasons for the decision, a copy of the reasons, to each party, to the representative of each party and to the bargaining agent, if any, for the bargaining unit to which the employee whose grievance it is belongs; and

(b) deposit a copy of the order and, if there are written reasons for the decision, a copy of the reasons, with the Executive Director of the Board.

[75] He concluded that his remedial authority was broad and not restricted by a specific list of enumerated remedies. This statement is accurate.

[76] In the end, Adjudicator Butler reconvened the parties for the purpose of determining whether the deputy head had not complied with the terms of the settlement agreement, and, if necessary, for the purpose of determining an appropriate remedy.

Conclusion

[77] In my view, the respondent has not succeeded in showing that the adjudicator's reasoning and decision are unreasonable. Within the specific context of this file, the adjudicator's approach provides a sensible account of Parliament's intention while recognizing the applicable principles of statutory interpretation. I accept the appellant's argument that the judgment below fails to address the practical labour relations policy reasons put forward by the adjudicator in support of his decision. The adjudicator's considerations are consistent with achieving the fundamental objects of the Act. The appellant's settlement agreement dispute is intrinsically related to his underlying and persisting grievance, originally referred to adjudication, and properly within the jurisdiction of the adjudicator.

[78] I am reminded that when deciding whether a decision satisfies the reasonableness standard, I must not only focus on the decision maker's reasons but also on the outcome. As stated in *Dunsmuir*, at paragraph 47:

a) à chaque partie et à son représentant ainsi que, s'il y a lieu, à l'agent négociateur de l'unité de négociation à laquelle appartient le fonctionnaire qui a présenté le grief;

b) au directeur général de la Commission.

[75] Il a conclu que ses pouvoirs d'accorder une réparation étaient étendus et qu'ils ne se limitaient pas à une liste précise de réparations. Cette affirmation est exacte.

[76] L'arbitre de grief Butler a en fin de compte ordonné la reprise de l'audience d'arbitrage de grief aux fins de déterminer si l'administrateur général avait manqué aux modalités de l'entente de règlement et, le cas échéant, pour déterminer la réparation indiquée.

Dispositif

[77] À mon avis, l'intimé n'a pas réussi à démontrer que les motifs et la décision de l'arbitre de grief étaient déraisonnables. Vu le contexte particulier du présent dossier, la démarche suivie par l'arbitre de grief respecte raisonnablement l'intention du législateur tout en prenant acte des principes d'interprétation des lois applicables. J'accepte l'argument de l'appelant suivant lequel le jugement de première instance ne tient pas compte des motifs stratégiques pratiques invoqués par l'arbitre de grief à l'appui de sa décision. Les considérations évoquées par l'arbitre de grief vont dans le sens de l'atteinte des objectifs fondamentaux de la Loi. Le différend soulevé par l'appelant au sujet de l'entente de règlement est intrinsèquement lié à son grief principal, qui n'est toujours pas réglé et qui a été d'abord renvoyé à l'arbitrage, et il relève à bon droit de la compétence de l'arbitre de grief.

[78] Je n'oublie pas que, pour déterminer si une décision satisfait à la norme de la décision raisonnable, je dois non seulement me concentrer sur les motifs de l'auteur de la décision mais aussi sur l'issue. Ainsi que

In judicial review, reasonableness is concerned mostly with the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process. But it is also concerned with whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and the law.

As I am of the view that the adjudicator's decision meets all of these standards, I conclude that his decision was reasonable.

[79] For these reasons, I propose to allow the appeal. As a result, the judgment of the Federal Court of 20 November 2009 would be set aside, and proceeding to issue the judgment that ought to have been given, I would dismiss the application for judicial review with costs here and below.

BLAIS C.J.: I agree.

DAWSON J.A.: I agree.

la Cour suprême l'a déclaré dans l'arrêt *Dunsmuir*, au paragraphe 47 :

Le caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu'à l'appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit.

Comme j'estime que la décision de l'arbitre de grief satisfait à toutes les normes en question, je conclus qu'elle était raisonnable.

[79] Pour ces motifs, je propose que l'appel soit accueilli. En conséquence, le jugement rendu le 20 novembre 2009 par la Cour fédérale serait annulé, et rendant le jugement qui aurait dû être rendu, je rejetterais la demande de contrôle judiciaire, le tout avec dépens devant toutes les juridictions.

LE JUGE EN CHEF BLAIS : Je suis d'accord.

LA JUGE DAWSON, J.C.A. : Je suis d'accord.

A-149-10
2011 FCA 40

A-149-10
2011 CAF 40

Minister of Citizenship and Immigration (*Appellant*)

Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (*appellant*)

v.

c.

Zafar Shahid (*Respondent*)

Zafar Shahid (*intimé*)

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

RÉPERTORIÉ : SHAHID c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)

Federal Court of Appeal, Noël, Pelletier and Trudel J.J.A.—Toronto, January 11; Ottawa, February 3, 2011.

Cour d'appel fédérale, juges Noël, Pelletier et Trudel, J.C.A.—Toronto, 11 janvier; Ottawa, 3 février 2011.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent Residents — Construction of “full-time equivalent” — Appeal from Federal Court decision allowing judicial review of immigration officer’s decision denying respondent’s application for permanent residence as skilled worker — Respondent failing to obtain 67-point minimum to qualify since spouse not awarded any points for educational credentials — Federal Court finding immigration officer’s decision unreasonable, certifying question regarding construction of “full-time equivalent” under Immigration and Refugee Protection Regulations, s. 78(2) — Whether Federal Court wrongly holding respondent’s spouse meeting educational requirement under Regulations — Definition of “full-time equivalent” in Regulations restricted to persons engaged in part-time or accelerated studies; deeming such persons who obtain degree to have studied equivalent number of hours as individual who obtained same degree on full-time basis — Definition not creating any other form of equivalency — Federal Court ignoring definition’s limitation — No discrepancy existing in this case as to time studied — Equivalence identified by Federal Court going to mode or manner of studies rather than time required for completion thereof — Definition not operating this way — Federal Court also failing to consider other related definitions in Regulations — On correct construction of “full-time equivalent”, respondent’s spouse failing to meet two requirements of Regulations, s. 78(2)(d)(ii) since not obtaining educational credential as defined or achieving 14 years of full-time or full-time equivalent studies — Therefore, Federal Court erring in intervening in immigration officer’s decision — As for certified question, definition of “full-time equivalent” requiring consideration of both nature, quantity of instruction individual receiving — Appeal allowed.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Interprétation de l’expression « équivalent temps plein » — Appel de la décision de la Cour fédérale autorisant un contrôle judiciaire à l’encontre de la décision d’un agent d’immigration qui a refusé la demande de résidence permanente de l’intimé dans la catégorie des travailleurs qualifiés — L’intimé n’a pas atteint le seuil minimal de 67 points, étant donné que son épouse ne s’est vu attribuer aucun point pour un diplôme — La Cour fédérale a conclu que la décision de l’agent d’immigration était déraisonnable et a certifié la question relative à l’interprétation de l’expression « équivalent temps plein » aux termes de l’art. 78(2) du Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés — La Cour fédérale a-t-elle considéré à tort que l’épouse de l’intimé satisfait aux exigences du Règlement en matière d’études? — D’après la définition du Règlement, l’expression « équivalent temps plein » ne vaut que pour les personnes qui font des études à temps partiel ou des études accélérées; les personnes dans cette situation qui obtiennent un diplôme sont réputées avoir étudié un nombre d’heures équivalent à celui des personnes qui obtiennent le même diplôme à la suite d’études à temps plein — La définition ne prévoit aucune autre forme d’équivalence — La Cour fédérale a méconnu la restriction de la définition — Il n’y a en l’espèce aucun écart en ce qui concerne le nombre d’heures d’études — L’équivalence indiquée par la Cour fédérale porte sur le mode d’études, plutôt que sur le temps requis pour les compléter — La définition ne fonctionne pas de cette façon — Par ailleurs, la Cour fédérale n’a pas tenu compte de définitions connexes du Règlement — Suivant l’interprétation correcte de la définition de l’expression « équivalent temps plein », l’épouse de l’intimé ne satisfait pas aux deux conditions prévues à l’art. 78(2)(d)(ii), en ce qu’elle n’a ni obtenu

This was an appeal from a Federal Court decision granting the respondent's application for judicial review of an immigration officer's decision denying his application for permanent residence as a skilled worker. The respondent was awarded 63 points but needed a minimum of 67 points to qualify for the federal skilled worker class. The immigration officer did not award any points under the adaptability criteria for the educational credentials of the respondent's spouse. The respondent claims that he should have been awarded the four available points, which would have given him the minimum requirement of 67 points because his spouse met the educational requirement of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*. The Federal Court found that the immigration officer's refusal to award the 4 points was unreasonable. It certified as a question of general importance whether the definition of "full-time equivalent" in subsection 78(2) of the Regulations merely requires an assessment of the period of time that would have been needed to achieve a particular educational credential on a full-time basis or whether a consideration of the nature and quantity of instruction the individual receives is also required.

The main issue was whether the Federal Court erred in holding that the immigration officer's decision was unreasonable and that the respondent was entitled to the 4 points. The certified question also had to be answered.

Held, the appeal should be allowed.

What had to be determined was whether the definition of "full-time equivalent" in the Regulations extends to those who successfully complete their studies on their own through independent study. On the face of it, the definition of "full-time equivalent" is restricted to persons engaged in "part-time or accelerated studies" and simply provides that such persons will, upon obtaining an "educational credential" be credited with the number of hours of instruction that would have been required to obtain the same degree on a full-time basis. The net result is that a person who obtains a degree through "part-time or accelerated studies" is deemed to have studied the equivalent number of hours as someone who obtained the

un diplôme au sens du Règlement, ni accumulé quatorze années d'études à temps plein ou « l'équivalent temps plein » — Il s'ensuit que la Cour fédérale a commis une erreur en intervenant à l'encontre de la décision de l'agent d'immigration — En ce qui concerne la question certifiée, la définition de l'expression « équivalent temps plein » exige que l'on tienne compte à la fois de la nature et de l'aspect quantitatif de la formation reçue par l'intéressé — Appel accueilli.

Il s'agissait d'un appel à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale faisant droit à la demande de contrôle judiciaire présentée par l'intimé de la décision d'un agent d'immigration qui a refusé sa demande de résidence permanente dans la catégorie des travailleurs qualifiés. L'intimé a recueilli 63 points, mais le seuil minimal pour être considéré comme faisant partie de la catégorie des travailleurs qualifiés (fédéral) est de 67 points. L'agent d'immigration ne lui a accordé aucun point pour le diplôme de son épouse au titre de la capacité d'adaptation. L'intimé soutient que l'agent aurait dû lui accorder quatre points de plus, ce qui lui aurait permis d'atteindre le seuil minimal de 67 points, parce que son épouse satisfaisait aux exigences du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*. La Cour fédérale a conclu que le refus de l'agent d'immigration d'attribuer les 4 points était déraisonnable. Elle a certifié la question de portée générale à savoir si la définition de l'expression « équivalent temps plein » figurant au paragraphe 78(2) du Règlement appelle simplement l'appréciation des délais qui auraient été nécessaires pour qu'un étudiant inscrit à plein temps puisse compléter un programme scolaire particulier ou appelle également la prise en compte de la nature et de l'aspect quantitatif de la formation suivie par l'intéressé.

Il s'agissait d'établir si la Cour fédérale a commis une erreur en concluant que la décision de l'agent d'immigration était déraisonnable et que l'intimé avait le droit de se voir attribuer les 4 points. Il fallait également répondre à la question certifiée.

Arrêt : L'appel doit être accueilli.

La question qui se posait était la suivante : La définition de l'expression « équivalent temps plein » figurant au Règlement s'étend-elle aussi à ceux qui achèvent avec succès leurs études par eux-mêmes, au moyen de l'autoapprentissage? À première vue, la définition de l'expression « équivalent temps plein » ne vaut que pour les personnes qui font des « études à temps partiel ou des études accélérées », et prévoit simplement qu'après avoir obtenu un « diplôme », ces personnes se voient créditer le nombre d'heures d'enseignement qui auraient été nécessaires pour obtenir le même diplôme si elles avaient étudié à temps plein. En définitive, la personne qui obtient un diplôme à la suite « d'études à temps partiel ou

same degree on a full-time basis. No other form of equivalency is created by the definition.

The Federal Court's construction ignored this limitation. In this case, there was no discrepancy in terms of time studied since the respondent's spouse took two years to obtain a degree that ordinarily takes two years of full-time study to achieve. Thus, there were no hours to equate. The equivalence identified by the Federal Court went to the mode or manner of studies rather than to the time required to complete them. The definition does not operate this way. As well, the Federal Court's interpretation did not take into account other defined words such as "studies" in section 1 or "educational credential" in section 73. According to the Federal Court, the definition of "full-time equivalent" would apply whether or not these requirements are met. On a correct construction of the definition of "full-time equivalent", the respondent's spouse failed to meet the two requirements of subparagraph 78(2)(d) (ii) of the Regulations in that she did not obtain an educational credential as defined or achieve 14 years of full-time or full-time equivalent studies. Therefore, the Federal Court erred in intervening in the immigration officer's decision.

As for the certified question, the definition of "full-time equivalent" applies when there is a discrepancy between the time in which a particular "educational credential" is obtained by an individual and the time required to obtain the same credential on a full-time basis by reason of having followed part-time or accelerated studies at an educational or training institution recognized by the authorities. The definition therefore requires a consideration of both the nature and quantity of instruction received by the individual.

d'études accélérées » est réputée avoir étudié un nombre d'heures équivalent à celui de la personne qui obtient le même diplôme à la suite d'études à temps plein. La définition ne prévoit aucune autre forme d'équivalence.

L'interprétation retenue par la Cour fédérale méconnaît cette restriction. Il n'y avait, en l'espèce, aucun écart entre ce qui concerne le nombre d'heures d'études, puisque l'épouse de l'intimé a pris deux ans pour obtenir un diplôme qui nécessite normalement deux ans d'études à temps plein. Il n'y avait donc pas d'équivalence d'heures à calculer. L'équivalence indiquée par la Cour fédérale porte sur le mode d'études plutôt que sur le temps requis pour les compléter. La définition ne fonctionne pas de cette façon. Par ailleurs, l'interprétation de la Cour fédérale ne tenait pas compte de la définition d'autres termes, comme « études », à l'article premier, ou « diplôme », à l'article 73. Selon la Cour fédérale, la définition de l'expression « équivalent temps plein » s'appliquerait, peu importe que ces conditions soient remplies ou non. Suivant l'interprétation correcte de la définition de l'expression « équivalent temps plein », l'épouse de l'intimé ne satisfaisait pas aux deux conditions prévues au sous-alinéa 78(2)(d)(ii) du Règlement, en ce sens qu'elle n'a ni obtenu un diplôme au sens du Règlement, ni accumulé 14 années d'études à temps plein ou « l'équivalent temps plein ». Il s'ensuit que la Cour fédérale a commis une erreur en intervenant à l'encontre de la décision de l'agent d'immigration.

En ce qui a trait à la question certifiée, la définition de l'expression « équivalent temps plein » s'applique lorsqu'il existe un écart entre le temps qu'une personne a pris pour obtenir un « diplôme » et le temps nécessaire pour obtenir le même diplôme à temps plein en ayant suivi des cours à temps plein ou effectué des études accélérées dans un établissement d'enseignement ou de formation reconnu par les autorités. Il s'ensuit que la définition exige que l'on tienne compte à la fois de la nature et de l'aspect quantitatif de la formation reçue par l'intéressé.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 12(2).

Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, ss. 1 "studies", 73 "educational credential", 75(1) (as am. by SOR/2004-167, s. 80(F)), 78(1) "full-time", "full-time equivalent", (2)(d)(ii).

CASES CITED

APPLIED:

Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re), [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418, 154 D.L.R. (4th) 193.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 12(2).

Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 1 « études », 73 « diplôme », 75(1) (mod. par DORS /2004-167, art. 80(F)), 78(1) « équivalent temps plein », « temps plein », (2)d)(ii).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re), [1998] 1 R.C.S. 27.

AUTHORS CITED

Canadian Oxford Dictionary, 2nd ed. Toronto: Oxford University Press, 2004, “paper”.

APPEAL from a Federal Court decision (2010 FC 130) granting an application for judicial review of an immigration officer’s decision denying the respondent’s application for permanent residence as a skilled worker. Appeal allowed.

APPEARANCES

Alexis Singer and *Ada Mok* for appellant.
Cathryn D. Sawicki for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Green and Spiegel LLP, Toronto, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] NOËL J.A.: This is an appeal by the Minister of Citizenship and Immigration (the Minister) against a decision of O’Reilly J. of the Federal Court [2010 FC 130] (the applications Judge) wherein he granted the application for judicial review brought by Mr. Zafar Shahid (the respondent) against a decision of an immigration officer denying his application for permanent residency as a skilled worker.

[2] Subsection 12(2) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 provides that a foreign national may be selected for permanent residency as a member of the economic class on the basis of his ability to become economically established in Canada. The *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (the IRPR) set out the applicable criteria for a federal skilled worker class as follows (subsection 75(1) [as am. by SOR/2004-167, s. 80(F)]) :

DOCTRINE CITÉE

Canadian Oxford Dictionary, 2^e éd. Toronto : Oxford University Press, 2004, « paper ».

APPEL à l’encontre d’une décision de la Cour fédérale (2010 CF 130) faisant droit à la demande de contrôle judiciaire de la décision d’un agent d’immigration qui a refusé à l’intimé sa demande de résidence permanente dans la catégorie des travailleurs qualifiés. Appel accueilli.

ONT COMPARU

Alexis Singer et *Ada Mok* pour l’appellant.
Cathryn D. Sawicki pour l’intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le sous-procureur général du Canada pour l’appellant.
Green and Spiegel LLP, Toronto, pour l’intimé.

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

[1] LE JUGE NOËL, J.C.A. : La Cour est saisie de l’appel interjeté par le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration (le ministre) d’une décision par laquelle le juge O’Reilly de la Cour fédérale [2010 CF 130] (le juge de première instance) a fait droit à la demande de contrôle judiciaire présentée par M. Zafar Shahid (l’intimé) à l’encontre de la décision d’un agent d’immigration qui a refusé sa demande de résidence permanente dans la catégorie des travailleurs qualifiés.

[2] Le paragraphe 12(2) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 prévoit qu’un étranger peut être sélectionné pour devenir résident permanent en tant que membre de la catégorie « immigration économique » en fonction de sa capacité à réussir son établissement économique au Canada. Le *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le RIPR) énonce les critères applicables aux immigrants de la catégorie des travailleurs qualifiés (paragraphe 75(1) [mod. par DORS/2004-167, art. 80(F)]) :

Class **75.** (1) ... persons who are skilled workers and who may become permanent residents on the basis of their ability to become economically established in Canada and who intend to reside in a province other than the Province of Quebec.

75. (1) [...] personnes qui peuvent devenir résidents permanents du fait de leur capacité à réussir leur établissement économique au Canada, qui sont des travailleurs qualifiés et qui cherchent à s'établir dans une province autre que le Québec.

Catégorie

[3] In order to determine whether a skilled worker will be able to become economically established in Canada, the IRPR identify various criteria with which a specific number of points is associated; an applicant must be awarded a minimum of 67 points to qualify for the federal skilled worker class.

[3] Pour déterminer si un travailleur qualifié réussira son établissement économique au Canada, le RIPR prévoit divers critères auxquels sont associés un nombre précis de points. Le demandeur doit recueillir un minimum de 67 points pour être considéré comme faisant partie de la catégorie des travailleurs qualifiés (fédéral).

[4] In the present case, the respondent was awarded 63 points. The immigration officer did not award any points under the adaptability criteria for the respondent's spouse's educational credentials. The respondent claims that he should have been awarded the 4 available points, which would have given him the minimum requirement of 67 points, because his spouse meets the educational requirement of the IRPR.

[4] En l'espèce, l'intimé a recueilli 63 points. L'agent d'immigration ne lui a accordé aucun point pour le diplôme de son épouse au titre de la capacité d'adaptation. L'intimé soutient que l'agent aurait dû lui accorder 4 points de plus, ce qui lui aurait permis d'atteindre le seuil minimal de 67 points, parce que son épouse satisfaisait aux exigences du RIPR en ce qui concerne les études.

[5] The applications Judge agreed and quashed the decision of the immigration officer on the basis that his refusal to award the 4 points was unreasonable.

[5] Le juge de première instance s'est dit d'accord avec l'intimé et a annulé la décision de l'agent d'immigration au motif que son refus d'attribuer les 4 points en question était déraisonnable.

THE RELEVANT PROVISIONS OF THE IRPR

DISPOSITIONS APPLICABLES DU RIPR

[6] In order for the respondent to be entitled to the 4 points, his spouse had to meet the requirements set out in subparagraph 78(2)(d)(ii) of the IRPR:

[6] Pour pouvoir avoir droit aux 4 points en question, il fallait que l'épouse de l'intimé satisfasse aux exigences du sous-alinéa 78(2)d(ii) du RIPR :

78. ...

78. [...]

Education
(25 points)

(2) ...

(2) [...]

Études (25
points)

(d) ...

d) [...]

(ii) a two-year university educational credential at the bachelor's level and a total of at least 14 years of completed full-time or full-time equivalent studies;

(ii) il a obtenu un diplôme universitaire de premier cycle nécessitant deux années d'études et a accumulé un total d'au moins quatorze années d'études à temps plein complètes ou l'équivalent temps plein;

[7] The expression "educational credential" is defined in section 73 as follows:

[7] Le terme « diplôme » est défini comme suit à l'article 73 :

Definitions	73. ...	73. [...]	Définitions
“educational credential” « <i>diplôme</i> »	“educational credential” means any diploma, degree or trade or apprenticeship credential issued on the completion of a program of study or training at an educational or training institution recognized by the authorities responsible for registering, accrediting, supervising and regulating such institutions in the country of issue.	« <i>diplôme</i> » Tout diplôme, certificat de compétence ou certificat d’apprentissage obtenu conséquemment à la réussite d’un programme d’études ou d’un cours de formation offert par un établissement d’enseignement ou de formation reconnu par les autorités chargées d’enregistrer, d’accréditer, de superviser et de réglementer de tels établissements dans le pays de délivrance de ce diplôme ou certificat.	« <i>diplôme</i> » “ <i>educational credential</i> ”
[8] The term “studies” is defined in section 1 as follows:		[8] L’article premier définit comme suit le terme « <i>études</i> » :	
Definitions	1. ...	1. [...]	Définitions
“studies” « <i>études</i> »	“studies” means studies undertaken at a university or college, or any course of academic, professional or vocational training.	« <i>études</i> » Études dans une université ou un collège ou cours de formation générale, théorique ou professionnelle.	« <i>études</i> » “ <i>studies</i> ”
[9] Finally, the definitions of “full-time” and “full-time equivalent” are set out in subsection 78(1) of the RPR:		[9] Enfin, la définition des expressions « <i>temps plein</i> » et « <i>équivalent temps plein</i> » se trouvent au paragraphe 78(1) du RPR :	
Definitions	78. (1) The definitions in this subsection apply in this section.	78. (1) Les définitions qui suivent s’appliquent au présent article.	Définitions
“full-time” « <i>temps plein</i> »	“full-time” means, in relation to a program of study leading to an educational credential, at least 15 hours of instruction per week during the academic year, including any period of training in the workplace that forms part of the course of instruction.	« <i>équivalent temps plein</i> » Par rapport à tel nombre d’années d’études à temps plein, le nombre d’années d’études à temps partiel ou d’études accélérées qui auraient été nécessaires pour compléter des études équivalentes.	« <i>équivalent temps plein</i> » “ <i>full-time equivalent</i> ”
“full-time equivalent” « <i>équivalent temps plein</i> »	“full-time equivalent” means, in respect of part-time or accelerated studies, the period that would have been required to complete those studies on a full-time basis.	« <i>temps plein</i> » À l’égard d’un programme d’études qui conduit à l’obtention d’un diplôme, correspond à quinze heures de cours par semaine pendant l’année scolaire, et comprend toute période de formation donnée en milieu de travail et faisant partie du programme.	« <i>temps plein</i> » “ <i>full-time</i> ”
[10] The outcome of this appeal essentially turns on the meaning which is to be attributed to these last two definitions.		[10] L’issue du présent appel dépend essentiellement du sens que l’on donne aux deux dernières définitions.	

[11] The applications Judge briefly alluded to the education system in Pakistan. He noted that “external candidate[s]” can obtain a degree without attending classes on a full-time or part-time basis (reasons, at paragraph 8). In this respect, the evidence shows that external candidates are “not required to attend classes, complete any assigned readings or hand in assignments; [they] simply [have] to write an exam in each subject studied”. The requirements to write an examination as an external candidate are: (i) register for a scheduled examination session; (ii) complete the appropriate form; and (iii) pay the required fees. Once enrolled for an examination, the external candidate can prepare through independent studies or with the assistance of a private tutor (affidavit of the immigration officer, appeal book, at page 584, paragraphs 4 and 5).

[12] One way of distinguishing an “external candidate” from a “regular” student is through their respective marks sheet. A regular student’s marks sheet states, *inter alia*, the program and year in which the examinations were written, the particular school at which the studies were undertaken and the overall result. In contrast, an external candidate’s marks sheet identifies the student as such without any indication of a school or affiliated college (affidavit of immigration officer, appeal book, at page 585, paragraphs 6 and 7).

[13] The applications Judge rendered his decision on the basis that the respondent’s spouse was an external candidate. He noted that it was clear that she did not meet the definition of “full-time” as she did not provide evidence that she attended classes for 15 hours a week. However, even if she had not achieved 14 years of “full-time studies”, the officer had to consider whether she nevertheless met the definition of “full-time equivalent studies”. According to the applications Judge, the “full-time equivalent” requirement can be met whether the respondent’s spouse studied on her own or followed a formal course (reasons, at paragraph 9):

[11] Le juge de première instance a fait brièvement allusion au système d’éducation du Pakistan. Il a observé que les candidats au baccalauréat qui s’inscrivent comme « étudiants externes » (les candidats externes) peuvent obtenir leur diplôme sans avoir à se présenter en classe, que ce soit à temps plein ou à temps partiel (motifs, au paragraphe 8). À cet égard, il ressort de la preuve que les candidats externes [TRADUCTION] « ne sont pas obligés de se présenter en classe, d’effectuer des lectures obligatoires ou de remettre des travaux; ils n’ont qu’à se présenter à un examen pour chaque matière étudiée ». Le candidat externe qui veut se présenter à un examen doit : i) s’inscrire à une séance d’examen prévue à l’horaire; ii) remplir le formulaire approprié; et iii) acquitter les droits exigés. Une fois inscrit à l’examen, le candidat externe peut se préparer à l’examen en étudiant par lui-même ou avec l’aide d’un tuteur privé (affidavit de l’agent d’immigration, dossier d’appel, à la page 584, paragraphes 4 et 5).

[12] Pour distinguer un « candidat externe » d’un étudiant « régulier », on peut notamment comparer leur relevé de notes respectif. Le relevé de notes de l’étudiant régulier indique entre autres le programme auquel il est inscrit, l’année où il s’est présenté aux examens, l’établissement qu’il a fréquenté et ses résultats généraux. En revanche, le relevé de notes d’un candidat externe identifie l’étudiant sans donner le nom d’un établissement ou d’un collège affilié quelconque (affidavit de l’agent d’immigration, dossier d’appel, à la page 585, paragraphes 6 et 7).

[13] Le juge de première instance a rendu sa décision en partant du principe que l’épouse de l’intimé était une candidate externe. Il a fait observer qu’il était évident qu’elle ne satisfaisait pas à la définition de « temps plein » étant donné qu’elle n’avait pas présenté de preuve de sa présence en classe pendant 15 heures par semaine. Cependant, même si elle n’avait pas accumulé 14 années d’« études à temps plein », l’agent devait vérifier si elle satisfaisait quand même à la définition d’« équivalent temps plein ». Le juge de première instance s’est dit d’avis que l’épouse de l’intimé pouvait répondre à la définition d’« équivalent temps plein » qu’elle ait étudié par elle-même ou qu’elle se soit inscrite à un cours formel (motifs, au paragraphe 9) :

Even if she studied elsewhere, or on her own, whether part-time or on an accelerated basis, it seems to me she could meet the definition of “full-time equivalent” if she proved that the degree she obtained would ordinarily take 14 years of full-time study to obtain. Here, the evidence showed that she took exams over the course of two years and obtained a degree that ordinarily takes two years of full-time study to achieve. And she provided proof of twelve years of full-time study preceding her university credential.

[14] Applying this reasoning, the applications Judge held that the decision of the immigration officer was unreasonable because the evidence established that the respondent’s spouse successfully completed exams and obtained a degree that ordinarily takes two years of full-time study to obtain (reasons, at paragraphs 7 and 9). As such, the respondent was entitled to the 4 points. The applications Judge therefore allowed the application for judicial review and referred the matter to a different immigration officer with instructions that it be reconsidered in accordance with the regulatory requirements as he construed them.

[15] The applications Judge certified the following question of general importance:

Does the definition of “full-time equivalent” in [subsection] 78(2) of the [IRPR] merely require an assessment of the period of time that would have been needed to achieve a particular educational credential on a full-time basis, or does it also require a consideration of the nature and quantity of instruction the individual receives?

POSITION OF THE PARTIES

[16] The appellant submits that the applications Judge erred in holding that the definition of “full-time equivalent” applied on the facts of this case. The appellant submits that in order for this definition to apply, the respondent had to provide evidence that his spouse studied at an educational institution for a long period on a part-time basis or that she studied for a shorter more intense period to complete her studies. According to its wording, the definition has no other application.

Même si elle a étudié ailleurs, ou par elle-même, que ce soit à temps partiel ou dans un programme accéléré, il me semble qu’elle pourrait satisfaire à la définition d’« équivalent temps plein » si elle prouvait que le diplôme qu’elle a obtenu nécessiterait normalement 14 ans d’études à temps plein. En l’espèce, la preuve a révélé qu’elle s’était présentée à des examens sur une période de deux ans et qu’elle avait obtenu un diplôme qui nécessite normalement deux ans d’études à temps plein. Elle a présenté une preuve pour ses 12 années d’études à temps plein précédant son diplôme universitaire.

[14] Appliquant ce raisonnement, le juge de première instance a estimé que la décision de l’agent d’immigration était déraisonnable parce que la preuve révélait que l’épouse de l’intimé avait réussi des examens et obtenu un diplôme qui nécessite normalement deux ans d’études à temps plein (motifs, aux paragraphes 7 et 9). L’intimé avait donc droit à 4 points à ce titre. Le juge de première instance a par conséquent fait droit à la demande de contrôle judiciaire et a renvoyé l’affaire à un autre agent d’immigration en lui donnant pour instructions de la réexaminer conformément aux exigences réglementaires telles qu’il les interprétait.

[15] Le juge de première instance a certifié la question de portée générale suivante :

[TRADUCTION] La définition de l’expression « équivalent temps plein » figurant au paragraphe 78(2) du [RIPR] appelle-t-elle simplement l’appréciation des délais qui auraient été nécessaires pour qu’un étudiant inscrit à plein temps puisse compléter un programme scolaire particulier? Ou appelle-t-elle aussi la prise en compte de la nature et de l’aspect quantitatif de la formation suivie par l’intéressé?

POSITION DES PARTIES

[16] L’appelant soutient que le juge de première instance a commis une erreur en concluant que la définition d’« équivalent temps plein » s’appliquait aux faits de la présente affaire. L’appelant affirme que, pour que cette définition s’applique, l’intimé devait présenter des éléments de preuve démontrant que son épouse avait fréquenté à temps partiel un établissement d’enseignement pendant une longue période de temps ou qu’elle avait étudié de façon plus intensive pendant une période plus courte pour achever ses études. Le libellé de la définition ne se prête à aucune autre interprétation.

[17] It follows that the applications Judge could not rely on this definition in order to find that the spouse's diploma counted towards the 14 years of study she needed to complete before the respondent could be awarded the 4 points for her education.

[18] The respondent for his part takes the position that the applications Judge properly construed and applied the notion of "full-time equivalent". According to the respondent "full-time equivalent" includes "independent study" as well as "part-time studies" and the applications Judge properly applied this definition on the facts of this case.

[19] In the alternative, the respondent submits that his spouse did in fact attend courses and complete assignments at Sir Syed College—an affiliate of the University of Karachi—in order to obtain her educational credential. In support of this submission the respondent points to his spouse's marks sheet, which clearly states that she took Islamic studies and education studies and mentions "Paper I" in each case. According to the respondent, it is reasonable to infer from this that the respondent's spouse completed both "coursework" and exams as she had to perform various assignments in order to obtain her credential (memorandum of the respondent, at paragraph 23).

ANALYSIS AND DECISION

[20] Dealing first with this last issue, I note that the applications Judge did not accept that the respondent's spouse followed courses at a recognized educational institution or performed assignments, as he rendered his decision on the basis that she was an external candidate. I can detect no error in this regard.

[21] The mention of the word "paper" on the spouse's marks sheet does not necessarily mean that she performed assignments or did "coursework" as the respondent suggests. The word can also mean "a set of questions to be answered ... in an examination" (*Canadian Oxford Dictionary*, 2nd ed. Toronto: Oxford

[17] Il s'ensuit que le juge de première instance ne pouvait se fonder sur cette définition pour conclure que le diplôme de l'épouse de l'intimé était pris en compte pour le calcul des 14 années d'études qu'elle devait avoir complétées pour que l'intimé puisse se voir attribuer 4 points pour ses études.

[18] L'intimé adopte pour sa part le point de vue que le juge de première instance a correctement interprété et appliqué la notion d'« équivalent temps plein ». Suivant l'intimé, « l'autoapprentissage » et les « études à temps partiel » sont inclus dans la notion d'« équivalent temps plein » et c'est à bon droit que le juge de première instance a appliqué cette définition aux faits de l'espèce.

[19] À titre subsidiaire, l'intimé affirme que, pour obtenir son diplôme, son épouse a effectivement suivi des cours et remis des travaux au collège Sir Syed, établissement d'enseignement affilié à l'Université de Karachi. À l'appui de son argument, l'intimé cite le relevé de notes de son épouse, qui indique clairement qu'elle s'est inscrite à un cours d'études islamiques et à un cours d'études pédagogiques avec la mention « *Paper I* » dans chaque cas. Suivant l'intimé, on peut raisonnablement en déduire que l'épouse de l'intimé a effectué des [TRADUCTION] « travaux pratiques » et des examens, étant donné qu'elle devait s'acquitter de diverses obligations pour pouvoir obtenir son diplôme (mémoire de l'intimé, au paragraphe 23).

ANALYSE ET DÉCISION

[20] Abordant tout d'abord la dernière question, je constate que le juge de première instance n'a pas considéré que l'épouse de l'intimé avait suivi des cours dans un établissement d'enseignement reconnu ou qu'elle avait fait des travaux, étant donné qu'il a rendu sa décision en partant du principe qu'elle était une candidate externe. Je ne décèle aucune erreur à cet égard.

[21] La mention du mot « *paper* » dans le relevé de notes de l'épouse ne signifie pas nécessairement qu'elle a effectué des travaux ou des [TRADUCTION] « travaux pratiques » comme l'intimé le prétend. Suivant le *Canadian Oxford Dictionary*, 2^e éd., Toronto : Oxford University Press, 2004, le mot anglais « *paper* » peut

University Press, 2004). Counsel was unable to demonstrate why the word “paper” on the marks sheet should be construed as she suggests.

[22] Furthermore, when the spouse’s marks sheet is compared to that of the respondent who attended courses at the National Government College, one notes that, in contrast to her husband, she is labelled as an external candidate and no mention is made as to any institution she might have attended.

[23] The respondent also relied on a letter from the Registry of the University of Karachi dated January 2nd, 2008, which certifies that the degree obtained by the respondent’s spouse in 1985 “is equivalent to university degree of two years and 14 years of full-time education/studies”.

[24] I do not believe that this letter can be of assistance to the respondent as it is apparent that it was framed so as to opine on the very issue that is to be decided in the present case.

[25] The central issue in this appeal turns on the interpretation of the definition of “full-time equivalent”. This is a pure question of statutory construction which stands to be decided on a standard of correctness. In ascertaining the meaning and effect of this definition, the Court must bear in mind that (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paragraph 21):

... 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.

[26] It is common ground that the definition of “full-time equivalent” applies to those who obtain an educational credential through “part-time or accelerated studies”. The question is whether the definition also extends to those who successfully complete their studies on their own through what the parties have described as

également s’entendre d’une [TRADUCTION] « série de questions posées dans le cadre d’un examen ». L’avocate n’a pas réussi à expliquer pourquoi le mot « *paper* » que l’on trouve dans le relevé de notes devrait être interprété comme elle le propose.

[22] De plus, lorsqu’on compare le bulletin de notes de l’épouse de l’intimé avec celui de ce dernier, qui a fréquenté le National Government College, on constate que, contrairement à son mari, elle y est qualifiée de « candidate externe » et qu’aucune mention n’est faite en ce qui concerne un établissement qu’elle aurait pu fréquenter.

[23] L’intimé s’est également fondé sur une lettre en date du 2 janvier 2008 dans laquelle le registraire de l’Université de Karachi atteste que le diplôme obtenu par l’épouse de l’intimé en 1985 [TRADUCTION] « équivaut à un diplôme universitaire nécessitant deux années d’études et à 14 années d’études à temps plein ».

[24] Je ne crois pas que cette lettre puisse être utile pour l’intimé puisqu’il est évident qu’elle a été formulée pour donner un avis sur la question précise à trancher en l’espèce.

[25] La question centrale à trancher dans le présent appel porte sur l’interprétation de la définition de l’expression « équivalent temps plein ». Il s’agit d’une pure question d’interprétation des lois qui doit être tranchée selon la norme de la décision correcte. Pour établir le sens et l’effet de cette définition, la Cour doit tenir compte du fait que (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au paragraphe 21) :

[TRADUCTION] [...] il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur.

[26] Il est acquis aux débats que la définition de l’expression « équivalent temps plein » s’applique aux personnes qui ont obtenu un diplôme à la suite « d’études à temps partiel ou d’études accélérées ». La question qui se pose est celle de savoir si la définition s’étend aussi à ceux qui achèvent avec succès leurs études par eux-

“self-study” or what I believe is more appropriately described as “independent study”.

[27] The applications Judge answered this question in the affirmative. He held that the definition applies regardless of the manner in which the degree is obtained (reasons, at paragraph 9).

[28] On the face of it, the definition of “full-time equivalent” is restricted to persons engaged in “part-time or accelerated studies”. It simply provides that such persons will, upon obtaining an “educational credential” (i.e. a university degree in this case), be credited with the number of hours of instruction that would have been required to obtain the same degree on a full-time basis. When, as is the case here, a university degree is involved, the term “studies” is defined as those “undertaken at a university” (see the definition of “studies” quoted at paragraph 8, above).

[29] Thus for example, a person who engages in part-time studies and obtains a university degree after two years of studies, in circumstances where the same degree can be obtained on a full-time basis after one year, will be credited with having been engaged in a program of study of “at least 15 hours of instruction per week” during a single year. Conversely, a person who engages in accelerated studies and obtains a university degree after one year of studies, in circumstances where the same degree is obtained on a full-time basis over the course of two years, is credited with having been engaged in a program of study of “at least 15 hours of instruction per week” over two years.

[30] The net result is that a person who obtains a degree through “part-time or accelerated studies” is deemed to have studied the equivalent number of hours as someone who obtained the same degree on a full-time basis. Significantly, no other form of equivalency is created by the definition.

mêmes en [TRADUCTION] « étudiant par eux-mêmes », pour reprendre l’expression employée par les parties, ou en se livrant à ce qu’on pourrait appeler plus justement « de l’autoapprentissage ».

[27] Le juge de première instance a répondu à cette question par l’affirmative. Il a estimé que la définition s’appliquait indépendamment de la manière dont le diplôme était obtenu (motifs, au paragraphe 9).

[28] À première vue, la définition de l’expression « équivalent temps plein » ne vaut que pour les personnes qui font des « études à temps partiel ou [des] études accélérées ». Cette définition prévoit simplement qu’après avoir obtenu un « diplôme » (c.-à-d. un diplôme universitaire dans le cas qui nous occupe), ces personnes se voient créditer le nombre d’heures d’enseignement qui auraient été nécessaires pour obtenir le même diplôme si elles avaient étudié à temps plein. Lorsque, comme c’est le cas en l’espèce, on a affaire à un diplôme universitaire, le terme « études » s’entend d’« [é]tudes dans une université » (voir la définition d’« études » citée au paragraphe 8).

[29] Ainsi, la personne qui est aux études à temps partiel et qui obtient un diplôme universitaire après deux ans d’études dans des circonstances dans lesquelles le même diplôme peut être obtenu à temps plein après un an est réputée avoir suivi « 15 heures de cours par semaine » pendant une seule année. En revanche, la personne qui fait des études accélérées et qui obtient un diplôme après un an d’études, dans des circonstances dans lesquelles le même diplôme peut être obtenu à temps plein après deux ans, est réputée avoir suivi « 15 heures de cours par semaine » pendant deux ans.

[30] En définitive, la personne qui obtient un diplôme à la suite « d’études à temps partiel ou d’études accélérées » est réputée avoir étudié un nombre d’heures équivalent à celui de la personne qui obtient le même diplôme à la suite d’études à temps plein. Fait significatif à signaler, la définition ne prévoit aucune autre forme d’équivalence.

[31] The construction given by the applications Judge ignores this limitation. There is in this case no discrepancy in terms of time studied as, based on his own finding, the respondent's spouse took two years to obtain a degree that ordinarily takes two years of full-time study to achieve (reasons, at paragraph 9). It follows that there were no hours to equate. The equivalence identified by the applications Judge goes to the mode or manner of studies rather than the time required to complete them. The definition does not operate this way.

[32] Beyond this, the interpretation which the applications Judge proposes does not take into account the defined meaning of the word "studies" which, in the case of a university degree means those "undertaken at a university" [emphasis added]. Nor does it take into account the definition of "educational credential" in section 73 (see paragraph 7, above) which means "diploma, degree or trade or apprenticeship credential issued on the completion of a program of study ... at an educational or training institution recognized by the authorities" [emphasis added]. Based on the applications Judge's reasoning, the definition of "full-time equivalent" would apply whether or not these requirements are met.

[33] On a correct construction of the definition of "full-time equivalent", the respondent's spouse failed to meet the two requirements of subparagraph 78(2)(d)(ii) in that she did not obtain an educational credential as defined or achieve 14 years of full-time or full-time equivalent studies. It follows that the immigration officer came to the proper conclusion and the applications Judge erred in intervening.

[34] I would therefore allow the appeal, set aside the decision of the applications Judge, restore the decision of the immigration officer and answer the certified question as follows:

The definition of "full-time equivalent" applies when there is a discrepancy between the time in which a particular "educational credential" (as defined) is obtained by an individual and

[31] L'interprétation retenue par le juge de première instance méconnaît cette restriction. Il n'y a en l'espèce aucun écart en ce qui concerne le nombre d'heures d'études, puisque comme le juge l'a lui-même reconnu, l'épouse de l'intimé a pris deux ans pour obtenir un diplôme qui nécessite normalement deux ans d'études à temps plein (motifs, au paragraphe 9). Il n'y avait donc pas d'équivalence d'heures à calculer. L'équivalence indiquée par le juge de première instance porte sur le mode d'études plutôt que sur le temps requis pour les compléter. La définition ne fonctionne pas de cette façon.

[32] Par ailleurs, l'interprétation que le juge de première instance propose ne tient pas compte de la définition du mot « études » qui, dans le cas d'un diplôme universitaire, s'entend des « [é]tudes dans une université » [non souligné dans l'original]. Elle ne tient pas compte non plus de la définition de l'expression « diplôme » à l'article 73 (voir, plus haut, au paragraphe 7), soit « [t]out diplôme, certificat de compétence ou certificat d'apprentissage obtenu conséquentement à la réussite d'un programme d'études [...] offert par un établissement d'enseignement ou de formation reconnu par les autorités » [non souligné dans l'original]. Si l'on suit le raisonnement du juge de première instance, la définition de l'expression « équivalent temps plein » s'appliquerait, peu importe que ces conditions soient remplies ou non.

[33] Suivant l'interprétation correcte de la définition de l'expression « équivalent temps plein », l'épouse de l'intimé ne satisfaisait pas aux deux conditions prévues au sous-alinéa 78(2)d(ii), en ce sens qu'elle n'a ni obtenu un diplôme au sens du RIPR ni accumulé 14 années d'études à temps plein ou « l'équivalent temps plein ». Il s'ensuit que l'agent d'immigration a tiré la bonne conclusion et que le juge de première instance a commis une erreur en intervenant.

[34] Je suis par conséquent d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler la décision du juge de première instance, de rétablir la décision de l'agent d'immigration et de répondre comme suit à la question certifiée :

La définition de l'expression « équivalent temps plein » s'applique lorsqu'il existe un écart entre le temps qu'une personne a pris pour obtenir un « diplôme » (au sens de la

the time required to obtain the same credential on a full-time basis by reason of having followed part-time or accelerated studies at an educational or training institution recognized by the authorities. It follows that the definition requires a consideration of both the nature and quantity of instruction received by the individual.

PELLETIER J.A.: I agree.

TRUDEL J.A.: I agree.

définition du Règlement) et le temps nécessaire pour obtenir le même diplôme à temps plein en ayant suivi des cours à temps partiel ou effectué des études accélérées dans un établissement d'enseignement ou de formation reconnu par les autorités. Il s'ensuit que la définition exige que l'on tienne compte à la fois de la nature et de l'aspect quantitatif de la formation reçue par l'intéressé.

LE JUGE PELLETIER, J.C.A. : Je suis d'accord.

LA JUGE TRUDEL, J.C.A. : Je suis d'accord.

A-394-09
2011 FCA 19

A-394-09
2011 CAF 19

Robert Kane (*Appellant*)

Robert Kane (*appelant*)

v.

c.

Attorney General of Canada and Public Service Commission (*Respondents*)

Procureur général du Canada et Commission de la fonction publique (*intimés*)

INDEXED AS: KANE v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

RÉPERTORIÉ : KANE c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Federal Court of Appeal, Evans, Dawson and Stratas J.J.A.—Ottawa, October 20, 2010 and January 19, 2011.

Cour d'appel fédérale, juges Evans, Dawson et Stratas, J.C.A.—Ottawa, 20 octobre 2010 et 19 janvier 2011.

Public Service — Selection Process — Merit Principle — Appeal from Federal Court decision dismissing judicial review of Public Service Staffing Tribunal decision dismissing complaint of abuse of authority made under Public Service Employment Act, s. 77(1)(b) — Appellant public servant, deployed to work as service delivery manager at Service Canada — Appellant's position replaced by regional manager position which appellant occupying in acting capacity — Advertised appointment process begun to fill regional manager position — Appellant taking part in competition but failing tests — Appellant alleging, in complaint filed with Tribunal, position not new but constituting appellant's old service delivery manager position — Tribunal concluding that, given breadth of discretion conferred on employer by Act, s. 33, abuse of authority complaint could not be based simply on fact position had been filled after advertised internal appointment process — Federal Court agreeing with Tribunal's decision — Whether Tribunal erring in deciding that employer not abusing authority herein; that appellant failing to prove that decision not to appoint him as regional manager caused by abuse of authority — Per Evans J.A. (Dawson J.A. concurring): Breadth of discretion conferred on employer by Act, s. 33 such that whether position new constituting factor employer may consider — Tribunal committing reviewable error when regarding as irrelevant to complaint distinction between new, reclassified positions; that employer's characterization of position as new incapable of grounding abuse of authority complaint — Decision made pursuant to s. 33 arbitrary if based on irrational finding of material fact, which employer may consider in exercise of power — Also unreasonable for Tribunal to dismiss appellant's complaint on basis failed to prove that, even if decision to advertise position constituting abuse of authority, not reason why appellant not appointed thereto — Appeal allowed — Per Stratas J.A. (dissenting): Tribunal adopting defensible interpretation, application, exercise of Parliament's law based on plain wording of Act, s. 33 — Tribunal's view that employer exercising authority within

Fonction publique — Procédure de sélection — Principe du mérite — Appel à l'encontre de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire visant la décision par laquelle le Tribunal de la dotation de la fonction publique a rejeté la plainte d'abus de pouvoir présentée en vertu de l'art. 77(1)(b) de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique — L'appellant est un fonctionnaire qui a fait l'objet d'une mutation pour travailler comme gestionnaire de la prestation des services à Service Canada — Le poste de l'appellant a été remplacé par le poste de gestionnaire régional que l'appellant occupait à titre intérimaire — Un processus de nomination annoncé a été lancé en vue de doter le poste de gestionnaire régional — L'appellant a pris part au concours mais a échoué aux tests — Dans la plainte qu'il a déposée auprès du Tribunal, l'appellant a allégué que le poste n'était pas nouveau, mais qu'il s'agissait de son ancien poste de gestionnaire de la prestation des services — Le Tribunal a conclu que, compte tenu de la portée du pouvoir discrétionnaire conféré à l'employeur par l'art. 33 de la Loi, une plainte d'abus de pouvoir ne pouvait être fondée sur le simple fait qu'un poste avait été doté au terme d'un processus annoncé de nomination interne — La Cour fédérale a souscrit à la décision du Tribunal — Il s'agissait de savoir si le Tribunal a commis une erreur en décidant que l'employeur n'a pas commis d'abus de pouvoir en l'espèce et que l'appellant n'a pas démontré que la décision de ne pas le nommer au poste de gestionnaire régional s'expliquait par un abus de pouvoir — Le juge Evans, J.C.A. (la juge Dawson, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : La portée du pouvoir discrétionnaire conféré à l'employeur par l'art. 33 de la Loi est telle que celui-ci peut effectivement tenir compte de la question de savoir s'il s'agit d'un nouveau poste — Le Tribunal a commis une erreur susceptible de révision en considérant comme sans importance dans le cas d'une plainte la distinction entre un nouveau poste et un poste reclassifié, et que le fait que l'employeur qualifiait le poste de nouveau poste ne pouvait donner ouverture à une plainte d'abus de pouvoir — La décision rendue en vertu de

ambit of s. 33, not committing “abuse of authority” defensible particularly on unusual factual record in present case — Majority failing to engage in truly deferential reasonableness review when concluding that Tribunal failing to take into account relevant consideration (newness of position) — Resulting in insufficient deference to Tribunal’s decision.

This was an appeal from a Federal Court decision dismissing a judicial review application of a Public Service Staffing Tribunal decision dismissing a complaint of abuse of authority made under paragraph 77(1)(b) of the *Public Service Employment Act*.

The appellant had worked as a federal public servant for 30 years. When the Government of Canada created Service Canada, the appellant was deployed to fill the position of service delivery manager therein. Later a regional manager position replaced the position the appellant had occupied. An advertised appointment process was started to fill, in particular, the regional manager position in question. While the appellant took part in the internal competition, he failed one component of the standardized tests and was no longer considered for that position. Nevertheless, the appellant occupied that position in an acting capacity until it was filled. On the appointment of the regional manager, the appellant filed his complaint of abuse of authority with the Tribunal, claiming that Service Canada had abused its authority by making the appointment from a pool of candidates selected as a result of an advertised internal competition and by not appointing him. He also alleged that the regional manager position was not new but his old position as service delivery manager reclassified. The Tribunal concluded that, given the breadth of the discretion conferred by section 33 of the Act over the appointment process, a complaint of abuse of authority could not be based simply on the fact that a position had been filled after an advertised internal appointment process. It also found that the appellant had not been appointed regional manager because he failed one of the standardized tests taken by

l’art. 33 est arbitraire si elle repose sur une conclusion irrationnelle portant sur un fait important dont l’employeur peut tenir compte pour exercer son pouvoir — Il était également déraisonnable de la part du Tribunal de rejeter la plainte de l’appelant parce qu’il n’a pas prouvé que, même si la décision d’annoncer le poste constituait un abus de pouvoir, ce n’était pas la raison pour laquelle il n’a pas été nommé à ce poste — Appel accueilli — Le juge Stratias, J.C.A. (dissident) : Le Tribunal a procédé à une interprétation et à une application d’une loi fédérale qui se justifiaient en raison des termes clairs de l’art. 33 de la Loi — L’avis du Tribunal selon lequel l’employeur a exercé son pouvoir en respectant le cadre prévu à l’art. 33 et n’a donc pas commis d’« abus de pouvoir » se justifiait, surtout si l’on tient compte du dossier factuel inusité de la présente affaire — Les juges majoritaires n’ont pas procédé à un contrôle de la raisonnablement véritablement empreint de déférence en concluant que le Tribunal n’a pas tenu compte d’une considération pertinente (la nouveauté du poste) — Cette approche s’est traduite par une déférence insuffisante à l’égard de la décision du Tribunal.

Il s’agissait d’un appel à l’encontre de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire visant la décision par laquelle le Tribunal de la dotation de la fonction publique a rejeté la plainte d’abus de pouvoir présentée en vertu de l’alinéa 77(1)(b) de la *Loi sur l’emploi dans la fonction publique*.

L’appelant travaillait comme fonctionnaire fédéral depuis 30 ans. Lorsque le gouvernement du Canada a créé Service Canada, l’appelant a fait l’objet d’une mutation pour y pourvoir au poste de gestionnaire de la prestation des services. Plus tard, le poste de gestionnaire régional a remplacé le poste que l’appelant avait occupé. Un processus de nomination annoncé a été lancé en vue de doter, notamment, le poste de gestionnaire régional en question. L’appelant a pris part au concours interne, mais a échoué à l’un des volets des tests standardisés et sa candidature n’a plus été considérée pour ce poste. L’appelant a néanmoins occupé ce poste à titre intérimaire jusqu’à ce qu’il soit doté. À la nomination du gestionnaire régional, l’appelant a déposé sa plainte d’abus de pouvoir auprès du Tribunal, alléguant que Service Canada avait abusé de ses pouvoirs en procédant à la nomination en cause à partir d’un répertoire de candidats sélectionnés à la suite d’un concours interne annoncé et en ne le nommant pas. Il a également allégué que le poste de gestionnaire régional n’était pas nouveau, mais qu’il s’agissait d’une reclassification de son ancien poste de gestionnaire de la prestation des services. Le Tribunal a conclu que, compte tenu de la portée du pouvoir discrétionnaire conféré par l’article 33 de la Loi en ce qui concerne le processus de nomination, une plainte d’abus de pouvoir ne pouvait être fondée sur le simple fait qu’un poste avait été doté au terme d’un processus annoncé de nomination

candidates for the position. The Federal Court found that the Tribunal's decision was not unreasonable.

The issues were whether the Tribunal erred in deciding that the decision to fill the regional manager position on the basis of an advertised internal appointment process was not an abuse of authority and, if there was an abuse of authority in the choice of an advertised process, whether it erred in finding that the appellant had failed to prove that the decision not to appoint him as regional manager was caused by the abuse of authority.

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

Per Evans J.A. (Dawson J.A. concurring): While the Act does not link the choice of internal appointment process under section 33 thereof to whether a position is new or reclassified, the breadth of the discretion conferred by section 33 on the employer is such that whether a position is new is a factor that the employer may consider. However, it is not a factor that the employer must take into account if section 33 is to be exercised lawfully. The Tribunal committed a reviewable error when it regarded as irrelevant to a complaint of abuse of authority under paragraph 77(1)(b) of the Act the distinction between new and reclassified positions when the employer gave the newness of the regional manager position as the principal reason for the decision to advertise. The Tribunal's error was to proceed on the assumption that, because section 33 does not require the employer to take into account whether the position was new or reclassified, the employer's characterization of the position as new was incapable of grounding a complaint of abuse of authority. This error rendered the Tribunal's resulting decision unreasonable because it precluded the appellant from attempting to establish that the employer's characterization of the position as new had no rational basis. A decision pursuant to section 33 is arbitrary if based on an irrational finding of a material fact, which the employer may consider in the exercise of the power. It was therefore unreasonable for the Tribunal to have declined to determine whether the decision to advertise was made on the basis of a finding of relevant fact for which there was no rational support in the facts or the applicable criteria, namely, the characterization of the regional manager's position as new.

interne. Il a également conclu que l'appelant n'avait pas été nommé gestionnaire régional parce qu'il avait échoué à l'un des tests standardisés administrés aux candidats à ce poste. La Cour fédérale a conclu que la décision du Tribunal n'était pas déraisonnable.

Il s'agissait de savoir si le Tribunal a commis une erreur en décidant que la décision de doter le poste de gestionnaire régional en recourant à un processus annoncé de nomination interne ne constituait pas un abus de pouvoir et, si le choix d'un processus annoncé constituait un abus de pouvoir, s'il a commis une erreur en concluant que l'appelant n'avait pas démontré que la décision de ne pas le nommer au poste de gestionnaire régional s'expliquait par cet abus de pouvoir.

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

Le juge Evans, J.C.A. (la juge Dawson, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : Si la Loi ne fait pas dépendre le choix d'un processus de nomination interne en vertu de son article 33 de la question de savoir s'il s'agit d'un nouveau poste ou d'un poste reclassifié, la portée du pouvoir discrétionnaire conféré à l'employeur par l'article 33 est telle que l'employeur peut effectivement tenir compte de la question de savoir s'il s'agit d'un nouveau poste. Cependant, il ne s'agit pas d'un facteur dont l'employeur doit tenir compte pour exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère l'article 33. Le Tribunal a commis une erreur susceptible de révision en considérant comme sans importance dans le cas d'une plainte d'abus de pouvoir présentée en vertu de l'alinéa 77(1)b) de la Loi la distinction entre un nouveau poste et un poste reclassifié, alors que l'employeur invoque la nouveauté du poste de gestionnaire régional comme principale raison pour justifier sa décision d'annoncer le poste. L'erreur du Tribunal a été de partir à tort du principe que, parce que l'article 33 n'oblige pas l'employeur à tenir compte du fait qu'il s'agit d'un nouveau poste ou d'un poste reclassifié, le fait que l'employeur qualifiait le poste de nouveau poste ne pouvait donner ouverture à une plainte d'abus de pouvoir. Cette erreur a rendu déraisonnable la décision que le Tribunal a rendue parce qu'elle empêchait l'appelant de tenter de démontrer que le fait que l'employeur qualifiait le poste de nouveau poste n'avait aucun fondement rationnel. La décision rendue en vertu de l'article 33 est arbitraire si elle repose sur une conclusion irrationnelle portant sur un fait important dont l'employeur peut tenir compte pour exercer son pouvoir. Il était donc déraisonnable de la part du Tribunal de refuser de déterminer si la décision d'annoncer avait été prise sur le fondement d'une conclusion portant sur un fait pertinent qui ne trouvait aucun fondement rationnel dans les faits ou dans les critères applicables, à savoir le fait de qualifier le poste de gestionnaire régional de nouveau poste.

It was unreasonable for the Tribunal to dismiss the appellant's complaint because the appellant had failed to prove that, even if the decision to advertise constituted an abuse of authority, it was not the reason why he was not appointed. The Tribunal's reasoning assumed that, absent an abuse of authority in deciding to fill the position on the basis of an advertised internal appointment process, the employer would still have used the same methods to assess whether the appellant had the necessary skills and qualifications to fill the regional manager position on a permanent basis and this was pure speculation.

Per Stratas J.A. (dissenting): The Tribunal adopted a defensive interpretation, application and exercise of Parliament's law based on the plain wording of section 33 of the Act, Parliament's repeal of the new/reclassified distinction and the purposes of the Act. The Tribunal's view that the employer exercised its authority within the ambit of section 33 and did not commit an "abuse of authority" was defensible particularly on the unusual factual record in this case. The majority did not engage in truly deferential reasonableness review when it concluded that the Tribunal failed to take into account a relevant consideration (newness consideration), and this resulted in insufficient deference.

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(4) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).

Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 10 (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 10).

Public Service Employment Act, S.C. 2003, c. 22, ss. 12, 13, ss. 2(4), 15(1),(3), 30(1),(2)(a),(4), 33, 36, 47, 67(1),(3), 77, 81(1), 82, 88(1),(2),(3)(b), 95(2), 98(1), 99(3), 102.

Public Service Employment Regulations, 2000, SOR/2000-80, s. 5(2)(b).

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.

CONSIDERED:

Lavigne v. Canada (Deputy Minister of Justice), 2009 FC 684, 352 F.T.R. 269; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 SCC 19, [2003] 1

Il était déraisonnable de la part du Tribunal de rejeter la plainte de l'appelant parce que celui-ci n'avait pas prouvé que, même si la décision d'annoncer le poste constituait un abus de pouvoir, ce n'était pas la raison pour laquelle il n'avait pas été nommé à ce poste. Le raisonnement du Tribunal supposait qu'à défaut d'abus de pouvoir entachant la décision de doter le poste à la suite d'un processus de nomination interne annoncé, l'employeur aurait quand même employé les mêmes méthodes pour vérifier si l'appelant possédait les compétences et les qualifications nécessaires pour occuper de façon permanente le poste de gestionnaire régional et il s'agissait de pures spéculations.

Le juge Stratas, J.C.A. (dissident) : Le Tribunal a procédé à une interprétation et à une application d'une loi fédérale qui se justifiaient en raison des termes clairs de l'article 33 de la Loi, de l'abolition par le législateur de la distinction entre les nouveaux postes et les postes reclassifiés et des objectifs de la Loi. L'avis du Tribunal selon lequel l'employeur a exercé son pouvoir en respectant le cadre prévu à l'article 33 et n'a donc pas commis d'« abus de pouvoir » se justifiait, surtout si l'on tient compte du dossier factuel inusité de la présente affaire. Les juges majoritaires n'ont pas procédé à un contrôle de la raisonnablement véritablement empreint de déférence en concluant que le Tribunal n'a pas tenu compte d'une considération pertinente (le facteur de la nouveauté), ce qui s'est traduit par une déférence insuffisante.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.C. 2003, ch. 22, art. 12, 13, art. 2(4), 15(1),(3), 30(1),(2)(a),(4), 33, 36, 47, 67(1),(3), 77, 81(1), 82, 88(1),(2),(3)(b), 95(2), 98(1), 99(3), 102.

Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 10 (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 10).

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(4) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).

Règlement sur l'emploi dans la fonction publique (2000), DORS/2000-80, art. 5(2)(b).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

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

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Lavigne c. Canada (Sous-ministre de la Justice), 2009 CF 684; *Dr. Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226;

S.C.R. 226, 223 D.L.R. (4th) 599, [2003] 5 W.W.R. 1; *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.

REFERRED TO:

Tibbs v. Deputy Minister of National Defence et al., 2006 PSST 8; *Bowman et al. v. Deputy Minister of Citizenship and Immigration Canada et al.*, 2008 PSST 12; *Chiasson v. Deputy Minister of Canadian Heritage et al.*, 2008 PSST 27; *Jacobsen v. Deputy Minister of Environment Canada et al.*, 2009 PSST 8; *Glasgow v. Deputy Minister of Public Works and Government Services Canada et al.*, 2008 PSST 7; *Crevier v. Attorney General of Quebec et al.*, [1981] 2 S.C.R. 220, (1981), 127 D.L.R. (3d) 1, 38 N.R. 541; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, (1988), 35 Admin. L.R. 153, 95 N.R. 161; *Montréal (City) v. Montreal Port Authority*, 2010 SCC 14, [2010] 1 S.C.R. 427, 317 D.L.R. (4th) 193, 99 Admin. L.R. (4th) 167; *Dalton v. Criminal Injuries Compensation Board* (1982), 36 O.R. (2d) 394 (Div. Ct.); *Canada (Attorney General) v. Almon Equipment Limited*, 2010 FCA 193, 12 Admin. L.R. (5th) 161, 405 N.R. 193.

AUTHORS CITED

Jones, David Phillip and Anne S. de Villars. *Principles of Administrative Law*, 5th ed. Toronto: Carswell, 2009.

Mullan, David. “Deference from *Baker* to *Suresh* and Beyond—Interpreting the Conflicting Signals” in David Dyzenhaus, ed. *The Unity of Public Law*, Oxford: Hart Publishing, 2004.

Mullan, David J. *Administrative Law*. Toronto: Irwin Law, 2001.

Mullan, David J. “Establishing the Standard of Review: The Struggle for Complexity?” (2004), 17 *C.J.A.L.P.* 59. *Nouveau Petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. Paris: Dictionnaires Le Robert, 2010, “notamment”.

Public Service Commission of Canada. *Appointment Policy Questions and Answers*, online: <<http://www.psc-cfp.gc.ca/plcy-pltq/qa-qr/appointment-nomination/choice-choix-eng.htm>>.

Public Service Human Resources Management Agency of Canada. *Guidelines on reclassification*, online: <<http://www.tbs-sct.gc.ca/chro-dprh/pol/recls-eng.asp>>.

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

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

DÉCISIONS CITÉES :

Tibbs c. le sous-ministre de la Défense nationale et al., 2006 TDFP 8; *Bowman et al. c. le sous-ministre de Citoyenneté et Immigration Canada et al.*, 2008 TDFP 12; *Chiasson c. le sous-ministre du Patrimoine canadien et al.*, 2008 TDFP 27; *Jacobsen c. le sous-ministre d'Environnement Canada et al.*, 2009 TDFP 8; *Glasgow c. le sous-ministre de Travaux publics et Services gouvernementaux Canada et al.*, 2008 TDFP 7; *Crevier c. Procureur général du Québec et autres*, [1981] 2 R.C.S. 220; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Montréal (Ville) c. Administration portuaire de Montréal*, 2010 CSC 14, [2010] 1 R.C.S. 427; *Dalton v. Criminal Injuries Compensation Board* (1982), 36 O.R. (2d) 394 (C. div.); *Canada (Procureur général) c. Almon Equipment Limited*, 2010 CAF 193.

DOCTRINE CITÉE

Agence de gestion des ressources humaines de la fonction publique du Canada. *Lignes directrices sur la reclassification*, en ligne : <<http://www.tbs-sct.gc.ca/chro-dprh/pol/recls-fra.asp>>.

Commission de la fonction publique du Canada. *Les lignes directrices en matière de nomination : questions et réponses*, en ligne : <<http://www.psc-cfp.gc.ca/plcy-pltq/qa-qr/appointment-nomination/choice-choix-fra.htm>>.

Jones, David Phillip et Anne S. de Villars. *Principles of Administrative Law*, 5^e éd. Toronto : Carswell, 2009.

Mullan, David. « Deference from *Baker* to *Suresh* and Beyond—Interpreting the Conflicting Signals » dans David Dyzenhaus, éd. *The Unity of Public Law*, Oxford : Hart Publishing, 2004.

Mullan, David J. *Administrative Law*. Toronto : Irwin Law, 2001.

Mullan, David J. « Establishing the Standard of Review: The Struggle for Complexity? » (2004), 17 *R.C.D.A.P.* 59. *Nouveau Petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. Paris : Dictionnaires Le Robert, 2010, « notamment ».

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5^e éd. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2008.

APPEAL from a Federal Court decision (2009 FC 740, 356 F.T.R. 127) dismissing an application for judicial review of a Public Service Staffing Tribunal decision (2007 PSST 0035) dismissing the appellant's complaint of abuse of authority made pursuant to paragraph 77(1)(b) of the *Public Service Employment Act*. Appeal allowed, Stratas J.A. dissenting.

APPEL à l'encontre de la décision (2009 CF 740) par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire visant la décision (2007 TDFP 0035) par laquelle le Tribunal de la dotation de la fonction publique a rejeté la plainte d'abus de pouvoir présentée par l'appelant en vertu de l'alinéa 77(1)b) de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*. Appel accueilli, le juge Stratas, J.C.A., étant dissident.

APPEARANCES

Andrew Raven for appellant.
Martin Desmeules and *Richard Fader* for respondents.

ONT COMPARU

Andrew Raven pour l'appelant.
Martin Desmeules et *Richard Fader* pour les intimés.

SOLICITORS OF RECORD

Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck LLP/s.r.l., Ottawa, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondents.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck LLP/s.r.l., Ottawa, pour l'appelant.
Le sous-procureur général du Canada pour les intimés.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

EVANS J.A.:

LE JUGE EVANS, J.C.A. :

A. INTRODUCTION

A. INTRODUCTION

[1] It is an essential precept of the federal public service that appointments are based on merit. The merit principle as previously understood was modified by the *Public Service Employment Act*, S.C. 2003, c. 22, ss. 12, 13 (PSEA), part of a package of legislative measures to modernize employment and labour relations in the public sector.

[1] Un des principes fondamentaux au sein de la fonction publique fédérale est que les nominations sont fondées sur le mérite. Le principe du mérite, tel qu'on l'entendait, a été modifié par la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, art. 12, 13 (la Loi), dans la foulée d'un train de mesures législatives visant à moderniser l'emploi et les relations de travail dans le secteur public.

[2] In particular, the PSEA removes the previous statutory distinction between comparative and individual merit, and confers more discretion on management to appoint on the basis that a person is qualified for an appointment, without having to consider whether he or she is necessarily the best qualified. In this way, the PSEA aims to introduce more flexibility and reduce delay in federal public service staffing and appointment decisions.

[2] En particulier, la Loi a supprimé la distinction que la loi faisait auparavant entre le mérite comparatif et le mérite individuel, et elle a conféré une plus grande latitude aux gestionnaires pour nommer une personne jugée qualifiée pour un poste, sans avoir à déterminer s'il s'agit nécessairement de la personne la plus qualifiée. La Loi vise ainsi à offrir une plus grande souplesse et à réduire les délais dans les décisions de dotation et de nomination au sein de la fonction publique fédérale.

[3] A key distinction now made by the PSEA is between an advertised and a non-advertised internal appointment process. Thus, section 33 confers an unnumbered discretion on the Public Service Commission (Commission), and its delegates, to decide whether to make an appointment on the basis of an advertised or a non-advertised internal appointment process. A disappointed candidate may complain to the Public Service Staffing Tribunal (Tribunal) of an abuse of authority by the employer in the exercise of this discretion.

[4] Although Robert Kane had been a federal public servant for 30 years, he was not appointed to the position that he was occupying in a temporary capacity. He complained to the Tribunal that the Deputy Head of Service Canada, as part of the Department of Human Resources and Social Development (Deputy Head), had abused her authority by making the appointment from a pool of candidates, selected as a result of an advertised internal competition, and by not appointing him. He alleged that the decision to advertise was based on the erroneous view that the position in question was newly created, whereas in fact, he maintained, it was a reclassification of the position that he had occupied.

[5] The Tribunal dismissed Mr. Kane's complaint in a decision dated August 3, 2007: 2007 PSST 0035 [*Kane v. Deputy Head of Service Canada et al.*]. It concluded that, given the breadth of the discretion conferred by section 33 over the appointment process, whether the position was newly created or reclassified was irrelevant. Mr. Kane's application for judicial review to set aside the Tribunal's decision was dismissed by the Federal Court: 2009 FC 740, 356 F.T.R. 127. He appeals that decision to this Court.

[6] The principal question to be decided in this appeal is whether it was unreasonable for the Tribunal to proceed on the assumption that the choice of an internal appointment process on the basis of an incorrect fact

[3] Une des distinctions les plus importantes que fait maintenant la Loi est celle qui existe entre les processus de nomination interne annoncés et les processus de nomination interne non annoncés. Ainsi, l'article 33 confère un pouvoir discrétionnaire absolu à la Commission de la fonction publique (la Commission) et à ses délégués pour décider si, en vue d'une nomination, il y a lieu d'avoir recours à un processus de nomination annoncé ou à un processus de nomination non annoncé. Le candidat malheureux peut porter plainte devant le Tribunal de la dotation de la fonction publique (le Tribunal) en cas d'abus de pouvoir commis par l'employeur dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire.

[4] Même s'il était un fonctionnaire fédéral depuis 30 ans, Robert Kane n'a pas été nommé au poste qu'il occupait à titre temporaire. Il a porté plainte devant le Tribunal en alléguant que l'administratrice générale de Service Canada, lequel relève du ministère des Ressources humaines et du Développement social (l'administratrice générale), avait abusé de ses pouvoirs en procédant à la nomination en cause à partir d'un répertoire de candidats sélectionnés à la suite d'un concours interne annoncé et en ne le nommant pas. Il alléguait que la décision d'annoncer le concours reposait sur l'opinion erronée que le poste en question venait d'être créé alors que, selon ce qu'il affirmait, il s'agissait d'une reclassification du poste qu'il avait occupé.

[5] Le Tribunal a rejeté la plainte de M. Kane dans une décision datée du 3 août 2007, 2007 TDFP 0035 [*Kane c. l'administrateur général de Service Canada et al.*]. Le Tribunal a conclu que, compte tenu de la portée du pouvoir discrétionnaire conféré par l'article 33 en ce qui concerne le processus de nomination, il importait peu de savoir s'il s'agissait d'un nouveau poste ou d'une reclassification. La demande de contrôle judiciaire présentée par M. Kane en vue de faire annuler la décision du Tribunal a été rejetée par la Cour fédérale, 2009 CF 740. M. Kane interjette appel de cette décision devant notre Cour.

[6] La principale question à trancher dans le présent appel est celle de savoir s'il était déraisonnable de la part du Tribunal de partir du principe que le choix d'un processus de nomination interne fondé sur une erreur de

cannot constitute an abuse of authority. In my view, for the employer to base an exercise of discretion on an incorrect fact is *prima facie* unreasonable and can thus constitute an abuse of authority, if the fact in question is material and relevant. Thus, in assessing whether the employer's decision in this case was an abuse of authority, the Tribunal cannot ignore Mr. Kane's complaint that the employer based its decision to advertise on an erroneous finding that the position was new, a matter which section 33 permits, but does not require, the employer to consider.

[7] Accordingly, I would allow the appeal and remit the matter to the Tribunal for re-determination.

B. FACTUAL BACKGROUND

[8] In September 2005, the Government of Canada created Service Canada within the Department of Human Resources and Social Development. Its purpose was to facilitate Canadians' access to federal services and benefits through the provision of "one-stop shopping". In preparation for the launch of Service Canada, the Newfoundland and Labrador Region had announced in May of that year an interim organizational structure to provide for region-wide business line management, and set up an In-Person and Community Services (IPCS) business line which would be supported by a new regional unit.

[9] On August 30, 2005, the position of service delivery manager for the IPCS business line was created at the PM-05 level. On September 1, 2005, Mr. Kane was deployed in a lateral move to fill the position, without a competition. He was given only a generic work description, from which he was asked to identify the duties and functions of the position for inclusion in an up-to-date work description.

fait ne peut pas constituer un abus de pouvoir. À mon avis, le fait qu'un employeur fasse reposer l'exercice de son pouvoir discrétionnaire sur un fait inexact constitue à première vue une mesure déraisonnable qui est par conséquent susceptible de constituer un abus de pouvoir, si le fait en question est important et pertinent. Ainsi, pour déterminer si la décision que l'employeur a prise dans le cas qui nous occupe constituait un abus de pouvoir, le Tribunal ne peut faire fi de la plainte de M. Kane suivant laquelle l'employeur a fondé sa décision d'annoncer le concours sur la conclusion erronée qu'il s'agissait d'un nouveau poste, élément dont l'article 33 permet à l'employeur de tenir compte, sans toutefois l'y obliger.

[7] En conséquence, je suis d'avis d'accueillir l'appel et de renvoyer l'affaire au Tribunal pour qu'il rende une nouvelle décision.

B. CONTEXTE FACTUEL

[8] En septembre 2005, le gouvernement du Canada a créé Service Canada au sein du ministère des Ressources humaines et du Développement social, en vue de faciliter l'accès des Canadiens aux services et prestations fédéraux en offrant un « guichet unique ». En prévision du lancement de Service Canada, la région de Terre-Neuve-et-Labrador avait annoncé, en mai de la même année, la mise sur pied d'une nouvelle structure organisationnelle intérimaire en ce qui concerne la gestion des secteurs d'activités à l'échelle de la région ainsi que la création du secteur d'activités des Services aux collectivités et services en personne (SCSEP), qui devait être appuyé par une nouvelle unité régionale de soutien.

[9] Le 30 août 2005, le poste de gestionnaire de la prestation des services des SCSEP a été créé et classifié au niveau PM-05. Le 1^{er} septembre 2005, M. Kane a fait l'objet d'une mutation latérale pour pourvoir à ce poste, le tout sans concours. On ne lui a remis qu'une description de travail générale, à partir de laquelle on lui a demandé d'énumérer les attributions du poste en vue de les inclure dans une description de travail actualisée.

[10] On February 14, 2006, the Regional Management Board (RMB) approved an organizational structure for the Regional Headquarters office, including a regional manager position for the IPCS business line at the PM-06 level, supported by a staff of six, including two PM-05 positions. The PM-06 regional manager position would replace the PM-05 service delivery manager position occupied by Mr. Kane, who was asked to continue in this position pending the classification of the regional manager position.

[11] At about the same time, an advertised appointment process was started to establish a pre-qualified pool of candidates to fill these and other PM-06 and PM-05 positions. Early in February 2006, Mr. Kane applied to enter the competition.

[12] On March 1, 2006, the RMB informed employees that, if the regional manager position was classified at the PM-06 level, it would be filled from the pre-qualified pool of candidates selected after the internal competition. On May 1, 2006, Mr. Kane was advised that he would not be considered further for a PM-06 position, because he had failed one component of the standardized tests taken by candidates for inclusion in the pre-qualified pool.

[13] On June 15, 2006, the classification review process concluded that the regional manager position should be classified at the PM-06 level. Mr. Kane agreed to fill the position in an acting capacity. He testified that the duties and functions of the regional manager position were not materially different from those that he had been performing since his deployment to the IPCS business management line for Newfoundland and Labrador in September 2005.

[14] Following the classification of the position of regional manager at the PM-06 level, Mr. Kane claimed a retroactive PM-06 salary increase, on the ground that he had been performing the functions and duties of regional manager during his entire deployment. He was granted the increase, not to September 2005 as he requested, but to February 14, 2006, when the RMB

[10] Le 14 février 2006, le Comité régional de gestion (le CRG) a approuvé la structure organisationnelle du bureau de l'Administration centrale régionale, qui devait comprendre un poste de gestionnaire régional pour le secteur d'activités des SCSEP de niveau PM-06, avec l'appui de six employés, dont deux au niveau PM-05. Le poste de gestionnaire régional PM-06 devait remplacer le poste de gestionnaire de la prestation des services de niveau PM-05 occupé par M. Kane, à qui l'on a demandé de conserver ce poste en attendant la classification du poste de gestionnaire régional.

[11] Vers la même époque, un processus de nomination annoncé a été lancé en vue de constituer un répertoire de candidats préqualifiés afin de doter ces postes ainsi que d'autres postes PM-06 et PM-05. Au début de février 2006, M. Kane a posé sa candidature.

[12] Le 1^{er} mars 2006, le CRG a informé les employés que, si le poste de gestionnaire régional était classé au niveau PM-06, il serait doté à partir du répertoire de candidats préqualifiés qui seraient sélectionnés à la suite d'un concours interne. Le 1^{er} mai 2006, M. Kane a été informé que sa candidature ne serait plus considérée pour les postes de niveau PM-06, parce qu'il avait échoué à un des volets des tests standardisés auxquels devaient se soumettre les candidats en vue d'être inscrits au répertoire des candidats préqualifiés.

[13] Le 15 juin 2006, le processus d'examen de la classification s'est soldé par la décision de classer le poste de gestionnaire régional au niveau PM-06. M. Kane a accepté d'occuper le poste à titre intérimaire. Il a expliqué que les attributions du gestionnaire régional n'étaient pas très différentes de celles qu'il avait exercées depuis qu'il avait été muté à un poste de gestion au secteur d'activités des SCSEP pour Terre-Neuve-et-Labrador en septembre 2005.

[14] À la suite de la classification du poste de gestionnaire régional au niveau PM-06, M. Kane a demandé une augmentation de salaire rétroactive correspondant au niveau PM-06, faisant valoir qu'il avait exécuté les attributions de gestionnaire régional pendant toute son affectation. L'augmentation lui a été accordée rétroactivement, non pas au mois de septembre 2005 comme il

decided to create the regional manager position at the PM-06 level.

[15] In August 2006, Mr. Kane was offered a PM-05 position in IPCS after his previous position had been declared redundant. He was also asked to continue as acting regional manager until either the end of September or the position was filled, whichever happened first. On September 11, 2006, he filed his complaint of abuse of authority with the Tribunal on the appointment of the regional manager.

C. LEGISLATIVE FRAMEWORK

[16] The nature of the merit principle before the enactment of the PSEA is indicated by the following provisions of the *Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33 (the former Act). Merit was normally, but not always, comparative, and competitions were the norm [s. 10 (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 10)]:

Appoint-
ments to be
based on
merit

10. (1) Appointments to or from within the Public Service shall be based on selection according to merit, as determined by the Commission, and shall be made by the Commission, at the request of the deputy head concerned, by competition or by such other process of personnel selection designed to establish the merit of candidates as the Commission considers is in the best interests of the Public Service.

Idem

(2) For the purposes of subsection (1), selection according to merit may, in the circumstances prescribed by the regulations of the Commission, be based on the competence of a person being considered for appointment as measured by such standard of competence as the Commission may establish, rather than as measured against the competence of other persons. [Emphasis added.]

[17] The *Public Service Employment Regulations, 2000*, SOR/2000-80, made under the former Act, set out the circumstances in which a selection could be

le demandait, mais bien au 14 février 2006, date à laquelle le CRG avait décidé de créer le poste de gestionnaire régional au niveau PM-06.

[15] En août 2006, M. Kane s'est vu offrir un poste de niveau PM-05 au sein des SCSEP après que son poste précédent eut été déclaré excédentaire. On lui a également demandé de continuer à agir comme gestionnaire régional par intérim jusqu'à la fin de septembre ou jusqu'à ce que le poste soit doté, selon la première de ces éventualités. Le 11 septembre 2006, il a déposé sa plainte d'abus de pouvoir auprès du Tribunal relativement à la nomination du gestionnaire régional.

C. CADRE LÉGISLATIF

[16] La nature du principe du mérite avant l'édiction de la Loi ressort des dispositions suivantes de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33 (l'ancienne loi). Le mérite était normalement, mais pas toujours, comparatif et les concours étaient la norme [art. 10 (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 10)] :

10. (1) Les nominations internes ou externes à des postes de la fonction publique se font sur la base d'une sélection fondée sur le mérite, selon ce que détermine la Commission, et à la demande de l'administrateur général intéressé, soit par concours, soit par tout autre mode de sélection du personnel fondé sur le mérite des candidats que la Commission estime le mieux adapté aux intérêts de la fonction publique.

Nomination
au mérite

(2) Pour l'application du paragraphe (1), la sélection au mérite peut, dans les circonstances déterminées par règlement de la Commission, être fondée sur des normes de compétence fixées par celle-ci plutôt que sur un examen relatif des candidats. [Non souligné dans l'original.]

Idem

[17] Le *Règlement sur l'emploi dans la fonction publique (2000)*, DORS/2000-80, pris en application de l'ancienne loi, précisait les cas dans lesquels une

made on individual rather than comparative merit pursuant to subsection 10(2) of the former Act:

5. ...

Individual merit circumstances

(2) A selection referred to in subsection 10(2) of the Act may be made in any of the following circumstances:

...

(b) when an employee is to be appointed to their reclassified position and

(i) the position has been reclassified as a result of a classification audit or grievance,

(ii) the position is one of a group of similar occupied positions in the same occupational group and level within the same part of an organization that have all been reclassified to the same occupational group and level, or

(iii) there are no other similar occupied positions in the same occupational group and level within the same part of the organization;

[18] The current PSEA sets out a version of the merit principle that emphasizes individual, rather than comparative merit:

Appointment on basis of merit

30. (1) Appointments by the Commission to or from within the public service shall be made on the basis of merit and must be free from political influence.

Meaning of merit

(2) An appointment is made on the basis of merit when

(a) the Commission is satisfied that the person to be appointed meets the essential qualifications for the work to be performed, as established by the deputy head, including official language proficiency; and

...

sélection pouvait être effectuée en fonction du mérite individuel plutôt que selon le mérite comparatif en vertu du paragraphe 10(2) de l'ancienne loi :

5. [...]

(2) La sélection au mérite visée au paragraphe 10(2) de la Loi peut se faire dans l'une ou l'autre des circonstances suivantes :

[...]

b) la nomination d'un fonctionnaire à son poste après reclassification, si l'une des situations suivantes existe :

(i) la reclassification résulte d'une vérification ou d'un grief en matière de classification,

(ii) le poste fait partie d'un groupe de postes semblables, qui sont pourvus, qui sont des mêmes groupe et niveau professionnels au sein du même secteur de l'organisation et qui ont tous été reclassifiés aux mêmes groupe et niveau professionnels,

(iii) il n'y a aucun autre poste semblable qui est pourvu et qui est des mêmes groupe et niveau professionnels au sein du même secteur de l'organisation;

[18] La Loi actuelle énonce une version du principe du mérite qui insiste sur le mérite individuel plutôt que sur le mérite comparatif :

30. (1) Les nominations — internes ou externes — à la fonction publique faites par la Commission sont fondées sur le mérite et sont indépendantes de toute influence politique.

(2) Une nomination est fondée sur le mérite lorsque les conditions suivantes sont réunies :

a) selon la Commission, la personne à nommer possède les qualifications essentielles — notamment la compétence dans les langues officielles — établies par l'administrateur général pour le travail à accomplir;

[...]

Mérite individuel

Principes

Définition du mérite

Interpretation	(4) The Commission is not required to consider more than one person in order for an appointment to be made on the basis of merit.	(4) La Commission n'est pas tenue de prendre en compte plus d'une personne pour faire une nomination fondée sur le mérite.	Précision
	[19] In order to achieve more flexibility in staffing and appointment decisions, the PSEA confers an unencumbered discretion on the Commission, and its delegates, in selecting between advertised and non-advertised appointment processes, as well as in the design of instruments for assessing competence:	[19] Pour assurer une plus grande souplesse dans les décisions en matière de dotation et de nomination, la Loi confère un pouvoir discrétionnaire absolu à la Commission et à ses délégués dans le choix entre un processus de nomination annoncé et un processus de nomination non annoncé et dans la conception d'outils permettant d'évaluer la compétence :	
Appointment process	33. In making an appointment, the Commission may use an advertised or non-advertised appointment process.	33. La Commission peut, en vue d'une nomination, avoir recours à un processus de nomination annoncé ou à un processus de nomination non annoncé.	Processus de nomination
	...	[...]	
Assessment methods	36. In making an appointment, the Commission may use any assessment method, such as a review of past performance and accomplishments, interviews and examinations, that it considers appropriate to determine whether a person meets the qualifications referred to in paragraph 30(2)(a) ...	36. La Commission peut avoir recours à toute méthode d'évaluation — notamment prise en compte des réalisations et du rendement antérieur, examens ou entrevues — qu'elle estime indiquée pour décider si une personne possède les qualifications visées à l'alinéa 30(2)a) [...]	Méthode d'évaluation
	[20] The PSEA creates administrative institutions and mechanisms for dealing with complaints about staffing and appointment decisions. For present purposes, the Public Service Staffing Tribunal is of particular importance:	[20] La Loi crée des organes et des mécanismes administratifs pour traiter les plaintes portant sur les décisions en matière de dotation et de nomination. En l'espèce, le Tribunal de la dotation de la fonction publique revêt une importance particulière :	
Tribunal continued	88. (1) The Public Service Staffing Tribunal is continued, consisting of between five and seven permanent members appointed by the Governor in Council and any temporary members that are appointed under section 90.	88. (1) Est maintenu le Tribunal de la dotation de la fonction publique, composé de cinq à sept membres titulaires nommés par le gouverneur en conseil et des membres vacataires nommés en vertu de l'article 90.	Maintien
Mandate	(2) The mandate of the Tribunal is to consider and dispose of complaints made under ... sections ... 77....	(2) Le Tribunal a pour mission d'instruire les plaintes présentées en vertu [...] ou des articles [...] 77 [...]	Mission
Eligibility	(3) <u>In order to be eligible to hold office as a member, a person must</u>	(3) <u>Il faut, pour être membre du Tribunal :</u>	Qualités requises
	...	[...]	
	<u>(b) have knowledge of or experience in employment matters in the public sector.</u>	<u>b) avoir de l'expérience ou des connaissances en matière d'emploi dans le secteur public.</u>	
	...	[...]	

	95. ...		95. [...]	
Experts and advisers	(2) <u>The Chairperson may retain on a temporary basis the services of mediators and other experts or persons having technical or special knowledge to assist the Tribunal in an advisory capacity</u> and, subject to the approval of the Treasury Board, fix their remuneration.		(2) <u>Le président peut retenir temporairement les services de médiateurs et d'autres experts chargés d'assister le Tribunal à titre consultatif</u> , et, sous réserve de l'approbation du Conseil du Trésor, fixer leur rémunération.	Assistance technique
	...		[...]	
Hearing by single member	98. (1) A complaint shall be determined by a single member of the Tribunal, who shall proceed as informally and expeditiously as possible.		98. (1) Les plaintes sont instruites par un membre agissant seul qui procède, dans la mesure du possible, sans formalisme et avec célérité.	Instruction par un membre unique
	...		[...]	
	99. ...		99. [...]	
Decision without oral hearing	(3) The Tribunal may decide a complaint without holding an oral hearing. [Emphasis added.]		(3) Le Tribunal peut statuer sur une plainte sans tenir d'audience. [Non souligné dans l'original.]	Décision sans audience
[21] Employees may complain to the Tribunal that there has been an abuse of authority in the making of specified decisions. The following is the provision relevant to this appeal:			[21] Un employé peut porter plainte au Tribunal au sujet d'un abus de pouvoir commis lors de la prise d'une décision particulière. Voici la disposition qui nous intéresse plus particulièrement dans le présent appel :	
Grounds of complaint	77. (1) When the Commission has made or proposed an appointment in an internal appointment process, a person in the area of recourse referred to in subsection (2) <u>may ... make a complaint to the Tribunal that he or she was not appointed or proposed for appointment by reason of</u>		77. (1) Lorsque la Commission a fait une proposition de nomination ou une nomination dans le cadre d'un processus de nomination interne, la personne qui est dans la zone de recours visée au paragraphe (2) peut [...] <u>présenter à celui-ci une plainte selon laquelle elle n'a pas été nommée ou fait l'objet d'une proposition de nomination pour l'une ou l'autre des raisons suivantes :</u>	Motifs des plaintes
	...		[...]	
	(b) <u>an abuse of authority by the Commission in choosing between an advertised and a non-advertised internal appointment process;</u> or [Emphasis added.]		b) <u>abus de pouvoir de la part de la Commission du fait qu'elle a choisi un processus de nomination interne annoncé ou non annoncé, selon le cas;</u> [Non souligné dans l'original.]	
[22] The PSEA does not provide a comprehensive definition of "abuse of authority". However, it does contain the following provision "[f]or greater certainty":			[22] La Loi ne donne pas de définition exhaustive de l'« abus de pouvoir ». Elle renferme toutefois la disposition suivante, qui permet d'en cerner le sens :	
	2. ...		2. [...]	

Refererees
to abuse of
authority

(4) For greater certainty, a reference in this Act to abuse of authority shall be construed as including bad faith and personal favouritism.

(4) Il est entendu que, pour l'application de la présente loi, on entend notamment par « abus de pouvoir » la mauvaise foi et le favoritisme personnel.

Abus de
pouvoir

[23] The PSEA sets out the remedial powers of the Tribunal when it upholds a complaint. They do not include a power to order either the Commission or a deputy head to make a new appointment or to conduct a new appointment process:

[23] La Loi prévoit les pouvoirs de réparation dont dispose le Tribunal lorsqu'il fait droit à une plainte. Elle ne lui accorde toutefois pas le pouvoir d'ordonner à la Commission ou à un administrateur général de faire une nomination ou d'entreprendre un nouveau processus de nomination :

Corrective
action when
complaint
upheld

81. (1) If the Tribunal finds a complaint under section 77 to be substantiated, the Tribunal may order the Commission or the deputy head to revoke the appointment or not to make the appointment, as the case may be, and to take any corrective action that the Tribunal considers appropriate.

81. (1) S'il juge la plainte fondée, le Tribunal peut ordonner à la Commission ou à l'administrateur général de révoquer la nomination ou de ne pas faire la nomination, selon le cas, et de prendre les mesures correctives qu'il estime indiquées.

Plainte
fondée

...

[...]

Restrictions

82. The Tribunal may not order the Commission to make an appointment or to conduct a new appointment process.

82. Le Tribunal ne peut ordonner à la Commission de faire une nomination ou d'entreprendre un nouveau processus de nomination.

Restriction

[24] Decisions of the Tribunal are protected by a preclusive clause:

[24] Les décisions du Tribunal sont protégées par une clause limitative :

Decisions
final

102. (1) Every decision of the Tribunal is final and may not be questioned or reviewed in any court.

102. (1) La décision du Tribunal est définitive et n'est pas susceptible d'examen ou de révision devant un autre tribunal.

Caractère
définitif de la
décision

No review
by
certiorari,
etc.

(2) No order may be made, process entered or proceeding taken in any court, whether by way of injunction, *certiorari*, prohibition, *quo warranto* or otherwise, to question, review, prohibit or restrain the Tribunal in relation to a complaint.

(2) Il n'est admis aucun recours ni aucune décision judiciaire — notamment par voie d'injonction, de *certiorari*, de prohibition ou de *quo warranto* — visant à contester, réviser, empêcher ou limiter l'action du Tribunal en ce qui touche une plainte.

Interdiction
de recours
extraordi-
naires

[25] In addition to the right of employees to complain to the Tribunal of abuse of authority, employees who are informed during an internal appointment process that they have been eliminated from consideration for an appointment may ask the Commission to discuss that decision with them. As a result of that informal discussion, or otherwise, the Commission, or the deputy head to whom the power to make internal appointments has been delegated, may revoke an internal appointment and take corrective action, on being satisfied that

[25] Outre le droit qui leur est reconnu de saisir le Tribunal d'une plainte d'abus de pouvoir, les employés qui sont informés au cours d'un processus de nomination interne que leur candidature n'a pas été retenue peuvent demander à la Commission de discuter de sa décision avec eux. Par suite notamment de ces échanges informels, la Commission ou l'administrateur général à qui elle a délégué le pouvoir de faire des nominations internes peut révoquer la nomination — et prendre des mesures correctives à son égard — s'il ou elle est

an error, an omission, or improper conduct affected an appointment:

15. ...

Revocation of appointments

(3) Where the Commission authorizes a deputy head to make appointments pursuant to an internal appointment process, the authorization must include the power to revoke those appointments and to take corrective action whenever the deputy head, after investigation, is satisfied that an error, an omission or improper conduct affected the selection of a person for appointment.

...

Informal discussion with employee

47. Where a person is informed by the Commission, at any stage of an internal appointment process, that the person has been eliminated from consideration for appointment, the Commission may, at that person's request, informally discuss its decision with that person.

...

Internal appointment — no delegation

67. (1) The Commission may investigate an internal appointment process, other than one conducted by a deputy head acting under subsection 15(1), and, if it is satisfied that there was an error, an omission or improper conduct that affected the selection of the person appointed or proposed for appointment, the Commission may

(a) revoke the appointment or not make the appointment, as the case may be; and

(b) take any corrective action that it considers appropriate. [Emphasis added.]

D. DECISION OF THE TRIBUNAL

[26] The Tribunal stated that, because of the broad discretion conferred by section 33, a complaint of abuse of authority could not be based simply on the fact that a position had been filled after an advertised internal appointment process. It noted that the RMB had decided

convaincu(e) qu'une erreur, une omission ou une conduite irrégulière a influé sur le choix de la personne nommée :

15. [...]

(3) Dans les cas où la Commission autorise un administrateur général à exercer le pouvoir de faire des nominations dans le cadre d'un processus de nomination interne, l'autorisation doit comprendre le pouvoir de révoquer ces nominations — et de prendre des mesures correctives à leur égard — dans les cas où, après avoir mené une enquête, il est convaincu qu'une erreur, une omission ou une conduite irrégulière a influé sur le choix de la personne nommée.

[...]

47. À toute étape du processus de nomination interne, la Commission peut, sur demande, discuter de façon informelle de sa décision avec les personnes qui sont informées que leur candidature n'a pas été retenue.

[...]

67. (1) La Commission peut mener une enquête sur tout processus de nomination interne, sauf dans le cas d'un processus de nomination entrepris par l'administrateur général dans le cadre du paragraphe 15(1); si elle est convaincue qu'une erreur, une omission ou une conduite irrégulière a influé sur le choix de la personne nommée ou dont la nomination est proposée, la Commission peut :

a) révoquer la nomination ou ne pas faire la nomination, selon le cas;

b) prendre les mesures correctives qu'elle estime indiquées. [Non souligné dans l'original.]

D. DÉCISION DU TRIBUNAL

[26] Le Tribunal a déclaré qu'en raison du vaste pouvoir discrétionnaire conféré par l'article 33, une plainte d'abus de pouvoir ne pouvait être fondée sur le simple fait qu'un poste avait été doté au terme d'un processus annoncé de nomination interne. Il a fait

Révocation

Discussions informelles

Nominations internes — absence d'autorisation

to adopt an advertised process before both the classification review of the regional manager position had been completed, and the results of the standardized tests were known.

[27] The Tribunal agreed with the employer that neither the PSEA nor any applicable policy mandates the internal appointment process to be followed, regardless of whether the position to be filled is newly created or a reclassified existing position. Further, unlike the former Act, section 33 explicitly confers broad discretion over the selection of an advertised or a non-advertised appointment process. Hence, the jurisprudence arising from the former Act is not relevant.

[28] The Public Service Human Resources Management Agency of Canada, *Guidelines on reclassification* (Guidelines) deal with, among other things, the criteria for distinguishing between a new and a reclassified position. The Tribunal held that these are not law, because they were not made in the exercise of a delegated statutory power. Hence, it wrote, even if the Commission had based its decision to advertise on a misinterpretation of the Guidelines, its decision would not constitute an abuse of authority as being erroneous in law, and therefore, presumably, not an abuse of discretion.

[29] As for Mr. Kane's complaint that he was not appointed Regional Manager, the Tribunal stated that section 36 of the PSEA gives the Commission an unfettered discretion to choose the assessment method that it considers appropriate to determine if a person is qualified for a position. Mr. Kane was not appointed because he failed one of the standardized tests taken by candidates for a PM-06 position. Accordingly, the Tribunal concluded, even if the decision to advertise constituted an abuse of authority, he had failed to establish that it caused him not to be appointed.

observer que le CRG avait décidé d'adopter un processus annoncé avant que l'examen de la classification du poste de gestionnaire régional ne soit terminé et avant que les résultats des tests standardisés ne soient connus.

[27] Le Tribunal a convenu avec l'employeur que ni la Loi ni aucune politique applicable n'obligeaient l'employeur à suivre le processus de nomination interne, indépendamment de la question de savoir si le poste à pourvoir était un nouveau poste ou un poste reclassifié qui existait déjà. De plus, à la différence de l'ancienne loi, l'article 33 confère explicitement un vaste pouvoir discrétionnaire quant au choix d'un processus de nomination annoncé ou d'un processus de nomination non annoncé. La jurisprudence relative à l'ancienne loi n'est donc pas pertinente.

[28] Les *Lignes directrices sur la reclassification* de l'Agence de gestion des ressources humaines de la fonction publique du Canada (les Lignes directrices) traitent notamment des critères permettant de distinguer entre un nouveau poste et un poste reclassifié. Le Tribunal a jugé que ces lignes directrices n'avaient pas force de loi, parce qu'elles n'avaient pas été élaborées dans le cadre de l'exercice d'un pouvoir légal délégué. Le Tribunal a conclu que, même si la Commission avait fondé sa décision d'annoncer le poste sur une mauvaise interprétation des Lignes directrices, sa décision ne constituerait pas un abus de pouvoir en raison d'une erreur de droit et ne constituerait vraisemblablement pas un abus de son pouvoir discrétionnaire.

[29] Quant à la plainte formulée par M. Kane au sujet de la décision de ne pas le nommer gestionnaire régional, le Tribunal a déclaré que l'article 36 de la Loi conférait à la Commission le pouvoir discrétionnaire absolu de recourir à toute méthode d'évaluation qu'elle estimait indiquée pour décider si une personne possède les qualifications requises pour un poste. M. Kane n'avait pas été nommé parce qu'il avait échoué à l'un des tests standardisés administrés aux candidats aux postes de niveau PM-06. Le Tribunal a par conséquent conclu que, même si la décision d'annoncer le poste constituait un abus de pouvoir, M. Kane n'avait pas démontré qu'il n'avait pas été nommé au poste en question parce qu'il s'agissait d'un processus annoncé.

E. DECISION OF THE FEDERAL COURT

[30] The Judge identified the principal substantive issue as whether the Tribunal had erred in law in regarding as irrelevant to Mr. Kane's complaint of abuse of authority the characterization of the PM-06 regional manager position as either new or reclassified.

[31] First, though, she held on the basis of *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), that unreasonableness was the applicable standard of review. She noted that: the Tribunal's decisions are protected by a strong preclusive clause; the Tribunal is a specialized body created to adjudicate public service employment disputes; and whether an abuse of authority had occurred was essentially a factual question within the expertise of the Tribunal.

[32] After noting the shift in the PSEA from comparative to individual merit, and the absence of any statutory criteria limiting the choice of an advertised or a non-advertised internal appointment process, the Judge discounted the relevance of jurisprudence arising under the former Act. She said (at paragraph 40):

The question is not whether the Regional Manager PM-06 position was properly characterized as new rather than reclassified but whether the employer abused its authority in determining that the position would be staffed by an advertised process following the creation of a pool of candidates.

[33] She found that Mr. Kane had not proved that it was the practice in the Newfoundland and Labrador region to appoint incumbents to their positions after they had been reclassified, and that the RMB decided to fill the Regional Manager position through an advertised process before it knew either the result of the classification review or that Mr. Kane had not passed a standardized test.

E. DÉCISION DE LA COUR FÉDÉRALE

[30] Selon la juge de première instance, la principale question de fond était celle de savoir si le Tribunal avait commis une erreur de droit en considérant qu'il était sans intérêt, pour trancher la plainte d'abus de pouvoir de M. Kane, de qualifier le poste de gestionnaire régional PM-06 de nouveau poste ou de poste reclassifié.

[31] Elle a toutefois d'abord jugé, sur le fondement de l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), que la norme de contrôle applicable était celle de la décision raisonnable. Elle a fait observer que les décisions du Tribunal étaient protégées par une forte clause limitative, que le Tribunal était un organisme spécialisé créé pour trancher les litiges en matière d'emploi au sein de la fonction publique et que la question consistant à décider s'il y avait eu abus de pouvoir était une question essentiellement factuelle relevant de l'expertise du Tribunal.

[32] Après avoir signalé que la Loi n'était plus axée sur la notion du mérite comparatif mais sur celle de mérite individuel, et après avoir constaté que la Loi ne prévoyait aucun critère qui limiterait le choix d'un processus annoncé ou d'un processus non annoncé, la juge a estimé que la jurisprudence découlant de l'ancienne loi n'était pas pertinente. Voici ce qu'elle écrit au paragraphe 40 :

La question n'est pas de savoir si le poste de gestionnaire régional PM-06 a été correctement défini comme un nouveau poste plutôt que comme un poste reclassifié, mais bien si l'employeur a commis un abus de pouvoir en décidant que le poste serait doté au moyen d'un processus annoncé après la création d'un répertoire de candidats.

[33] Elle a conclu que M. Kane n'avait pas prouvé qu'il existait une pratique dans la région de Terre-Neuve-et-Labrador qui consistait à nommer les titulaires de postes reclassifiés à leur ancien poste, et que le CRG avait décidé de pourvoir au poste de gestionnaire régional en recourant à un processus annoncé avant que les résultats du processus de classification ne soient connus ou que M. Kane ne prenne part au test standardisé.

[34] In view of the evidence and the statutory framework, the Judge was not persuaded that the Tribunal's decision was unreasonable, and dismissed Mr. Kane's application for judicial review.

F. ISSUES AND ANALYSIS

[35] Three issues must be decided in this appeal. First, what is the standard of review applicable to the Tribunal's decision? Second, did the Tribunal err in deciding that the decision to fill the regional manager position on the basis of an advertised internal appointment process was not an abuse of authority? Third, if there was an abuse of authority in the choice of an advertised process, did the Tribunal err in finding that Mr. Kane had failed to prove that the decision not to appoint him as regional manager was caused by the abuse of authority?

Issue 1: Standard of review

[36] The questions in dispute in this appeal principally concern the scope of the term "abuse of authority" in section 77 of the PSEA and its application to the facts of this case. I see no basis for departing from the presumption established in *Dunsmuir* (at paragraphs 53–54) that specialized tribunals' interpretation and application of their enabling statutes are reviewable on a standard of reasonableness.

[37] Experience or knowledge of employment matters in the public sector is a qualification for appointment to the Tribunal: PSEA, paragraph 88(3)(b). Thus, while undoubtedly having a legal aspect, the questions in dispute also concern the internal appointment process to fill a position, and are thus within the scope of the Tribunal's expertise. I also note in this context that subsection 95(2) empowers the Chairperson to retain experts as advisors to the Tribunal, including, presumably, lawyers.

[34] Vu l'ensemble de la preuve et le cadre législatif, le juge de première instance n'était pas convaincu que la décision du Tribunal était déraisonnable. Elle a rejeté la demande de contrôle judiciaire de M. Kane.

F. QUESTIONS EN LITIGE ET ANALYSE

[35] Il y a trois questions à trancher dans le présent appel. Premièrement, quelle norme de contrôle s'applique à la décision du Tribunal? Deuxièmement, le Tribunal a-t-il commis une erreur en décidant que la décision de doter le poste de gestionnaire régional en recourant à un processus annoncé de nomination interne ne constituait pas un abus de pouvoir? Troisièmement, si le choix d'un processus annoncé constituait un abus de pouvoir, le Tribunal a-t-il commis une erreur en concluant que M. Kane n'avait pas démontré que la décision de ne pas le nommer au poste de gestionnaire régional s'expliquait par cet abus de pouvoir?

Première question : La norme de contrôle

[36] Les questions en litige dans le présent appel concernent principalement la portée de l'expression « abus de pouvoir » à l'article 77 de la Loi et son application aux faits de la présente affaire. Je ne vois aucune raison d'écarter la présomption établie dans l'arrêt *Dunsmuir* (aux paragraphes 53 et 54) suivant laquelle c'est la norme de contrôle de la décision raisonnable qui s'applique à l'interprétation et à l'application que les tribunaux administratifs spécialisés font de leur loi habilitante.

[37] L'expérience ou des connaissances en matière d'emploi dans le secteur public sont des facteurs dont on tient compte pour nommer quelqu'un comme membre du Tribunal (alinéa 88(3)b) de la Loi). Ainsi, bien qu'elles comportent indéniablement un aspect juridique, les questions en litige concernent également le processus de nomination interne suivi pour doter un poste, et elles relèvent donc du champ d'expertise du Tribunal. Dans le même ordre d'idées, je constate aussi que le paragraphe 95(2) autorise le président à retenir les services

[38] The existence of finality and strong privative clauses in section 102 puts the matter beyond doubt: *Dunsmuir*, at paragraph 52. The effect of the “no *certiorari*” provision in subsection 102(2) is to exclude judicial review on the “non-jurisdictional” grounds set out in subsection 18.1(4) [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)]. Consequently, since no statutory adjudicator is authorized to make unreasonable decisions, the Tribunal’s decision, if unreasonable, may be set aside under paragraph 18.1(4)(a) as beyond its jurisdiction.

[39] Unlike the Federal Court in *Lavigne v. Canada (Deputy Minister of Justice)*, 2009 FC 684, 352 F.T.R. 269 (*Lavigne*), at paragraph 46, I do not think that the term abuse of authority in section 77 raises a question of law “of central importance to the legal system” and outside the scope of the Tribunal’s expertise: the term merely defines conduct on which a federal public service employee may base a complaint to the Tribunal about specified employment decisions. That its scope may incidentally determine whether an employee can only pursue a particular complaint directly in the Federal Court through an application for judicial review, rather than through the Tribunal, does not, in my view, elevate it to a question of “central importance” to the Canadian legal system.

[40] Consequently, I agree with the Judge’s conclusion that reasonableness is the applicable standard of review in this case.

d’experts chargés d’assister le Tribunal à titre consultatif y compris, selon toute vraisemblance, les services d’avocats.

[38] Le fait que l’article 102 consacre le caractère définitif des décisions du Tribunal et contient une forte clause privative milite clairement en faveur de la norme de la raisonabilité (*Dunsmuir*, au paragraphe 52). En écartant tout recours à un *certiorari*, le paragraphe 102(2) a pour effet d’exclure tout contrôle judiciaire fondé sur les motifs d’intervention non fondés sur la compétence qui sont énumérés au paragraphe 18.1(4) [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)]. En conséquence, comme aucun organe juridictionnel créé par la loi n’est autorisé à rendre des décisions déraisonnables, la décision du Tribunal, en supposant qu’elle soit déraisonnable, peut être annulée en vertu de l’alinéa 18.1(4)a) pour excès de compétence.

[39] Contrairement à ce que la Cour fédérale a dit dans la décision *Lavigne c. Canada (Sous-ministre de la Justice)*, 2009 CF 684 (*Lavigne*), au paragraphe 46, je ne crois pas que l’expression « abus de pouvoir » à l’article 77 soulève une question de droit « qui revêt une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble » et qui est étrangère au domaine d’expertise du Tribunal. Cette expression ne fait que définir une conduite sur laquelle un fonctionnaire fédéral peut fonder la plainte dont il saisit le Tribunal relativement à des décisions d’emploi précises. Le fait que la portée de cette expression puisse accessoirement permettre de savoir si un employé ne peut exercer une plainte déterminée qu’en s’adressant directement à la Cour fédérale par voie de demande de contrôle judiciaire au lieu de saisir le Tribunal de la question n’a pas pour effet, à mon avis, de faire de cette plainte une question « qui revêt une importance capitale » pour le système juridique canadien.

[40] En conséquence, je souscris à la conclusion de la juge de première instance suivant laquelle la norme de contrôle applicable en l’espèce est celle de la décision raisonnable.

Issue 2: Was it unreasonable for the Tribunal to decide that the selection of an advertised internal appointment process for filling the position of regional manager could not be an abuse of authority?

[41] This issue needs to be unpacked because it involves four related inquiries: the basis of Mr. Kane's complaint of abuse of authority; the relevance of administrative guidelines and policy in the employer's decision-making; the scope of the term "abuse of authority"; and the reasonableness of the Tribunal's conclusion that Mr. Kane's complaint could not constitute an abuse of authority.

(i) *Mr. Kane's complaint*

[42] Mr. Kane complained to the Tribunal under paragraph 77(1)(b) that, on the facts of his case, the employer abused its authority by advertising the regional manager position, and by not appointing him to it. The Tribunal may only grant a remedy for breach of paragraph 77(1)(b) after determining that the complainant has proved that the Commission or its delegates committed an abuse of authority in choosing between an advertised and a non-advertised internal appointment process under section 33.

[43] Mr. Kane argues that the employer treated the "newness" of the regional manager position as relevant to the decision to advertise. However, he says, the position was not new, but his old position reclassified. For the employer to base an exercise of discretion under section 33 on a relevant fact, when that fact does not exist, can constitute an abuse of authority. Administrative decisions based on unreasonable findings of material fact are an arbitrary exercise of the statutory power under which they are made. Hence, Mr. Kane submits, for the Tribunal to conclude that such a decision was incapable of amounting to an abuse of authority would be unreasonable.

Deuxième question : Le Tribunal a-t-il agi de façon déraisonnable en décidant que la sélection d'un processus annoncé de nomination interne pour doter le poste de gestionnaire régional ne pouvait constituer un abus de pouvoir?

[41] Il convient de décortiquer la question parce qu'elle nous oblige à nous prononcer sur quatre aspects connexes : le fondement de la plainte d'abus de pouvoir de M. Kane, le rôle que les directives et politiques administratives ont joué dans la décision prise par l'employeur, la portée de l'expression « abus de pouvoir » et, enfin, le caractère raisonnable de la conclusion du Tribunal suivant laquelle la plainte de M. Kane ne pouvait pas constituer un abus de pouvoir.

i) *La plainte de M. Kane*

[42] M. Kane a, en vertu de l'alinéa 77(1)b), saisi le Tribunal d'une plainte selon laquelle l'employeur avait, vu l'ensemble des faits de l'espèce, abusé de ses pouvoirs en annonçant le poste de gestionnaire régional au lieu de le nommer à ce poste. Le Tribunal ne peut accorder une réparation pour manquement à l'alinéa 77(1)b) qu'après avoir conclu que le plaignant a prouvé que la Commission ou ses délégués ont commis un abus de pouvoir en choisissant entre un processus de nomination interne annoncé et un processus de nomination interne non annoncé conformément à l'article 33.

[43] M. Kane affirme que l'employeur a considéré la « nouveauté » du poste de gestionnaire régional comme un facteur pertinent pour décider d'annoncer le poste. Il explique cependant que le poste n'était pas nouveau, mais qu'il s'agissait d'une reclassification de son ancien poste. Le fait que l'employeur a fondé l'exercice du pouvoir discrétionnaire prévu à l'article 33 sur un fait pertinent, alors que ce fait n'existe pas, peut constituer un abus de pouvoir. Les décisions administratives fondées sur des conclusions déraisonnables portant sur un fait important constituent un exercice arbitraire du pouvoir légal en vertu duquel elles sont prises. M. Kane affirme donc qu'en concluant qu'une telle décision ne pouvait équivaloir à un abus de pouvoir, le Tribunal a agi de manière déraisonnable.

(ii) *Statutory discretion, guidelines and policy*

[44] The PSEA does not link the choice of internal appointment process under section 33 to whether a position is new or reclassified. Unlike the former Act, section 33 does not require the employer to take into account whether a position is new or reclassified before deciding which internal appointment process to adopt. Nonetheless, the breadth of the discretion conferred by section 33 is such that whether a position is new is a factor that the employer may consider. The newness or otherwise of a position is thus relevant to the exercise of the statutory discretion conferred, in the sense that it is a factor that the employer may lawfully take into account, but is not one that it must take into account if the section 33 discretion is to be exercised lawfully.

[45] That the newness of a position is relevant in the above sense is underlined by the Guidelines and a Service Canada Policy (*Criteria for Non-Advertised Appointment Processes Policy* (Policy)), which point decision makers to this consideration when exercising their discretion under section 33. The Guidelines were promulgated before the PSEA was enacted, but were in force when the decision was taken to advertise the regional manager position. Counsel did not suggest that either the Guidelines, or the subsequently issued Policy, were unlawful as being inconsistent with the PSEA, or that it would be improper in this case for the employer to base an exercise of discretion under section 33 on them.

[46] Although primarily concerned with job classification, the Guidelines state (appeal book, at page 123):

The appointment process will differ depending on whether the classification action involves a reclassification or the establishment of a new position. Human resources advisors and managers should consult with their staffing advisors in

ii) *Pouvoir discrétionnaire prévu par la loi, lignes directrices et politiques*

[44] La Loi ne fait pas dépendre le choix d'un processus de nomination interne en vertu de l'article 33 de la question de savoir s'il s'agit d'un nouveau poste ou d'un poste reclassifié. À la différence de l'ancienne loi, l'article 33 n'oblige pas l'employeur à se demander s'il s'agit d'un nouveau poste ou d'un poste reclassifié avant d'opter pour un processus de nomination interne ou pour l'autre. Néanmoins, la portée du pouvoir discrétionnaire conféré par l'article 33 est telle que l'employeur peut effectivement tenir compte de la question de savoir s'il s'agit d'un nouveau poste. La nouveauté du poste est donc pertinente lorsqu'il s'agit d'exercer le pouvoir discrétionnaire conféré par la loi, en ce sens qu'il s'agit d'un facteur dont l'employeur peut légalement tenir compte, mais non d'un facteur dont il doit tenir compte pour exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère l'article 33.

[45] La pertinence de la nouveauté du poste au sens que nous venons d'évoquer ressort des Lignes directrices, ainsi que d'une politique de Service Canada (*Modalités des lignes directrices concernant les processus de nomination non annoncés* (la Politique)), qui invitent les décideurs à tenir compte de ce facteur lorsqu'ils exercent le pouvoir discrétionnaire que leur confère l'article 33. Les Lignes directrices ont été adoptées avant que la Loi ne soit édictée, mais elles étaient en vigueur lorsque la décision d'annoncer le poste de gestionnaire régional a été prise. L'avocat n'a pas laissé entendre que les Lignes directrices, ou la Politique qui a été adoptée par la suite, étaient illégales parce qu'elles étaient incompatibles avec la Loi ou qu'il serait inacceptable en l'espèce que l'employeur fonde l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confère l'article 33 sur ces documents.

[46] Quoiqu'elles portent principalement sur la classification des emplois, les Lignes directrices précisent ce qui suit (dossier d'appel, à la page 123) :

Le processus de nomination utilisé sera différent selon que la mesure de classification se rapporte à une reclassification ou à l'établissement d'un nouveau poste. Les conseillers en ressources humaines devraient consulter leurs conseillers en

advance of the classification action in order to understand the consequences of the proposed appointment process. [Emphasis added.]

[47] The Policy came into effect with the PSEA in order to provide guidance to deputy heads and managers on the exercise of discretion under section 33. It states (appeal book, at page 329):

The objective of the policy is to provide a common framework and objective criteria to guide managers and sub-delegated officials in deciding when to use a non-advertised appointment process to conduct staffing. In deciding between a non-advertised and advertised process they must respect the appointment values of fairness, access and transparency. The decision must respond to the need for flexibility, efficiency and affordability in staffing and support Service Canada in meeting its operational requirements.

[48] In other words, the Policy is aimed at ensuring a degree of consistency, coherence, and accountability in managerial decision-making under section 33. Thus, the Policy sets out (appeal book, at page 330) “circumstances in which a non-advertised process might be justified”. The criteria for non-advertised appointment processes include (appeal book, at page 335):

Appointment of an employee following the reclassification of their position in accordance with the policies and guidelines of the Public Service Human Resources Management Agency of Canada (PSHRMAC) and the PSC.

[49] In my view, these extracts are an acknowledgement by the employer that the newness of a position can be relevant to the exercise of the broad discretion under section 33. This is the important point for the purpose of this appeal. Indeed, the Guidelines go further by stating that the appointment process will differ depending on how the position is characterized. The Policy, however, is more nuanced.

[50] Whether a failure to have regard to the Guidelines or Policy (including their provisions on the appointment process consequences of characterizing a position as new or reclassified) would constitute an abuse

dotation et les gestionnaires avant de prendre la mesure de classification afin de comprendre les conséquences du processus de nomination proposé. [Non souligné dans l’original.]

[47] La Politique est entrée en vigueur en même temps que la Loi en vue d’offrir aux administrateurs généraux et aux gestionnaires des repères sur la façon d’exercer le pouvoir discrétionnaire que leur confère l’article 33. On y trouve ce qui suit (dossier d’appel, à la page 329) :

L’objectif de la ligne directrice vise à offrir aux gestionnaires et aux cadres subdélégués un cadre commun et des critères pour décider quand utiliser un processus de nomination non annoncé. Le choix du processus doit être fait de manière à respecter les valeurs liées à l’équité, l’accessibilité et la transparence dans les nominations tout en répondant aux besoins de souplesse, d’efficacité et d’économie et à aider l’organisation à répondre à ses besoins opérationnels.

[48] En d’autres termes, la Politique vise à assurer jusqu’à un certain point l’uniformité, la cohérence et l’obligation de rendre des comptes dans le processus de prise de décision par la direction prévu à l’article 33. Ainsi, la Politique énumère (dossier d’appel, à la page 330) « les situations où le recours à un processus non annoncé pourrait se justifier ». Parmi les critères applicables aux processus de nomination non annoncés, mentionnons les suivants (dossier d’appel, à la page 335) :

Nomination d’un employé à la suite de la reclassification de son poste en vertu des politiques et des lignes directrices de l’Agence de gestion des ressources humaines de la fonction publique du Canada (AGRHFPC) et de la CFP.

[49] À mon avis, ces extraits constituent une reconnaissance, par l’employeur, que la nouveauté du poste peut être un facteur pertinent lorsqu’il exerce le vaste pouvoir discrétionnaire que lui confère l’article 33. C’est le point important dans le présent appel. En fait, les Lignes directrices vont plus loin en déclarant que le processus de nomination sera différent selon la façon dont le poste est qualifié. La Politique est toutefois plus nuancée.

[50] La question de savoir si le défaut de tenir compte des Lignes directrices ou de la Politique (y compris de leurs dispositions relatives aux conséquences que comporte sur le processus de nomination le fait de qualifier

of authority is not a question that arises here. As the following extracts from the record show, the employer regarded the regional manager position as new and, consistently with the Guidelines and Policy, took this consideration into account in deciding to advertise.

[51] In a memorandum of March 1, 2006, the regional Executive Head, writing on behalf of the RMB, advised staff in the Newfoundland and Labrador region that the position of regional manager, IPCS, was being sent for classification review and, if it was classified at the PM-06 level, it would be filled from the pool of candidates who were successful in the competition then in progress. The classification of the position at the PM-06 level was confirmed on June 15, 2006.

[52] On June 20, 2006, the Director of IPCS for the region had advised Mr. Kane (appeal book, at page 204) that “the new PM 6 position has been established” (emphasis added), and that approval had been given for him to act in the position until it was filled on a permanent basis.

[53] On August 9, 2006, the Director responded as follows to a request by Mr. Kane for clarification of the method of staffing for the regional manager position (appeal book, at page 206):

There is no doubt that the work you did during the past several months was significant and contributed greatly to the organizational structure that was recommended and approved at the February 14 RMB meeting. Having said that, approval to staff the manager’s role at the PM 6 position required the establishment of a new position at that level. Since it was a new position at a higher level, it was deemed fair and appropriate to provide all managers with the opportunity to compete versus making an appointment via non-advertised process. [Emphasis added.]

[54] Further, in a letter to the Tribunal, dated October 17, 2006, an Assistant Deputy Minister, People

le poste de poste nouveau ou reclassifié) constituerait un abus de pouvoir ne se pose pas en l’espèce. Ainsi que les extraits suivants du dossier le démontrent, l’employeur a considéré le poste de gestionnaire régional comme un nouveau poste et, conformément aux Lignes directrices et à la Politique, il en a tenu compte pour décider d’annoncer le poste.

[51] Dans une note de service datée du 1^{er} mars 2006, le cadre dirigeant régional, qui écrivait au nom du CRG, a informé le personnel de la région de Terre-Neuve-et-Labrador que le poste de gestionnaire régional des SCSEP était envoyé à la classification aux fins de révision. La note de service précisait que, si le poste était classifié au niveau PM-06, il serait doté à partir du bassin de candidats créé à la suite du processus en cours. La classification du poste au niveau PM-06 a été confirmée le 15 juin 2006.

[52] Le 20 juin 2006, le directeur des SCSEP de la région a informé M. Kane (dossier d’appel, à la page 204) que [TRADUCTION] « le nouveau poste PM 6 a été créé » (non souligné dans l’original) et que l’approbation nécessaire avait été donnée pour qu’il occupe le poste jusqu’à ce qu’il soit doté de façon permanente.

[53] Le 9 août 2006, le directeur a répondu ce qui suit à la demande d’éclaircissements que M. Kane lui avait fait parvenir au sujet de la méthode de dotation suivie pour doter le poste de gestionnaire régional (dossier d’appel, à la page 206) :

[TRADUCTION] Il ne fait aucun doute que vous avez accompli un travail considérable ces derniers mois, et que ce travail a grandement contribué à la structure organisationnelle qui a été recommandée et approuvée à la réunion du CRG tenue le 14 février. Cela dit, l’autorisation d’attribuer le niveau PM-06 aux fonctions du poste de gestionnaire à doter a nécessité la création d’un nouveau poste à ce niveau. Comme il s’agissait d’un nouveau poste à un niveau supérieur, il a été jugé équitable et indiqué de donner à tous les gestionnaires la possibilité de poser leur candidature plutôt que de procéder à une nomination au moyen d’un processus non annoncé. [Non souligné dans l’original.]

[54] Par ailleurs, dans une lettre adressée au Tribunal le 17 octobre 2006, le sous-ministre adjoint de la

and Culture Branch, Service Canada, wrote (appeal book, at page 210):

The respondent followed the above mentioned Guidelines for Reclassification and deemed the position to be a new position. In this particular circumstance, the Director responsible for the unit decided to run an internal advertised process to allow employees the opportunity to apply.

[55] The principal justification given by the employer for advertising was that the position was new. Accordingly, if Mr. Kane could establish that there was no rational basis on which the regional manager position at the PM-06 level could be classified as “new”, rather than “reclassified”, he might succeed in demonstrating that the decision to use an advertised appointment process was arbitrary. This is because the decision would have been based in large part on an unreasonable conclusion about a fact relevant to the exercise of discretion under section 33.

[56] Like the Guidelines, the Policy is not binding in law, and management is entitled to depart from it. Indeed, the Policy itself purports only “to provide a common framework and objective criteria to guide managers” in deciding when to use a non-advertised appointment process, and is far from prescriptive. Nonetheless, its function is to promote “fairness, access and transparency” in decision-making under section 33 (appeal book, at page 329). Since fairness includes consistency and treating like alike, the objectives of the Guidelines and Policy will not be achieved if decisions made in accordance with them, but based on unreasonable findings of relevant facts, are allowed to stand.

(iii) *Abuse of authority*

[57] Counsel for the respondents argued that, although not defined in the PSEA, the term “abuse of authority”

Direction générale des personnes et de la culture à Service Canada écrivait ce qui suit (dossier d’appel, à la page 210) :

[TRADUCTION] L’intimé a suivi les Lignes directrices susmentionnées en ce qui concerne la reclassification et a considéré le poste comme un nouveau poste. Dans ce cas bien précis, le Directeur chargé de l’unité en question a décidé d’organiser un processus de nomination interne annoncé pour donner aux employés la possibilité de se porter candidats.

[55] La principale raison invoquée par l’employeur pour justifier sa décision d’annoncer le poste était qu’il s’agissait d’un nouveau poste. En conséquence, si M. Kane était en mesure d’établir qu’il n’existait pas de raison logique de considérer comme « nouveau » le poste de gestionnaire régional de niveau PM-06 au lieu de le considérer comme un poste « reclassifié », il pouvait réussir à démontrer que la décision de recourir à un processus de nomination annoncé était arbitraire. Cela tient au fait que la décision aurait reposé en grande partie sur une conclusion déraisonnable portant sur un fait pertinent pour l’exercice du pouvoir discrétionnaire prévu à l’article 33.

[56] À l’instar des Lignes directrices, la Politique n’a pas force de loi et les gestionnaires ont le droit de s’en écarter. D’ailleurs la Politique elle-même précise qu’elle vise à « offrir aux gestionnaires et aux cadres subdélégués un cadre commun et des critères » pour décider quand utiliser un processus de nomination non annoncé. Elle est loin d’être contraignante. Néanmoins, elle vise à promouvoir « l’équité, l’accessibilité et la transparence » dans les décisions prises en vertu de l’article 33 (dossier d’appel, à la page 329). Comme on entend par équité le fait d’agir de façon uniforme de traiter de la même manière les cas semblables, les objectifs des Lignes directrices et de la Politique ne seront pas atteints si l’on confirme la validité de décisions prises en conformité avec ces documents, mais reposant sur des conclusions déraisonnables quant aux faits pertinents.

iii) *Abus de pouvoir*

[57] L’avocat des intimés affirme que, bien qu’elle ne soit pas définie dans la Loi, l’expression « abus de

in section 77 has a narrow scope. It is limited to serious misconduct that carries a moral stigma, and requires a mental element akin to that in the tort of misfeasance in public office. Thus, the respondents submit in their memorandum of fact and law (at paragraph 62) that “abuse of authority” connotes:

... an intentional element of bad faith, personal favouritism, discrimination, corruption, serious carelessness or recklessness, gross negligence or misfeasance of a similar egregious nature.

[58] The respondents reject the position taken by the Tribunal in many cases: namely, that the concept of abuse of discretion in administrative law, particularly as explained by David Phillip Jones and Anne S. de Villars, *Principles of Administrative Law*, 5th ed. (Toronto: Carswell, 2009), at pages 174 and 204, is an appropriate guide to the scope of abuse of authority in section 77. See, for example, *Tibbs v. Deputy Minister of National Defence et al.*, 2006 PSST 8, at paragraphs 68–74; *Bowman et al. v. Deputy Minister of Citizenship and Immigration Canada et al.*, 2008 PSST 12, at paragraph 81; *Chiasson v. Deputy Minister of Canadian Heritage et al.*, 2008 PSST 27, at paragraph 36; *Jacobsen v. Deputy Minister of Environment Canada et al.*, 2009 PSST 8, at paragraphs 46–48. Counsel for the respondents advanced two arguments in favour of a narrower interpretation of the term.

[59] First, it must be interpreted in light of subsection 2(4) of the PSEA, which states that “abuse of authority” includes “bad faith and personal favouritism.” The respondents say that the limited class, or *ejusdem generis*, presumption of statutory interpretation confines abuse of authority to conduct analogous to these examples.

[60] I do not agree. The limited class presumption is normally applied when a general term follows a list of items that have something in common; the scope of the general term is presumptively limited to items that

pouvoir » que l’on trouve à l’article 77 a une portée limitée. Elle se limite aux inconduites graves qui sont frappées d’un opprobre moral et elle requiert un élément moral qui s’apparente à celui qui est exigé dans le cas du délit de faute dans l’exercice d’une charge publique. Les intimés affirment dans leur mémoire des faits et du droit (au paragraphe 62) que l’« abus de pouvoir » comporte :

[TRADUCTION] [...] un élément intentionnel de mauvaise foi, de favoritisme personnel, de discrimination, de corruption, d’insouciance ou d’indifférence grave, de faute lourde ou d’un acte fautif d’une gravité semblable.

[58] Les intimés rejettent le point de vue que le Tribunal a retenu dans de nombreuses affaires, à savoir que le concept d’abus de pouvoir discrétionnaire en droit administratif, en particulier comme l’expliquent les auteurs David Phillip Jones et Anne S. de Villars dans leur ouvrage *Principles of Administrative Law*, 5^e éd. (Toronto : Carswell, 2009), aux pages 174 et 204, constitue un guide approprié pour définir la portée de l’abus de pouvoir à l’article 77 (voir, par exemple, les décisions *Tibbs c. le sous-ministre de la Défense nationale et al.*, 2006 TDFP 8, aux paragraphes 68 à 74; *Bowman et al. c. le sous-ministre de la Citoyenneté et Immigration Canada et al.*, 2008 TDFP 12, au paragraphe 81; *Chiasson c. le sous-ministre du Patrimoine canadien et al.*, 2008 TDFP 27, au paragraphe 36, et *Jacobsen c. le sous-ministre d’Environnement Canada et al.*, 2009 TDFP 8, aux paragraphes 46 à 48). L’avocat des intimés fait valoir deux arguments en faveur d’une interprétation plus étroite de cette expression.

[59] Premièrement, il affirme que cette expression doit être interprétée à la lumière du paragraphe 2(4) de la Loi, qui précise qu’« on entend notamment par “abus de pouvoir” la mauvaise foi et le favoritisme personnel ». Les intimés affirment qu’en matière d’interprétation des lois, la présomption *ejusdem generis*, ou règle des choses du même ordre, confine l’abus de pouvoir à des actes analogues à ceux qui sont cités à titre d’exemples.

[60] Je ne suis pas de cet avis. La présomption relative aux choses du même genre s’applique normalement lorsqu’un terme général suit une liste de choses qui ont quelque chose en commun; la portée du terme général

share the feature common to the listed items. However, there is authority for the proposition that the presumption does not apply to provisions where, like subsection 2(4), specific items are stated to be included in a preceding general term. See Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. (Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2008), at pages 237–239; *Glasgow v. Deputy Minister of Public Works and Government Services Canada et al.*, 2008 PSST 7, at paragraphs 36–40.

[61] Professor Sullivan points out (at page 239) that Parliament may provide that a general term includes particular items for reasons other than to indicate the narrowness of the intended scope of the preceding general term, such as providing assurance that items likely to be of particular concern are indeed included in the general term.

[62] This interpretation is consistent with the French text of subsection 2(4), which reads: “on entend notamment par ‘abus de pouvoir’ la mauvaise foi et le favoritisme” [underlining added]. Like the adverbs “particularly” or “especially”, “notamment” may connote the relative importance of something: see *Le Nouveau Petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris: Dictionnaires Le Robert, 2010, where the synonyms given for “notamment” are “particulièrement, singulièrement, spécialement”.

[63] Second, the respondents say that “abuse of authority” must be interpreted in light of the power of the Commission and deputy heads to take corrective action when satisfied that “an error, an omission or improper conduct” affected an appointment decision (PSEA, at subsections 15(3) and 67(1)). They argue that a ground on which a decision may be corrected under these provisions cannot also constitute an abuse of authority under section 77. Thus, in *Lavigne* the Federal Court stated (at paragraph 62): “Abuse of authority requires more than error, or omission or even improper conduct.” For the following reasons, a comparison of these provisions is

se limite, selon cette présomption, aux choses qui présentent une caractéristique en commun avec les éléments qui sont énumérés. Certains auteurs affirment toutefois que la présomption ne s’applique pas aux dispositions comme le paragraphe 2(4) qui indiquent que les éléments précis sont inclus dans le terme générique précédant (Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5^e éd. (Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2008), aux pages 237 à 239; *Glasgow c. le sous-ministre de Travaux publics et Services gouvernementaux Canada et al.*, 2008 TDFP 7, aux paragraphes 36 à 40).

[61] La professeure Sullivan souligne (à la page 239) qu’il arrive que le législateur englobe des éléments particuliers dans le terme générique pour d’autres raisons que pour restreindre la portée du terme générique qui précède l’énumération, notamment lorsqu’il souhaite confirmer que les éléments qui sont susceptibles de susciter des doutes sont effectivement compris dans le terme générique.

[62] Cette interprétation s’accorde avec la version française du paragraphe 2(4), qui dispose : « on entend notamment par “abus de pouvoir” la mauvaise foi et le favoritisme » [non souligné dans l’original]. Tout comme les adverbs « particulièrement » et « spécialement », l’adverbe « notamment » peut évoquer l’importance relative de quelque chose (voir *Le Nouveau Petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris : Dictionnaires Le Robert, 2010, qui donne comme synonymes de « notamment » : « particulièrement, singulièrement, spécialement »).

[63] Deuxièmement, les intimés affirment que la notion d’« abus de pouvoir » doit être interprétée en tenant compte du pouvoir que possèdent la Commission et les administrateurs généraux de prendre des mesures correctives lorsqu’ils sont convaincus qu’« une erreur, une omission ou une conduite irrégulière » a influé sur le choix de la personne nommée (aux paragraphes 15(3) et 67(1) de la Loi). Ils soutiennent que le motif qui peut être invoqué pour corriger une décision en vertu de ces dispositions ne saurait en même temps constituer un abus de pouvoir au sens de l’article 77. Ainsi, dans la décision *Lavigne*, la Cour fédérale déclare

not, in my opinion, particularly helpful in interpreting the scope of section 77.

[64] First, the categories, abuse of authority on the one hand, and errors, omissions, and improper conduct on the other, overlap. All abuses of authority involve improper conduct and error, while some instances of error, omission, and improper conduct may also be an abuse of authority. In my opinion, the fact that not every error or omission, or every instance of misconduct, is sufficiently significant to constitute an abuse of authority does not shed much light on the latter's scope.

[65] Second, an employee's right of access to the Tribunal on the one hand, and, on the other, a managerial discretion to take corrective action, with or without a prior informal discussion with a concerned employee, are sufficiently different kinds of recourse that the scope in which one operates should not be viewed as mutually exclusive of the other.

[66] It would be inappropriate for the Court to attempt to formulate a comprehensive definition of abuse of authority as that term is used in section 77 of the PSEA. I recognize that by limiting the Tribunal's jurisdiction to adjudicate employees' complaints to instances of abuse of authority, Parliament no doubt intended to reduce the staffing delays, and overly intrusive surveillance, associated with what was effectively *do novo* appellate review under the former Act.

[67] Nonetheless, I reject the narrow meaning of abuse of authority advanced by the respondents as a suitable basis on which to consider the reasonableness of the Tribunal's decision to dismiss Mr. Kane's complaint. Such a limited interpretation is supported by neither the statutory text nor, as I explain further at paragraphs

(au paragraphe 62) : « L'abus de pouvoir exige plus que l'erreur ou l'omission, ou même une conduite irrégulière ». Pour les motifs qui suivent, la comparaison de ces dispositions n'est pas, à mon avis, particulièrement utile pour interpréter la portée de l'article 77.

[64] En premier lieu, les catégories en présence, à savoir l'abus de pouvoir, d'une part, et l'erreur, l'omission et la conduite irrégulière, d'autre part, sont des catégories qui se chevauchent. Tout abus de pouvoir comporte une conduite irrégulière et une erreur, alors que certains cas d'erreur, d'omission et de conduite irrégulière peuvent également constituer un abus de pouvoir. À mon avis, le fait que les erreurs, omissions ou conduites irrégulières ne constituent pas toutes un abus de pouvoir ne nous éclaire pas beaucoup sur la portée de cette dernière expression.

[65] En second lieu, le droit, d'une part, de l'employé de saisir le Tribunal, et le pouvoir discrétionnaire, d'autre part, du gestionnaire de prendre des mesures correctives avec ou sans discussion informelle préalable avec l'employé concerné, constituent des recours suffisamment différents pour que le cadre dans lequel chacun existe ne puisse être considéré comme excluant nécessairement l'autre.

[66] Il ne conviendrait pas que la Cour tente de formuler une définition exhaustive de l'abus de pouvoir au sens que l'article 77 de la Loi donne à cette expression. Je reconnais qu'en restreignant la compétence du Tribunal pour statuer sur les plaintes d'abus de pouvoir des employés, le législateur entendait certainement réduire les délais des processus de dotation et limiter la surveillance trop poussée engendrée par ce qui revenait en fait à un examen *de novo* en appel sous le régime de l'ancienne loi.

[67] Je rejette néanmoins l'interprétation étroite de l'abus de pouvoir proposée par les intimés et j'estime qu'elle ne constitue pas un fondement acceptable pour déterminer si la décision du Tribunal de débouter M. Kane de sa plainte était raisonnable. Une interprétation aussi restreinte ne se justifie ni par le libellé

74–77 of these reasons, its statutory context and the objectives of the legislation.

(iv) *Was the Tribunal's decision unreasonable?*

[68] The reasonableness of an administrative tribunal's decision is determined by reference to its reasons and the outcome. A reviewing court must decide if the tribunal's reasons for decision demonstrate justification, transparency and intelligibility within the decision-making process, and if the decision itself falls within the range of possible acceptable outcomes that are defensible on both the facts and the law: *Dunsmuir*, at paragraph 47.

[69] This case is about whether it was unreasonable for the Tribunal to preclude any consideration of whether the regional manager position at the PM-06 level was new, on the ground that section 33 does not require the employer to take this into consideration, but leaves the choice of appointment process to the discretion of the Deputy Head. The Tribunal regarded any breach of the Guidelines as immaterial, reasoning that, because they are not law, a misinterpretation of them cannot constitute an abuse of authority. Neither the Tribunal nor the Federal Court found it necessary to articulate an interpretation of the term "abuse of authority", but regarded the case as involving a largely factual question.

[70] Paragraph 77(1)(b) provides that the choice between an advertised and a non-advertised appointment process may constitute an abuse of authority. Parliament thus envisaged that although the scope of the discretion under section 33 is broad, its exercise can form the basis of a complaint to the Tribunal of abuse of authority.

[71] The question of law raised by this appeal is whether the Tribunal committed a reviewable error when it regarded as irrelevant to a complaint of abuse of

de la loi ni, comme je l'expliquerai plus loin aux paragraphes 74 à 77 des présents motifs, par le contexte législatif et les objectifs de la loi.

iv) *La décision du Tribunal était-elle déraisonnable?*

[68] Pour déterminer si la décision d'un tribunal administratif est raisonnable, on tient compte des motifs et du dispositif de la décision. La cour de révision doit décider si les motifs donnés par le tribunal pour justifier sa décision démontrent que la décision est justifiée et que le processus décisionnel est transparent et intelligible, et que la décision appartient aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit (*Dunsmuir*, au paragraphe 47).

[69] La présente affaire soulève la question de savoir s'il était déraisonnable de la part du Tribunal d'exclure tout examen de la question de savoir si le poste de gestionnaire régional de niveau PM-06 était un nouveau poste, au motif que l'article 33 n'oblige pas l'employeur à tenir compte de ce facteur, mais qu'il réserve toute latitude à l'administrateur général en ce qui concerne le choix du processus de nomination. Le Tribunal a estimé que tout manquement aux Lignes directrices ne portait pas à conséquence, en expliquant que, comme les Lignes directrices n'ont pas force de loi, toute erreur d'interprétation dont elles feraient l'objet ne pouvait constituer un abus de pouvoir. Ni le Tribunal ni la Cour fédérale n'ont jugé nécessaire de proposer une interprétation de l'expression « abus de pouvoir », se contentant de considérer que l'affaire soulevait essentiellement une question de fait.

[70] L'alinéa 77(1)(b) prévoit que le choix entre un processus de nomination annoncé et un processus de nomination non annoncé peut constituer un abus de pouvoir. Le législateur a donc envisagé la possibilité que, même si le pouvoir discrétionnaire prévu à l'article 33 est étendu, son exercice peut donner ouverture à une plainte d'abus de pouvoir devant le Tribunal.

[71] La question de droit soulevée dans le présent appel est celle de savoir si le Tribunal a commis une erreur susceptible de révision en considérant comme

authority under paragraph 77(1)(b) the distinction between new and reclassified positions, when the employer gave the newness of the regional manager position as the principal reason for the decision to advertise. In my view, the Tribunal erred.

[72] Its error was to proceed on the assumption that, because section 33 does not require the employer to take into account whether the position was new or reclassified, the employer's characterization of the position as new was incapable of grounding a complaint of abuse of authority. This error rendered the Tribunal's resulting decision unreasonable because it precluded Mr. Kane from attempting to establish that the employer's characterization of the position as new had no rational basis.

[73] In my opinion, it was unreasonable for the Tribunal, in effect, to conclude that a complaint under paragraph 77(1)(b) could not be substantiated, even if the employer decided to use an advertised internal appointment process because the position to be filled was new, and Mr. Kane could show that it clearly was not. A decision pursuant to section 33 is arbitrary if based on an irrational finding of a material fact which the employer may consider in the exercise of the power. That the distinction between a new and a reclassified position is relevant to the exercise of the power (in the sense that the employer may lawfully take it into account) is confirmed by the Guidelines and the Policy.

[74] As Justices Bastarache and LeBel noted (at paragraph 42) when writing for the majority in *Dunsmuir*: "It is also inconsistent with the rule of law to retain an irrational decision." If the regional manager position at the PM-06 level was not new, the employer's decision to advertise was *prima facie* irrational because its basis was unfounded and, to that extent, would be inconsistent with values motivating the PSEA: fairness, accountability, and transparency. For the Tribunal to proceed on

sans importance dans le cas d'une plainte d'abus de pouvoir présentée en vertu de l'alinéa 77(1)(b) la distinction entre un nouveau poste et un poste reclassifié, alors que l'employeur invoque la nouveauté du poste de gestionnaire régional comme principale raison pour justifier sa décision d'annoncer le poste. À mon avis, le Tribunal a commis une erreur.

[72] Son erreur a été de partir à tort du principe que, parce que l'article 33 n'oblige pas l'employeur à tenir compte du fait qu'il s'agit d'un nouveau poste ou d'un poste reclassifié, le fait que l'employeur qualifiait le poste de nouveau poste ne pouvait donner ouverture à une plainte d'abus de pouvoir. Cette erreur a rendu déraisonnable la décision que le Tribunal a rendue parce qu'elle empêchait M. Kane de tenter de démontrer que le fait que l'employeur qualifiait le poste de nouveau poste n'avait aucun fondement rationnel.

[73] À mon avis, il était effectivement déraisonnable de la part du Tribunal de conclure qu'une plainte présentée en vertu de l'alinéa 77(1)(b) ne pouvait être fondée, et ce, même si l'employeur avait décidé de recourir à un processus de nomination interne annoncé parce que le poste à doter était nouveau et que M. Kane était en mesure de démontrer qu'il ne s'agissait manifestement pas d'un nouveau poste. La décision rendue en vertu de l'article 33 est arbitraire si elle repose sur une conclusion irrationnelle portant sur un fait important dont l'employeur peut tenir compte pour exercer son pouvoir. Le fait que la distinction entre un poste nouveau et un poste reclassifié constitue un facteur pertinent pour l'exercice de ce pouvoir (en ce sens que l'employeur peut légitimement en tenir compte) est confirmé par les Lignes directrices et la Politique.

[74] Ainsi que les juges Bastarache et LeBel l'ont fait remarquer au nom de la majorité dans l'arrêt *Dunsmuir* (au paragraphe 42) : « Le maintien d'une décision irrationnelle va aussi à l'encontre de la primauté du droit ». Si le poste de gestionnaire régional de niveau PM-06 n'était pas nouveau, la décision de l'employeur de l'annoncer était à première vue irrationnelle, parce qu'elle était non fondée et que, dans cette mesure, elle serait incompatible avec les valeurs consacrées par la

the basis that such a decision could not support a finding of abuse of authority is unreasonable.

[75] If courts do not permit irrational decisions to stand because they are inconsistent with the rule of law, it is not reasonable for the Tribunal to exclude from the scope of the term “abuse of authority” decisions under section 33 that are based on facts that have no rational support in the material before the managerial decision maker.

[76] That Parliament could not reasonably be taken to have intended to exclude irrational decisions from the Tribunal’s jurisdiction under section 77 is also supported by the statutory context: Mr. Kane’s complaint is the kind for which adjudication by an expert and independent administrative tribunal is ideally suited. It would also run counter to a rational allocation of functions under the PSEA regarding employees’ grievances to interpret “abuse of authority” so narrowly that Mr. Kane’s only remedies would be to request management to exercise its power to correct its mistakes (PSEA, at subsections 15(1) and 67(3) and section 47), or to make an application for judicial review directly to the Federal Court, which would not have the benefit of a decision by the specialized Tribunal. Parliament cannot have intended such a result.

[77] The PSEA was intended to introduce more flexibility into appointment and staffing decisions. However, these objectives do not require an interpretation of the Act that would preclude employees from pursuing an effective remedy for managerial arbitrariness in the exercise of a statutory discretion.

[78] In the present case, the Tribunal did not decide that the Deputy Head based her decision on the mistaken view that the regional manager position was new, rather than a reclassified position. The Tribunal did not get this

Loi : équité, responsabilité et transparence. Le Tribunal a agi de façon déraisonnable en partant du principe qu’une telle décision ne permettait pas de conclure à l’abus de pouvoir.

[75] Si les tribunaux judiciaires refusent de confirmer des décisions irrationnelles parce qu’elles vont à l’encontre de la primauté du droit, il n’est pas raisonnable de la part du Tribunal d’exclure de la portée de l’expression « abus de pouvoir » les décisions rendues en vertu de l’article 33 qui sont fondées sur des faits qui ne trouvent aucune base rationnelle dans les éléments dont disposait le gestionnaire décideur.

[76] Le contexte législatif confirme par ailleurs que l’on ne saurait raisonnablement penser que le législateur entendait soustraire les décisions irrationnelles à la compétence que l’article 77 confère au Tribunal. La plainte de M. Kane est du genre de celles qui se prêtent parfaitement à une décision par un tribunal administratif spécialisé et indépendant. Il irait également à l’encontre d’une répartition logique des attributions prévues par la Loi en ce qui concerne les griefs émanant des employés d’interpréter la notion d’« abus de pouvoir » si étroitement que les seuls recours dont disposerait M. Kane consisteraient à demander à la direction d’exercer son pouvoir de corriger ses propres erreurs (aux paragraphes 15(1) et 67(3) et à l’article 47 de la Loi), ou encore à présenter une demande de contrôle judiciaire directement à la Cour fédérale, qui n’aurait pas l’avantage de disposer d’une décision rendue par un tribunal spécialisé. Il n’est pas possible que le législateur ait voulu un tel résultat.

[77] La Loi visait à offrir une plus grande souplesse en ce qui concerne les décisions en matière de nomination et de dotation. Ces objectifs n’exigent cependant pas que l’on interprète la Loi de manière à empêcher les employés d’exercer un recours efficace en cas d’exercice arbitraire par la direction des pouvoirs discrétionnaires que lui confère la Loi.

[78] Dans le cas qui nous occupe, le Tribunal n’a pas décidé que l’administratrice générale avait fondé sa décision sur sa croyance erronée que le poste de gestionnaire régional était un nouveau poste plutôt qu’un poste

far, because it concluded that the distinction between new and reclassified was not relevant to Mr. Kane's complaint of abuse of authority in the exercise of the Deputy Head's discretion under section 33.

[79] However, for the reasons given in paragraphs 72–75 above, it was unreasonable for the Tribunal to hold that it could not be an abuse of authority under paragraph 77(1)(b) for the Deputy Head to decide to advertise because the position to be filled was new, even if, as Mr. Kane maintains, it clearly was not. It was therefore unreasonable for the Tribunal to have declined to determine whether the decision to advertise was, as Mr. Kane alleges, made on the basis of a finding of relevant fact for which there was no rational support in the facts or the applicable criteria, namely, the characterization of the regional manager's position as new.

[80] Of course, it is not the Court's role in this appeal to express an opinion on whether the regional manager position at the PM-06 level is new or a reclassification of the position previously occupied by Mr. Kane. As already noted, he says that the duties are the same, which indicates a reclassification. On the other hand, the organizational structure of the unit has changed, so that there are now two PM-05s reporting to the regional manager, which may suggest that the PM-06 position is new: see Guidelines at appeal book, at page 123. However, this is something for the Tribunal, not this Court, to decide.

[81] Accordingly, I would remit the matter to the Tribunal to re-determine Mr. Kane's complaint under paragraph 77(1)(b) on the basis that, since the employer principally justified its decision to advertise on the ground that the regional manager position at the PM-06 level was newly created, the Tribunal must decide if this characterization was rationally supportable. If the

reclassifié. Le Tribunal n'est pas allé aussi loin, parce qu'il a conclu que la distinction entre un nouveau poste et un poste reclassifié n'était pas pertinente lorsqu'il s'agissait de se prononcer sur la plainte d'abus de pouvoir de M. Kane dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que l'article 33 confère à l'administrateur général.

[79] Toutefois, pour les motifs exposés aux paragraphes 72 à 75, la Cour estime qu'il était déraisonnable de la part du Tribunal de juger qu'on ne pouvait conclure que l'administratrice générale avait commis un abus de pouvoir au sens de l'alinéa 77(1)b) en décidant d'annoncer le poste à doter en tant que nouveau poste même si, comme le maintient M. Kane, il ne s'agissait manifestement pas d'un nouveau poste. Il était donc déraisonnable de la part du Tribunal de refuser de déterminer si la décision d'annoncer avait, comme le soutenait M. Kane, été prise sur le fondement d'une conclusion portant sur un fait pertinent qui ne trouvait aucun fondement rationnel dans les faits ou dans les critères applicables, à savoir le fait de qualifier le poste de gestionnaire régional de nouveau poste.

[80] Évidemment, il n'appartient pas à la Cour, dans le cadre du présent appel, d'exprimer son opinion sur la question de savoir si le poste de gestionnaire régional de niveau PM-06 était un nouveau poste ou une reclassification du poste auparavant occupé par M. Kane. Comme nous l'avons déjà signalé, M. Kane affirme que les fonctions étaient identiques, ce qui donne à penser qu'il s'agissait d'une reclassification. En revanche, la structure organisationnelle de l'unité a été modifiée, de sorte qu'il y a maintenant deux employés PM-05 qui relèvent du gestionnaire régional, ce qui laisse entrevoir que le poste PM-06 est un nouveau poste (voir les Lignes directrices, dossier d'appel, à la page 123). Il s'agit toutefois là d'une question qu'il appartient au Tribunal, et non à notre Cour, de trancher.

[81] En conséquence, je renverrais l'affaire au Tribunal pour qu'il juge de nouveau la plainte portée par M. Kane en vertu de l'alinéa 77(1)b) en partant du principe que, comme l'employeur a principalement justifié sa décision d'annoncer le poste en invoquant le fait que le poste de gestionnaire régional de niveau PM-06 était un nouveau poste, le Tribunal doit décider si cette

Tribunal decides that it was not, it would be open to it, after considering all the circumstances, to conclude that the decision to fill the position on the basis of an advertised appointment process was an abuse of authority.

[82] Conversely, if Mr. Kane does not persuade the Tribunal that it was unreasonable for the employer to treat the regional manager position at the PM-06 level as new, rather than reclassified, it will dismiss his complaint.

Issue 3: Was it unreasonable for the Tribunal to dismiss Mr. Kane's complaint because he had failed to prove that, even if the decision to advertise constituted an abuse of authority, it was not the reason why he was not appointed?

[83] The Tribunal held that Mr. Kane was not appointed regional manager because he failed one component of the standardized tests administered to candidates for appointment to positions at the PM-05 and PM-06 levels. In other words, even if there had been an abuse of authority in the exercise of the section 33 discretion, he had failed to prove that it was the cause of his non-appointment, as is required before the Tribunal can uphold a complaint under paragraph 77(1)(b).

[84] I do not agree. The Tribunal's reasoning assumes that, absent an abuse of authority in deciding to fill the position on the basis of an advertised internal appointment process, the Deputy Head would still have used the same methods to assess whether Mr. Kane had the necessary skills and qualifications to fill the regional manager position on a permanent basis.

[85] This, with respect, is pure speculation. If Mr. Kane is correct and the regional manager position at the PM-06 level is not new but is a reclassification of his former position, the employer might well not have

qualification se justifiait rationnellement. Si le Tribunal répond par la négative à cette question, il lui sera loisible, après examen de l'ensemble des circonstances de l'espèce, de conclure que la décision de doter le poste en suivant un processus de nomination annoncé constituait un abus de pouvoir.

[82] En revanche, si M. Kane ne le convainc pas qu'il était déraisonnable de la part de l'employeur de considérer comme nouveau et non comme reclassifié le poste de gestionnaire régional de niveau PM-06, le Tribunal rejettera sa plainte.

Troisième question : Était-il déraisonnable de la part du Tribunal de rejeter la plainte de M. Kane parce qu'il n'avait pas prouvé que, même si la décision d'annoncer le poste constituait un abus de pouvoir, ce n'était pas la raison pour laquelle il n'avait pas été nommé?

[83] Le Tribunal a estimé que M. Kane n'avait pas été nommé gestionnaire régional parce qu'il avait échoué à l'un des volets des tests standardisés administrés aux candidats aux postes de niveaux PM-05 et PM-06. En d'autres termes, même s'il y avait eu un abus de pouvoir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire prévu à l'article 33, M. Kane n'avait pas démontré que cet abus de pouvoir était la raison pour laquelle il n'avait pas été nommé, ainsi qu'il était tenu de le démontrer pour que le Tribunal puisse faire droit à sa plainte en vertu de l'alinéa 77(1)b).

[84] Je ne suis pas de cet avis. Le raisonnement du Tribunal suppose qu'à défaut d'abus de pouvoir entachant la décision de doter le poste à la suite d'un processus de nomination interne annoncé, l'administratrice générale aurait quand même employé les mêmes méthodes pour vérifier si M. Kane possédait les compétences et les qualifications nécessaires pour occuper de façon permanente le poste de gestionnaire régional.

[85] Il s'agit à mon humble avis de pures spéculations. Si M. Kane a raison d'affirmer que le poste de gestionnaire régional de niveau PM-06 n'est pas un nouveau poste mais une reclassification de son ancien poste, il est

followed an advertised process. It is accordingly unreasonable to assume that, even if no competition was held, the standardized evaluative tools used in a competition would necessarily be used to assess if Mr. Kane was qualified to continue in the particular job, despite the broad discretion in the choice of methods of assessment conferred on the employer by section 36.

[86] Mr. Kane says that the duties of the regional manager do not differ materially from those of the service delivery manager, and that the position is therefore a reclassification of the position that he occupied. If this is correct, an assessment of Mr. Kane's ability to do the job can reasonably be expected to include, as a significant component, his performance in the 12 months of his deployment to IPCS, first as service delivery manager in the interim organization, and then as acting regional manager.

[87] Indeed, section 36 of the Act specifically includes "a review of past performance and accomplishments" as a basis for determining whether a person meets the qualifications for a job. The review in the record of Mr. Kane's performance during his deployment to the IPCS business line is positive (appeal book, at page 206), and there are no suggestions that his work had been unsatisfactory. A discrepancy between the performance assessments and the results of tests may cause management to examine the appropriateness of the tests in this context. Needless to say, Mr. Kane's incumbency did not entitle him to be appointed to the regional manager position.

[88] Thus, if, when the Tribunal re-determines the matter, it concludes that there was an abuse of authority in the exercise of the discretion conferred by section 33, it must also decide if the abuse caused Mr. Kane not to be appointed regional manager.

[89] Finally, Mr. Kane believes that he was arbitrarily "singled out" by being made to compete for his own job, and not being appointed to it. To the best of his

fort possible que l'employeur n'aurait pas suivi un processus annoncé. Il est par conséquent déraisonnable de supposer que, même si aucun concours n'avait eu lieu, les outils d'évaluation standardisés employés lors d'un concours seraient nécessairement employés pour vérifier si M. Kane était qualifié pour continuer à occuper ce poste particulier, malgré le vaste pouvoir que l'article 36 conférait à l'employeur au sujet du choix de méthodes d'évaluation.

[86] M. Kane affirme que les attributions du gestionnaire régional ne diffèrent pas sensiblement de celles de directeur de la prestation des services, et que le poste est par conséquent une reclassification du poste qu'il occupait. S'il a raison, on pouvait raisonnablement s'attendre à ce que l'évaluation de sa capacité de faire le travail comprendrait notamment une évaluation de son rendement au cours des 12 mois de son affectation aux SCSEP, d'abord comme directeur de la prestation des services au sein de l'organisation provisoire, puis comme gestionnaire régional par intérim.

[87] D'ailleurs, l'article 36 de la Loi prévoit expressément la « prise en compte des réalisations et du rendement antérieur » de l'intéressé pour décider si elle possède les qualifications requises pour un emploi. Le rapport de rendement de M. Kane qui a été versé au dossier au sujet de son affectation au secteur d'activités des SCSEP est favorable (dossier d'appel, à la page 206), et rien ne permet de penser que son travail était insatisfaisant. Des divergences constatées entre l'évaluation du rendement et les résultats des tests peuvent amener la direction à s'interroger sur le bien-fondé des tests dans ce contexte. Inutile de dire que le fait que M. Kane avait occupé ce poste ne lui donnait pas le droit d'être nommé au poste de gestionnaire régional.

[88] Ainsi, si lorsqu'il réexaminera l'affaire, le Tribunal conclut qu'il y a eu un abus de pouvoir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par l'article 33, il devra également décider si cet abus explique pourquoi M. Kane n'a pas été nommé gestionnaire régional.

[89] Enfin, M. Kane estime qu'on l'a arbitrairement « traité différemment » en le forçant à se présenter à un concours pour son propre emploi et en refusant de le

knowledge as an experienced federal public service employee in the Newfoundland and Labrador region, incumbents in the region have, for years, always been appointed to their positions after reclassification.

[90] I agree with the Federal Court that the Tribunal could reasonably conclude that, even though not contradicted, Mr. Kane's assertion is not enough to discharge the burden upon him, as the complainant, to prove that it was a consistently followed practice in the region to appoint incumbents to their position after reclassification. He has not challenged the Tribunal's refusal to require the employer to provide information on this topic.

G. CONCLUSIONS

[91] For these reasons, I would allow the appeal with costs here and below, set aside the decision of the Federal Court, grant Mr. Kane's application for judicial review, set aside the decision of the Tribunal, and remit the matter to the Tribunal, differently constituted, to re-determine in accordance with these reasons Mr. Kane's complaint that he was not appointed regional manager by reason of an abuse of authority by the employer in choosing an advertised internal appointment process. The re-determination shall be conducted on the basis of the existing record, although the Tribunal may permit the parties to supplement it, and to make oral submissions.

DAWSON J.A.: I agree.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[92] STRATAS J.A. (DISSENTING): I agree with my colleague's statement of the facts and issues. I agree that the standard of review of the Tribunal's decision is

nommer à ce poste. En tant que fonctionnaire fédéral expérimenté de la région de Terre-Neuve-et-Labrador, M. Kane déclare qu'à sa connaissance, les titulaires de poste de la région ont depuis des années toujours été nommés à leur poste à la suite d'une reclassification.

[90] Je suis d'accord avec la Cour fédérale pour dire que le Tribunal pouvait raisonnablement conclure que, même si elle n'était pas contredite, l'affirmation de M. Kane n'était pas suffisante pour lui permettre de s'acquitter du fardeau qui lui incombait, comme plaignant, de prouver qu'on a toujours suivi dans la région la pratique consistant à nommer les mêmes titulaires de postes après une reclassification. M. Kane n'a pas contesté le refus du Tribunal d'obliger l'employeur à fournir des renseignements sur le sujet.

G. DISPOSITIF

[91] Pour ces motifs, je ferais droit à l'appel avec dépens tant devant notre Cour que devant les tribunaux d'instance inférieure, j'annulerais la décision de la Cour fédérale, j'accueillerais la demande de contrôle judiciaire de M. Kane, j'annulerais la décision du Tribunal et je renverrais l'affaire au Tribunal, différemment constitué, pour qu'il procède à un nouvel examen en conformité avec les présents motifs en réponse à la plainte de M. Kane suivant laquelle il n'a pas été nommé comme gestionnaire régional en raison d'un abus de pouvoir commis par l'employeur lors du choix du processus de nomination interne annoncé. Ce nouvel examen aura lieu sur le fondement du dossier existant, bien que le Tribunal puisse permettre aux parties de le compléter et de formuler des observations oralement.

LA JUGE DAWSON, J.C.A. : Je suis d'accord.

* * *

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

[92] LE JUGE STRATAS, J.C.A. (DISSIDENT) : Je souscris à l'exposé des faits et des questions en litige de mon collègue. Je suis d'accord avec lui pour dire que la

reasonableness. However, my colleague has held that the Tribunal's decision fails under that standard and should be set aside.

[93] I disagree. In my view, the Federal Court was correct: the Tribunal's decision was reasonable and should be upheld.

[94] Our disagreement is not based on differing views of facts or differing subjective assessments of the reasonable standard. Instead, we differ at the level of fundamental principle on how courts should conduct reasonableness review.

A. MY COLLEAGUE'S APPROACH

[95] Distilling my colleague's reasons to their essence, my colleague says that the Tribunal's decision is unreasonable because the Tribunal failed to take into account a consideration relevant to the determination of "abuse of authority" under paragraph 77(1)(b) of the *Public Service Employment Act*, S.C. 2003, c. 22, ss. 12, 13 (the Act). The relevant consideration (the Newness Consideration) is that the employer thought that the PM-06 position was new and saw "newness" as a reason to advertise and hold a competition for the position, but the position might not be new at all.

[96] The Tribunal upheld the employer's staffing decision and found no "abuse of authority" under paragraph 77(1)(b) of the Act. The Tribunal held that the Newness Consideration was irrelevant to whether there was an "abuse of authority". As we shall see, those holdings were reasonable. But my colleague disagrees. In his view, the Newness Consideration is relevant to whether there was an "abuse of authority" and the Tribunal had to consider the Newness Consideration. Its failure to do so invalidated its decision.

norme de contrôle de la décision du Tribunal est celle de la décision raisonnable. Toutefois, suivant mon collègue, la décision du Tribunal ne peut être confirmée suivant la norme en question et elle devrait être annulée.

[93] Je ne suis pas d'accord avec sa conclusion. À mon avis, c'est à bon droit que la Cour fédérale a jugé que la décision du Tribunal était raisonnable et qu'elle devait être confirmée.

[94] Mon désaccord ne s'explique pas [par] une opinion différente au sujet des faits ou à une analyse subjective divergente de la norme du caractère raisonnable. Mon collègue et moi-même divergeons plutôt d'avis au niveau du principe fondamental régissant la façon dont les tribunaux judiciaires devraient procéder à l'examen du caractère raisonnable d'une décision.

A. L'APPROCHE SUIVIE PAR MON COLLÈGUE

[95] Si je résume l'essentiel de ses motifs, mon collègue affirme que la décision du Tribunal est déraisonnable parce que le Tribunal n'a pas tenu compte d'une considération pertinente pour décider de l'existence d'un « abus de pouvoir » au sens de l'alinéa 77(1)b) de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, art. 12, 13 (la Loi). Suivant la considération pertinente (le facteur de la nouveauté), l'employeur croyait que le poste PM-06 était un nouveau poste et a considéré cette « nouveauté » comme une raison le justifiant d'annoncer le poste et d'organiser un concours alors qu'il était possible qu'il s'avère que ce poste n'était pas nouveau.

[96] Le Tribunal a confirmé la décision de dotation de l'employeur et a estimé qu'aucun « abus de pouvoir » au sens de l'alinéa 77(1)b) de la Loi n'avait été commis. Le Tribunal a jugé que le facteur de la nouveauté n'était pas pertinent pour décider s'il y avait eu un « abus de pouvoir ». Comme nous le verrons, ces conclusions étaient raisonnables. Mais mon collègue n'est pas de cet avis. Selon lui, le facteur de la nouveauté est pertinent lorsqu'il s'agit de décider si un « abus de pouvoir » a été commis et le Tribunal devait tenir compte de ce facteur

[97] My colleague finds that the Newness Consideration is relevant—based not on the legal and factual findings made by the Tribunal, but rather on factual and legal findings he himself makes. My colleague finds as a fact that “[the employer’s] principal justification . . . for advertising [the PM-06 position] was that the position was new” (at paragraph 55), but the position may not be new. My colleague finds as a legal matter that newness of the PM-06 position is relevant to the employer’s decision under section 33 of the Act: he states that “the newness . . . of a position is thus relevant” (at paragraph 44), “the breadth of the discretion conferred by section 33 is such that whether a position is new is a factor that the employer may consider” (at paragraph 44), and “the newness of a position can be relevant to the exercise of the broad discretion under section 33” (at paragraph 49). If the position were not new, my colleague concludes, as a legal matter, that “the employer’s decision to advertise was *prima facie* irrational because its basis was unfounded” (at paragraph 74) and so the employer may have committed an “abuse of authority” under paragraph 77(1)(b) of the Act (at paragraphs 75–79). In his legal view, “abuse of authority” under paragraph 77(1)(b) of the Act must include “[employer] decisions . . . that are based on facts that have no rational support in the material before the [employer]” (at paragraph 75). Finally, turning to the Tribunal’s decision itself, he finds that it failed to take into account the Newness Consideration. To my colleague, that is the end of the matter—the Tribunal’s decision is unreasonable for that reason alone and so it must now reconsider the matter taking into account the Newness Consideration.

[98] That is no longer the accepted approach. No longer do we automatically invalidate decisions because they failed to take into account a relevant consideration.

et son omission de le faire a pour effet d’invalider la décision du Tribunal.

[97] Mon collègue conclut que le facteur de la nouveauté est pertinent — en raison non pas des conclusions de droit et de fait tirées par le Tribunal, mais plutôt à cause des conclusions de droit et de fait qu’il tire lui-même. Mon collègue conclut en fait que « [l]a principale raison invoquée par l’employeur pour justifier sa décision d’annoncer le poste [PM-06] était qu’il s’agissait d’un nouveau poste » (au paragraphe 55), mais il est possible qu’il ne s’agissait pas d’un nouveau poste. Mon collègue conclut en droit que la nouveauté du poste PM-06 était une considération pertinente relativement à la décision que l’employeur était appelé à prendre en vertu de l’article 33 de la Loi. Il déclare : « [l]a nouveauté du poste est donc pertinente » (au paragraphe 44), « la portée du pouvoir discrétionnaire conféré par l’article 33 est telle que l’employeur peut effectivement tenir compte de la question de savoir s’il s’agit d’un nouveau poste » et « la nouveauté du poste peut être un facteur pertinent lorsqu[e l’employeur] exerce le vaste pouvoir discrétionnaire que lui confère l’article 33 » (au paragraphe 49). Mon collègue conclut en droit que, si le poste n’était pas nouveau, « la décision de l’employeur de l’annoncer était à première vue irrationnelle, parce qu’elle était non fondée » (au paragraphe 74), de sorte que l’employeur avait pu commettre un « abus de pouvoir » au sens de l’alinéa 77(1)b) de la Loi (aux paragraphes 75 à 79). En droit, l’« abus de pouvoir » au sens de l’alinéa 77(1)b) de la Loi englobe notamment selon lui « les décisions [de l’employeur] qui sont fondées sur des faits qui ne trouvent aucune base rationnelle dans les éléments dont disposait [l’employeur] » (au paragraphe 75). Enfin, au sujet de la décision du Tribunal elle-même, il conclut qu’elle ne tient pas compte du facteur de la nouveauté. Pour mon collègue, le débat est clos : la décision du Tribunal est déraisonnable pour cette seule raison et le Tribunal doit réexaminer l’affaire en tenant compte du facteur de la nouveauté.

[98] Ce raisonnement ne correspond plus à la démarche reconnue. On n’invalide plus automatiquement une décision parce qu’il n’a pas été tenu compte d’une

Instead, today, our role is to engage in truly deferential reasonableness review, nothing more.

B. THE MOVEMENT AWAY FROM MY COLLEAGUE'S APPROACH

[99] My colleague's approach harkens back to a time long ago when courts would interfere much more readily with tribunal decisions. Courts would fasten onto a certain type of error, such as a failure to take into account a consideration that the reviewing court itself deems relevant, and then use that error to quash a tribunal decision.

[100] Today, we recognize that such an approach often leads to quite intensive, non-deferential review of tribunal decisions. In this case, my colleague, based on his own view of the facts and the law, determines that the Newness Consideration is relevant to "abuse of authority" under paragraph 77(1)(b), examines whether the Tribunal took the Newness Consideration into account, and then finds the Tribunal's decision wanting. Under my colleague's approach, the Tribunal's own assessments of what is or is not relevant do not fall for scrutiny, even deferential scrutiny. Put another way, this sort of approach "seems to leave little room for deference of respect for decision-maker appreciation of those factors or considerations that were relevant to the interpretation of a particular statutory provision or the exercise of a particular statutory power": David Mullan, "Deference from *Baker to Suresh* and Beyond—Interpreting the Conflicting Signals" in David Dyzenhaus, ed., *The Unity of Public Law* (Oxford: Hart Publishing, 2004), at page 24.

[101] In recent years, the Supreme Court has moved us toward a different approach: truly deferential reasonableness review. No longer is it "sufficient merely to

considération pertinente. De nos jours, notre rôle se borne à vérifier, dans un esprit de déférence, si la décision est raisonnable, et rien de plus.

B. L'ABANDON GRADUEL DE L'APPROCHE SUIVIE PAR MON COLLÈGUE

[99] L'approche préconisée par mon collègue remonte à l'époque révolue où les cours de justice n'hésitaient pas à intervenir pour sanctionner les décisions des tribunaux administratifs. Les tribunaux judiciaires s'attachaient à un certain type d'erreur, comme l'omission de tenir compte d'un élément que la cour de révision considérait elle-même pertinent pour ensuite invoquer cette erreur pour annuler la décision du tribunal administratif.

[100] De nos jours, on reconnaît que cette approche conduit souvent à un contrôle des décisions des tribunaux administratifs qui est intempestif et dénué de déférence. En l'espèce, mon collègue, se fondant sur son opinion personnelle des faits et du droit, conclut que le facteur de la nouveauté est pertinent pour se prononcer sur l'existence d'un « abus de pouvoir » au sens de l'alinéa 77(1)b), se demande si le Tribunal a tenu compte de ce facteur de la nouveauté, pour ensuite conclure que la décision du Tribunal est déficiente. Suivant la démarche de mon collègue, l'appréciation que le Tribunal a lui-même faite de ce qui est pertinent et de ce qui ne l'est pas échappe à tout examen, même à un examen empreint de déférence. Autrement dit, ce genre d'approche [TRADUCTION] « semble laisser peu de place à la déférence relativement à l'appréciation que l'auteur de la décision a faite des facteurs ou éléments qui étaient pertinents pour interpréter une disposition législative particulière ou l'exercice d'un pouvoir particulier conféré par la loi » (David Mullan, « Deference from *Baker to Suresh* and Beyond—Interpreting the Conflicting Signals » dans David Dyzenhaus, éd., *The Unity of Public Law* (Oxford : Hart Publishing, 2004), à la page 24).

[101] Au cours des dernières années, la Cour suprême a opté pour une approche différente en préconisant un contrôle de la raisonabilité qui soit véritablement

identify a categorical or nominate error” or to “slot a particular issue into a pigeon hole of judicial review”, such as the failure to take into account a relevant consideration: *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226, at paragraphs 22 and 25, per McLachlin C.J.C. and see also *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 and *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190. Instead, “[r]eview of the conclusions of an administrative decision-maker must begin by applying [the reasonableness standard of review]”: *Dr. Q*, above, at paragraph 25; David J. Mullan, “Establishing the Standard of Review: The Struggle for Complexity?” (2004), 17 *C.J.A.L.P.* 59, at page 65.

[102] Under the Supreme Court’s approach, we do not determine what considerations are relevant and then impose our determinations of relevance on the tribunal. Rather, the tribunal is given “substantial leeway ... in determining the ... ‘relevant considerations’ involved in making a given determination”, and then we engage in reasonable review of what the tribunal has done: *Baker*, above, at paragraph 56. Reasonableness review is supposed to be truly deferential review: *Dunsmuir*, above, at paragraph 47.

C. TRULY DEFERENTIAL REASONABLENESS REVIEW

[103] As explained by the Supreme Court, truly deferential reasonableness review requires us to assess whether the Tribunal’s conclusions fall within a range of outcomes that are defensible on the facts and the law: *Dunsmuir*, above, at paragraph 47. Our posture must be one of deference; interference by us must be rare.

empreint de déférence. Il ne suffit plus « d’identifier simplement une erreur catégorisée ou désignée » ou « de classer une question donnée dans une catégorie précise de contrôle judiciaire », comme l’omission de tenir compte d’une considération pertinente (*Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226, aux paragraphes 22 et 25, la juge en chef McLachlin; voir également *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, et *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190. Désormais, « [l]e contrôle des conclusions d’une instance administrative doit commencer par l’application de la [norme de contrôle de la décision raisonnable] » (*Dr Q*, précité, au paragraphe 25; David J. Mullan, « Establishing the Standard of Review: The Struggle for Complexity? », (2004), 17 *R.C.D.A.P.* 59, à la page 65).

[102] Suivant la démarche proposée par la Cour suprême, on ne détermine pas quels facteurs sont pertinents pour ensuite imposer au tribunal administratif ses propres conclusions au sujet de la pertinence. On donne plutôt au tribunal administratif « une grande liberté d’action dans la détermination [...] des “considérations pertinentes” » pour ensuite procéder au contrôle en vérifiant si ce que le tribunal administratif a fait était raisonnable (*Baker*, précité, au paragraphe 56). Le contrôle de la raisonabilité est censé être un contrôle véritablement empreint de déférence (*Dunsmuir*, précité, au paragraphe 47).

C. CONTRÔLE DE LA RAISONNABILITÉ VÉRITABLEMENT EMPREINT DE DÉFÉRENCE

[103] Ainsi que la Cour suprême l’a expliqué, le contrôle de la raisonabilité vraiment empreint de déférence nous oblige à déterminer si les conclusions que le Tribunal a tirées appartiennent aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit (*Dunsmuir*, précité, au paragraphe 47). Notre attitude doit être empreinte de déférence et nous devons rarement intervenir.

[104] In order to engage in truly deferential reasonableness review, we must have front of mind a proper understanding of our role.

[105] There are certain realities in the case at bar that remind us of our role. In the Act, Parliament has assigned the tasks of finding the facts, interpreting the legislation, arriving at conclusions and awarding appropriate relief to the Tribunal—not to us. For good measure, Parliament has forbidden us from questioning or reviewing any decision of the Tribunal: Act, section 102.

[106] Of course, the normal rule is that courts must obey Parliament’s law. However, the constitution is a higher law and courts have a “constitutional duty to ensure that public authorities do not overreach their lawful powers”: *Dunsmuir*, above, at paragraph 29; *Crevier v. Attorney General of Quebec et al.*, [1981] 2 S.C.R. 220, at page 234; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, at page 1090. In the case at bar, this duty allows us to review decisions of the Tribunal despite Parliament’s vesting of exclusive jurisdiction in the Tribunal and despite the privative clause in section 102.

[107] When do “public authorities ... overreach their lawful powers” and trigger our duty to interfere? In *Dunsmuir* [at paragraph 29], we are told that one situation is where a tribunal reaches an outcome that is indefensible on the basis of the law and all of the evidence, even taking into account the particular expertise and policy appreciation of the tribunal. Such an outcome, in the words of *Dunsmuir*, falls outside of the “range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law” (at paragraph 47). We interfere because the tribunal has reached an outcome based on an indefensible interpretation, application or exercise of Parliament’s law. We do not interfere simply because the tribunal has failed to consider something that we happen to think is relevant.

[104] Pour procéder à un contrôle de la raisonabilité qui soit véritablement marqué par la déférence, nous devons garder constamment en tête une juste compréhension de notre rôle.

[105] Il y a dans le cas qui nous occupe certaines réalités qui nous rappellent notre rôle. Dans la Loi, le législateur a confié la tâche de constater les faits, d’interpréter la loi, de tirer des conclusions et d’accorder la réparation appropriée non pas à nous, mais bien au Tribunal. Pour faire bonne mesure, le législateur nous interdit d’examiner ou de réviser les décisions du Tribunal (article 102 de la Loi).

[106] Évidemment, la règle habituelle veut que les cours de justice obéissent aux lois édictées par le Parlement. Toutefois, la Constitution a préséance sur toute autre loi et les cours de justice ont « l’obligation constitutionnelle de veiller à la légalité de l’action administrative » (*Dunsmuir*, précité, au paragraphe 29; *Crevier c. Procureur général du Québec et autres*, [1981] 2 R.C.S. 220, à la page 234; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, à la page 1090). En l’espèce, cette obligation nous permet d’examiner les décisions du Tribunal malgré le fait que le législateur a attribué une compétence exclusive au Tribunal et malgré la clause privative contenue à l’article 102.

[107] Dans quel cas notre « obligation constitutionnelle de veiller à la légalité de l’action administrative » est-elle enclenchée, nous forçant à intervenir? Suivant l’arrêt *Dunsmuir* [au paragraphe 29], un de ces cas est celui où lequel le tribunal administratif arrive à une solution qui ne peut se justifier au regard des faits et du droit et de l’ensemble de la preuve, même en tenant compte de l’expertise particulière du tribunal et de son appréciation des principes applicables. Une telle solution n’appartient pas, pour reprendre la formule employée dans l’arrêt *Dunsmuir*, « aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » (au paragraphe 47). La raison pour laquelle nous intervenons est que le tribunal est arrivé à un résultat qui repose sur une interprétation ou une application d’une loi fédérale qui ne peut se justifier. Nous n’intervenons pas simplement parce que le tribunal n’a pas tenu compte d’un élément qui est pertinent à notre avis.

[108] To be sure, this holistic approach to judicial review results in considerable deference, much more than my colleague’s approach. But given our narrow role, this is the correct approach.

[109] In this case, unless there is an indefensible interpretation, application or exercise of Parliament’s law—a decision outside of the range of acceptable outcomes—we cannot interfere. We must keep within our narrow role. We must mind our place.

D. SUBJECTING THE TRIBUNAL’S DECISION TO TRULY DEFERENTIAL REASONABLENESS REVIEW

[110] Does the Tribunal’s decision fail truly deferential reasonableness review? Is it indefensible in the sense that I have described? In my view, no. The Tribunal has adopted a defensible interpretation, application and exercise of Parliament’s law. We cannot interfere.

[111] The case at bar concerns an employer in a special employment sector, the public service. The employer made a discretionary judgment call about how to go about staffing a particular public service position in a particular staffing structure. The employer’s judgment call was placed before the Tribunal. The Tribunal is a public service staffing tribunal comprised of persons who “must ... have knowledge of or experience in employment matters in the public sector” (at subsection 88(3) of the Act). It had to consider whether, in these particularly unusual circumstances, the employer committed an “abuse of authority” within the meaning of paragraph 77(1)(b) of the Act, a statute governing public service employment. This case rests at the bull’s-eye of the exclusive mandate Parliament has given to the Tribunal, not us.

[108] Certes, cette approche globale du contrôle judiciaire donne lieu à déférence très grande, beaucoup plus grande que celle que prévoit l’approche de mon collègue. Mais compte tenu de notre rôle limité, c’est l’approche qu’il convient d’adopter.

[109] En l’espèce, à moins d’être en présence d’une interprétation ou d’une application d’une loi fédérale qui ne peut se justifier — et d’une décision qui n’appartient pas aux issues possibles acceptables — nous ne pouvons pas intervenir. Nous ne devons pas déborder le cadre du rôle limité qui nous est reconnu. Nous devons être conscients de notre mission.

D. ASSUJETTISSEMENT DE LA DÉCISION DU TRIBUNAL À UN CONTRÔLE DE LA RAISONNABILITÉ VÉRITABLEMENT EMPREINT DE DÉFÉRENCE

[110] La décision du Tribunal survit-elle au contrôle véritablement empreint de déférence de sa raisonnablement? Est-elle injustifiable au sens que j’ai évoqué? À mon avis, elle ne l’est pas. Le Tribunal a procédé à une interprétation et à une application d’une loi fédérale qui se justifient. Nous ne pouvons pas intervenir.

[111] La présente affaire concerne un employeur qui œuvre dans un secteur d’emploi spécial, la fonction publique. L’employeur a pris une décision discrétionnaire sur la façon de doter un poste précis de la fonction publique en recourant à un mécanisme de dotation précis. La décision de l’employeur a été soumise à l’appréciation du Tribunal, qui est un tribunal administratif qui s’occupe de la dotation en personnel de la fonction publique et qui est composé de personnes qui doivent « avoir de l’expérience ou des connaissances en matière d’emploi dans le secteur public » (au paragraphe 88(3) de la Loi). Le Tribunal devait déterminer si, vu les circonstances particulièrement inusitées de la présente affaire, l’employeur avait commis un « abus de pouvoir » au sens de l’alinéa 77(1)b) de la Loi, laquelle régit l’emploi dans la fonction publique. La présente affaire relève carrément du mandat exclusif que le législateur a confié, non pas à nous, mais bien au Tribunal.

[112] The facts before the Tribunal were unusual. Before the Tribunal was an interim staffing situation, in flux and evolving towards a more permanent structure. At the outset, the employer established a “new interim organizational structure” (Tribunal decision, at paragraph 4). It deployed the appellant, without open competition, into this new interim structure, as a service delivery manager, PM-05 level.

[113] One month later, the employer informed all staff that it was reviewing the new interim structure. Within a couple of months, the employer had finished its review. It announced a revised and finalized staffing structure. In that structure was a new position, a higher level PM-06 position. It was quite similar to the PM-05 position the appellant briefly held in the interim structure, but was within a different staffing and reporting structure.

[114] How should the higher level PM-06 position be staffed? The employer had two options to choose from:

(a) *No advertisement and no competition for the higher level position.* Under this option, assuming the appellant met the requirements of the final, higher level position, the employer would automatically promote the appellant from the PM-05 position he briefly held, into the final, higher level position.

(b) *Advertisement and open competition for the higher level position.* Under this option, the employer would advertise the higher level position and hold an open competition involving the appellant and other qualified employees.

[115] Section 33 authorizes the employer to choose between “an advertised or non-advertised appointment process”, i.e. either of the two above options. The section contains no words of limitation and, as the Tribunal found, it gives the employer much latitude. Alongside

[112] Les faits portés à la connaissance du Tribunal sont inusités. La situation sur laquelle le Tribunal était appelé à se prononcer était une situation de dotation provisoire en voie de transformation en une structure plus permanente. Au départ, l’employeur a créé « une nouvelle structure organisationnelle intérimaire » (décision du Tribunal, au paragraphe 4). Il a affecté l’appelant, sans tenir de concours public, à un poste de niveau PM-05 de directeur de la prestation de services au sein de cette nouvelle structure intérimaire.

[113] Un mois plus tard, l’employeur a informé l’ensemble du personnel qu’il était en train de réviser la nouvelle structure intérimaire. Quelques mois plus tard, l’employeur avait terminé son examen. Il a annoncé la mise sur pied d’une structure de dotation définitive, qui prévoyait la création d’un nouveau poste de niveau PM-06 plus élevé. Ce poste était très semblable au poste PM-05 que l’appelant avait brièvement occupé dans le cadre de la structure intérimaire, mais elle prévoyait une structure de dotation et une structure hiérarchique différentes.

[114] Comment allait-on doter le poste de niveau supérieur PM-06? L’employeur disposait de deux options :

a) *Ne pas annoncer le poste de niveau supérieur et ne pas tenir de concours pour ce poste.* Suivant cette option, en supposant qu’il satisfaisait aux exigences du poste définitif de niveau supérieur, l’appelant serait automatiquement promu par l’employeur du poste PM-05 qu’il avait brièvement occupé au poste définitif de niveau supérieur.

b) *Annoncer le poste de niveau supérieur et organiser un concours public.* Suivant cette option, l’employeur annoncerait le poste de niveau supérieur et organiserait un concours public auquel l’appelant et d’autres employés qualifiés seraient invités à poser leur candidature.

[115] L’article 33 permet à l’employeur de choisir entre « un processus de nomination annoncé [et] un processus de nomination non annoncé », c’est-à-dire entre l’une des deux options que nous venons de mentionner. Cet article n’a pas un libellé limitatif et, ainsi

section 33, however, is a purpose-laden preamble clause in the Act, a clause that guides the employer's discretion. It provides, among other things, that the public service is to "striv[e] for excellence" and "achieve results for Canadians". The preamble also sets out other important principles such as (in no particular order) diversity, linguistic duality, non-partisanship, "fair, transparent employment practices," "effective dialogue," "respect for employees," and giving employers the "flexibility" to hire the person that will deliver "services of highest quality to the public".

[116] On these facts and within this overall statutory context, the employer chose to advertise and run an open competition. The employer offered three reasons for this: the higher level position was new, it was a "position at a higher level" and "it was fair and appropriate to provide all managers with the opportunity to compete" for it.

[117] The employer advertised the position and the appellant entered the competition. He lost and, as a result, he was not promoted to the higher level position. Another candidate performed better in the competition and received the position.

[118] After the competition was held, the appellant complained that he should have been promoted to the higher level position by virtue of his brief incumbency: in his view, the PM-06 position was a reclassification of his old, albeit interim, PM-05 position and was not new. The appellant went to the Tribunal, alleging that in these circumstances and within this statutory context, the employer committed an "abuse of authority" under paragraph 77(1)(b) of the Act.

[119] As my colleague notes (at paragraph 66), in 2003 Parliament added the requirement of "abuse of

que le Tribunal l'a conclu, il accorde une grande latitude à l'employeur. Outre l'article 33, la Loi comporte par ailleurs un préambule dans lequel le législateur énumère les divers objets de la loi et qui est censé guider l'employeur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Ce préambule indique notamment que la fonction publique est « vouée à l'excellence » et doit « obtenir des résultats pour les Canadiens ». Il énonce également d'autres principes importants (que nous énumérons sans ordre précis), notamment : la diversité, la dualité linguistique, l'absence de partisanerie, des « pratiques d'emploi équitables et transparentes », une « volonté réelle de dialogue », « le respect [des] employés » et la possibilité pour les gestionnaires de disposer « de la marge de manœuvre dont ils ont besoin pour effectuer la dotation » en recrutant les personnes les plus aptes à rendre « des services de haute qualité à [la] population ».

[116] Vu l'ensemble des faits et compte tenu du contexte général de la Loi, l'employeur a choisi d'annoncer le poste et d'organiser un concours public. L'employeur a invoqué trois raisons pour expliquer sa décision : le poste de niveau supérieur était nouveau, il s'agissait d'un « nouveau poste à un niveau supérieur » et « il a été jugé équitable et indiqué de donner à tous les gestionnaires la possibilité de poser leur candidature ».

[117] L'employeur a annoncé le poste et l'appelant a postulé. Sa candidature n'a pas été retenue et il n'a donc pas été promu au poste de niveau supérieur. Un autre candidat a obtenu de meilleurs résultats lors du concours et il a été nommé au poste en question.

[118] Une fois le concours terminé, l'appelant a porté plainte en affirmant qu'il aurait dû être promu au poste de niveau supérieur en raison du bref moment où il en avait été titulaire. À son avis, le poste PM-06 était une reclassification de son ancien (quoique intérimaire) poste PM-05, et non un nouveau poste. L'appelant s'est adressé au Tribunal, en faisant valoir que, dans ces conditions et compte tenu du contexte de la Loi, l'employeur avait commis un « abus de pouvoir » au sens de l'alinéa 77(1)(b) de la Loi.

[119] Ainsi que mon collègue l'explique (au paragraphe 66), en 2003, le législateur a inséré à l'alinéa

authority” into paragraph 77(1)(b) to prevent “overly intrusive surveillance, associated with what was effectively *de novo* appellate review under the former Act.” It is not every employer mistake or misstatement or questionable judgment call that merits redress before the Tribunal. The Tribunal’s task under paragraph 77(1)(b) is to look at all of the facts, understand the breadth of section 33 of the Act and the Act’s purposes, apply its knowledge and experience concerning public service staffing, and reach a conclusion about whether the employer abused its authority. In carrying out this task, the Tribunal decided that the employer did not abuse its authority in making the choice it did.

[120] Specifically, the Tribunal made the following specific findings that, in my view, were defensible on the law and all of the evidence:

(a) The Tribunal found that the current Act, passed in 2003, “makes no distinction between a new or reclassified position”, unlike the old, pre-2003 Act (Tribunal decision, at paragraph 66).

The Tribunal’s finding is defensible. The plain wording of section 33 supports it. Further, under the old, pre-2003 legislation (*Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33 and the *Public Service Employment Regulations, 2000*, SOR/2000-80), an employer sometimes had to consider whether a position was new or reclassified: see section 10 of the old Act and paragraph 5(2)(b) of the old Regulations. Under the old legislation, in certain circumstances, a reclassified position could not be advertised and subject to open competition. Provided an incumbent met the requirements for the position, in many circumstances the incumbent could simply be slotted into the position, even a higher position, whether or not he or she was the best person for the job. In 2003, Parliament did away with the new/reclassified distinction. In its place was section 33, which, as the Tribunal observed, gives the employer a broad discretion to make an appropriate choice in all the circumstances. Also in 2003, Parliament enacted the

77(1)(b) la disposition relative à l’« abus de pouvoir » pour « limiter la surveillance trop poussée engendrée par ce qui revenait en fait à un examen *de novo* en appel sous le régime de l’ancienne loi ». Ce ne sont pas toutes les erreurs, mauvaises interprétations ou décisions discutables de l’employeur qui donnent ouverture à un recours devant le Tribunal. La mission qui est confiée au Tribunal aux termes de l’alinéa 77(1)(b) consiste à examiner l’ensemble des faits, à tenir compte de la portée de l’article 33 de la Loi et des objets de cette dernière, d’appliquer son expérience et ses connaissances en matière d’emploi dans le secteur public et de parvenir à une conclusion sur la question de savoir si l’employeur a commis ou non un abus de pouvoir. S’acquittant de cette mission, le Tribunal a décidé que l’employeur n’avait pas commis d’abus de pouvoir en faisant le choix qu’il avait fait.

[120] Plus précisément, le Tribunal a tiré les conclusions précises suivantes qui, à mon avis, se justifiaient tant en droit qu’en égard à l’ensemble de la preuve :

a) Le Tribunal a conclu que, contrairement à l’ancienne loi, la Loi actuelle, qui a été adoptée en 2003, « ne fait aucune distinction entre un poste nouveau et un poste reclassifié » (décision du Tribunal, au paragraphe 66).

La conclusion du Tribunal se justifie. Le libellé non ambigu de l’article 33 l’appuie. De plus, sous le régime de l’ancienne loi qui existait avant 2003 (*Loi sur l’emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33 et du *Règlement sur l’emploi dans la fonction publique (2000)*, DORS/2000-80), l’employeur était parfois appelé à se demander si un poste était nouveau ou reclassifié (voir l’article 10 de l’ancienne loi et l’alinéa 5(2)(b) de l’ancien Règlement). Aux termes de l’ancienne loi, dans certaines circonstances, un poste reclassifié ne pouvait pas être annoncé et ne pouvait faire l’objet d’un concours public. Il arrivait fréquemment que, dès lors qu’il satisfaisait aux exigences du poste, le titulaire du poste pouvait simplement se voir attribuer ce poste, ou même un poste de niveau supérieur, qu’il soit ou non la meilleure personne pour l’occuper. En 2003, le législateur a aboli la distinction entre les nouveaux emplois et les emplois reclassifiés. Il a adopté à la place l’article 33 qui, ainsi que le Tribunal

preamble clause and the Tribunal's finding is consistent with many of the objectives in it.

(b) The Tribunal found that the employer's discretion to advertise under section 33 of the Act does not turn on whether the position was new or reclassified. An advertised or a non-advertised appointment process can be used in either case (Tribunal decision, at paragraphs 64 and 65).

This is a defensible interpretation supported by the broad wording of section 33, the preamble clause, and Parliament's abolition in 2003 of the new/reclassified distinction.

(c) The Tribunal found that no administrative policies or guidelines require the use in this case of a non-advertised process (Tribunal decision, at paragraphs 64 and 65).

This is a defensible finding. The Tribunal did not identify any particular policy statements, but my colleague does (the Policy and the Guidelines). The Guidelines are out of date: as my colleague mentions (at paragraph 45), they were drafted under the old legislation before Parliament abolished the new/reclassified distinction. As for the Policy, it only lists "internal appointment situations that might lend themselves to a non-advertised process" and adds that "[a]dditional circumstances may be considered" [emphasis added]: the Policy could be fairly read as providing no guidance on the matter. Finally, in the end result, a tribunal must have regard to Parliament's law, here section 33 and paragraph 77(1)(b) of the Act, not administrative policies. That is exactly what the Tribunal did.

l'a fait observer, confère à l'employeur un pouvoir discrétionnaire considérable pour choisir le meilleur candidat dans tous les cas. De plus, en 2003, le législateur a édicté le préambule et la conclusion du Tribunal s'accorde avec bon nombre des objectifs qui y sont énoncés.

b) Le Tribunal a conclu que le pouvoir discrétionnaire de l'employeur d'annoncer un poste en vertu de l'article 33 de la Loi ne dépend pas de la question de savoir si le poste est nouveau ou reclassifié. Il peut, dans un cas comme dans l'autre, recourir à un processus de nomination annoncé ou à un processus de nomination non annoncé (décision du Tribunal, aux paragraphes 64 et 65).

Cette interprétation se défend, et elle est appuyée par le libellé large de l'article 33, par le préambule de la Loi et par la décision du législateur d'abolir en 2003 la distinction entre les nouveaux postes et les postes reclassifiés.

c) Le Tribunal a estimé qu'il n'existait pas de politiques administratives ou de lignes directrices qui exigeaient en l'espèce l'utilisation d'un processus non annoncé (décision du Tribunal, aux paragraphes 64 et 65).

Cette conclusion se justifie. Le Tribunal n'a pas cité d'énoncé de principe particulier, contrairement à mon collègue (en l'occurrence, la Politique et les Lignes directrices). Les Lignes directrices sont caduques : ainsi que mon collègue l'explique (au paragraphe 45), elles ont été rédigées sous le régime de l'ancienne loi avant que le législateur n'abolisse la distinction entre les nouveaux postes et les postes reclassifiés. Quant à la Politique, elle ne fait que donner des [TRADUCTION] « exemples de situations qui pourraient se prêter bien à un processus de nomination non annoncé », ajoutant qu'« on peut tenir compte d'autres circonstances » [non souligné dans l'original]. On pourrait à juste titre considérer que la Politique ne donne pas d'indications en ce sens. Au bout du compte, le tribunal administratif doit tenir compte des lois édictées par le législateur, ce qui, dans le cas qui nous occupe, correspond à l'article 33 et à l'alinéa 77(1)b) de la Loi, et non à des politiques administratives. Or, c'est précisément ce que le Tribunal a fait.

(d) The Tribunal found that “[t]he mere choice of conducting an advertised or non-advertised process is not abuse of authority in itself as it is specifically allowed in the [Act]” (Tribunal decision, at paragraph 60). In its view, the employer exercised its authority within the ambit of section 33 of the Act. Therefore, it did not commit an “abuse of authority”.

This too is defensible, particularly on the unusual factual record in this case. An interim staffing structure was modified after a couple of months and a higher level position was created. The appellant held the PM-05 position for a very brief time. Section 33 is very broad, it was enacted as part of a reform that abolished the new/reclassified distinction, and many of the Act’s purposes set out in the preamble supported the employer’s choice of option in this case. In the latter regard, where the Tribunal reaches an outcome that is arguably consistent with the purpose of the legislative scheme, its decision is more likely to be found to be reasonable, than one which is not: *Montréal (City) v. Montreal Port Authority*, 2010 SCC 14, [2010] 1 S.C.R. 427, at paragraph 42.

E. PARTICULAR AREAS WHERE MY COLLEAGUE’S APPROACH HAS RESULTED IN INSUFFICIENT DEFERENCE

[121] It is true that, at paragraph 47 of *Dunsmuir*, my colleague sets out the classic statement about the reasonableness standard being a standard of deference. However, his approach in this case to review is not deferential at all. As I have said above, and as I shall further demonstrate below, this is because he has fastened onto the “nominate error” or “pigeon hole” of “failing to take into account a relevant consideration”, rather than engaging in truly deferential reasonableness review.

d) Le Tribunal a conclu que « [l]e simple fait de choisir un processus annoncé ou non annoncé ne constitue pas un abus de pouvoir en soi, car ce choix est permis aux termes de la [Loi] » (décision du Tribunal, au paragraphe 60). À mon avis, l’employeur a exercé son pouvoir en respectant le cadre prévu à l’article 33 de la Loi. Il n’a donc pas commis d’« abus de pouvoir ».

Cette conclusion se justifie elle aussi, surtout si l’on tient compte du dossier factuel inusité de la présente affaire. La structure de dotation intérimaire a été modifiée au bout de quelques mois et un poste de niveau supérieur a été créé. L’appelant a occupé le poste PM-05 pendant une très brève période. L’article 33 est très large et il a été édicté dans le cadre d’une réforme qui a eu pour effet d’abolir la distinction entre les nouveaux postes et les postes reclassifiés, et bon nombre des objectifs de la Loi qui étaient énoncés dans son préambule appuyaient l’option retenue par l’employeur en l’espèce. Sur ce dernier point, lorsque le Tribunal arrive à un résultat qu’on peut considérer comme conforme aux objectifs visés par le régime législatif, sa décision est davantage susceptible d’être considérée comme raisonnable qu’une décision qui n’est pas compatible avec les objectifs en question (*Montréal (Ville) c. Administration portuaire de Montréal*, 2010 CSC 14, [2010] 1 R.C.S. 427, au paragraphe 42).

E. ASPECTS PARTICULIERS OÙ L’APPROCHE DE MON COLLÈGUE S’EST TRADUITE PAR UNE DÉFÉRENCE INSUFFISANTE

[121] Il est vrai qu’au paragraphe 47 de l’arrêt *Dunsmuir*, on trouve la formulation classique suivant laquelle la norme de la raisonabilité constitue une norme déférentielle. L’approche qu’a suivie mon collègue en l’espèce pour procéder au contrôle n’a toutefois rien de déférentielle. Comme je l’ai déjà dit et comme je vais le démontrer plus amplement plus loin, cela tient au fait qu’il s’attache à l’« erreur catégorisée » ou au classement d’une question dans « catégorie précise », soit l’omission « de tenir compte d’une considération pertinente », au lieu de procéder à un contrôle de la raisonabilité véritablement empreint de déférence.

[122] I would identify four particular areas where my colleague’s approach has resulted in insufficient deference, contrary to our proper role.

I

[123] To reiterate, the Newness Consideration that my colleague says the Tribunal failed to take into account was the following: the employer thought that the PM-06 position was new and saw “newness” as a reason to advertise and hold a competition for the position, but the position might not be new at all. In order to establish the relevance of this consideration, my colleague goes further and wades into the facts, finding that the newness of the position was the “principal justification” behind the employer’s decision to advertise and hold a competition (at paragraph 55). The employer’s other reasons—the fact that the position was higher and the need for other deserving employees to have a shot at the position (see paragraph 116, above)—are seen, factually, as subordinate. Further, as I have shown in paragraph 97 above and as I will discuss further below, the Newness Consideration is made relevant to section 33 and paragraph 77(1)(b) because my colleague interprets those sections in his own way.

[124] In short, in the manner in which it was developed and in the relevance assigned to it, the Newness Consideration is a judicial construction based on judicial views of the relevant facts and the law, not Tribunal views. Then, with the Newness Consideration in hand, the Tribunal’s decision is analysed to see whether that judicial construction is present. Only at this stage of the analysis are words of reasonableness review uttered, but by then it is too late: it is plain to all that the Tribunal did not take the judicially-constructed Newness Consideration into account. The Tribunal’s decision is then said to be “unreasonable” because it fits within the “nominate error” or “pigeon hole” of failing to take relevant considerations into account. This is an approach that the Supreme Court has told us not to follow. This is

[122] Je relève quatre aspects où l’approche suivie par mon collègue s’est traduite par une déférence insuffisante, contrairement au rôle que nous sommes appelés à jouer.

I

[123] Voici de nouveau le facteur de la nouveauté dont, suivant mon collègue, le Tribunal n’a pas tenu compte : l’employeur a estimé que le poste PM-06 était un nouveau poste et a considéré cette « nouveauté » comme une raison d’annoncer le poste et d’organiser un concours, alors qu’il était possible que le poste ne soit pas nouveau du tout. Pour démontrer la pertinence de cette considération, mon collègue va plus loin et s’aventure dans une analyse des faits, concluant que la nouveauté du poste constituait la « principale raison » invoquée par l’employeur pour justifier sa décision d’annoncer le poste et de tenir un concours (au paragraphe 55). Les autres raisons invoquées par l’employeur — le fait que le poste était d’un niveau supérieur et la nécessité de permettre à d’autres employés méritants de postuler (au paragraphe 116, précité) — sont considérées, sur le plan de faits, comme accessoires. De plus, ainsi que je l’ai démontré au paragraphe 97 et comme je l’explique plus loin, le facteur de la nouveauté devient pertinent en ce qui concerne l’application de l’article 33 et de l’alinéa 77(1)b parce que mon collègue interprète ces dispositions à sa manière.

[124] En résumé, compte tenu de la façon dont il a été élaboré et de la pertinence qui lui est accordée, le facteur de la nouveauté est une interprétation judiciaire fondée sur le point de vue de cours de justice quant aux faits pertinents et à la loi et non sur celui du Tribunal. À la lumière donc du facteur de la nouveauté, la décision du Tribunal est analysée pour vérifier si on y décèle une telle interprétation judiciaire. Ce n’est qu’à cette étape de l’analyse que l’on évoque le concept de contrôle de la raisonabilité, mais il est alors trop tard : il est évident pour tous que le Tribunal n’a pas tenu compte du facteur de la nouveauté élaboré par les cours de justice. La décision du Tribunal est qualifiée de « déraisonnable » parce qu’elle répond à la définition de l’« erreur catégorisée » ou au classement d’une question dans une « catégorie

not truly deferential reasonableness review. This is the imposition of the views of the Court over the views of the Tribunal—the body whose views alone should hold sway, according to the lawmakers in Parliament.

[125] The factual and legal terrain that my colleague explores was already thoroughly explored by the Tribunal and, as I have shown in paragraph 120, the Tribunal, based on its own exploration, reached defensible conclusions. Before the Tribunal, the appellant urged it to find that the PM-06 position was not new. The Tribunal had evidence suggesting that, contrary to the appellant's submission, the position was, in a very real sense, new (see paragraphs 112–113, above). However, in the end, this factual issue simply did not matter to the Tribunal. It did not see the new/reclassified distinction as being relevant to the employer's discretion to advertise under section 33 of the Act or the issue of "abuse of authority" under paragraph 77(1)(b) of the Act. As we have seen, the Tribunal's interpretation was defensible based on the plain wording of the section, Parliament's repeal of the new/reclassified distinction, and the purposes of the Act.

II

[126] My colleague finds that an employer abuses its authority under paragraph 77(1)(b) of the Act when it relies on a fact that is wrong and that might have affected its decision. In his words, "abuse of authority" under paragraph 77(1)(b) must include "[employer] decisions ... that are based on facts that have no rational support in the material before the [employer]" (at paragraph 75). Here, my colleague is defining what "abuse of authority" means and he is travelling well down the road of fact-finding. These are the Tribunal's tasks, not ours. Parliament has given the Tribunal the exclusive

précise », soit l'omission de tenir compte de considérations pertinentes. Il s'agit là d'une démarche que la Cour suprême nous dit de ne pas suivre. Il ne s'agit pas d'un contrôle de la raisonnablement véritablement empreint de déférence, mais plutôt de l'imposition par la Cour de son point de vue à la place de celui du Tribunal, qui est le seul organe dont le point de vue devrait s'imposer, suivant le législateur fédéral.

[125] Les faits et le droit que mon collègue explore avaient déjà été analysés à fond par le Tribunal et, comme je l'ai démontré au paragraphe 120, le Tribunal a tiré des conclusions qui se justifiaient eu égard à sa propre analyse. L'appelant exhortait le Tribunal à conclure que le poste PM-06 n'était pas nouveau. Le Tribunal avait en main des éléments de preuve qui tendaient à démontrer que, contrairement à ce que l'appelant prétendait, le poste était au sens propre un nouveau poste (aux paragraphes 112 et 113 des présents motifs). Toutefois, au bout du compte, le Tribunal n'a pas accordé d'importance à cette question de fait, et a estimé que la distinction entre un poste nouveau et un poste reclassifié n'était pas pertinente en ce qui concerne le pouvoir discrétionnaire de l'employeur d'annoncer le poste en vertu de l'article 33 de la Loi ou en ce qui concerne la question de l'« abus de pouvoir » au sens de l'alinéa 77(1)b) de la Loi. Comme nous l'avons vu, l'interprétation du Tribunal se justifiait en raison des termes clairs de la Loi, de l'abolition par le législateur de la distinction entre les nouveaux postes et les postes reclassifiés et des objectifs de la Loi.

II

[126] Mon collègue estime qu'un employeur commet un abus de pouvoir au sens de l'alinéa 77(1)b) de la Loi lorsqu'il se fonde sur un fait qui est inexact et qui aurait pu influencer sur sa décision. Selon lui, l'« abus de pouvoir » dont il est question à l'alinéa 77(1)b) vise les décisions de l'employeur « qui sont fondées sur des faits qui ne trouvent aucune base rationnelle dans les éléments dont disposait [l'employeur] » (au paragraphe 75). Mon collègue donne ici une définition de l'« abus de pouvoir » et il s'aventure bien loin en ce qui concerne la constatation des faits. Il s'agit là de la prérogative du

power to decide whether an employer has abused its authority and on this it is entitled to deference: *Dunsmuir*, above, at paragraph 47. The Tribunal had all of the evidence before it, including the appellant's submission that the position was not new and that it was the very basis of the employer's decision. The Tribunal simply did not accept that. On all of the evidence before it, it found that the employer did not "abuse its authority" under paragraph 77(1)(b) of the Act. Following the truly deferential approach to reasonableness review, I have concluded that the Tribunal's finding is defensible based on the law and all of the evidence.

[127] In paragraphs 59–62 of his reasons, my colleague discusses subsection 2(4) of the Act and whether it means that "abuse of authority" under paragraph 77(1)(b) covers only severe matters, as the respondent suggests. My colleague concludes that subsection 2(4) of the Act does not necessarily lead to that conclusion. I happen to agree with him on this. But it is not our job to decide this. Parliament has given it to the Tribunal. Provided that the Tribunal reaches a defensible conclusion, it is entitled to decide differently.

III

[128] My colleague finds that if the employer relied upon a wrong or irrational reason for advertising the position, it may have committed an "abuse of authority" under paragraph 77(1)(b) of the Act. In his view, the wrongness of employer reasons can result in an "abuse of authority", and whether the employer's decision was otherwise appropriate or acceptable is irrelevant. Here again, my colleague is interpreting "abuse of authority" in paragraph 77(1)(b). This is a matter for the Tribunal, not for us.

Tribunal et non la nôtre. Le législateur a conféré au Tribunal le pouvoir exclusif de décider dans quels cas un employeur a commis un abus de pouvoir et, sur ce point, les conclusions du Tribunal commandent la déférence (*Dunsmuir*, précité, au paragraphe 47). Le Tribunal avait en main tous les éléments de preuve, y compris l'argument de l'appelant suivant lequel ce poste n'était pas nouveau et l'argument que c'était sur ce fondement précis que reposait la décision de l'employeur. Le Tribunal n'a tout simplement pas accepté ce fait. Vu l'ensemble de la preuve dont il disposait, le Tribunal a conclu que l'employeur n'avait pas commis d'« abus de pouvoir » au sens de l'alinéa 77(1)b) de la Loi. Appliquant la véritable approche déférentielle en matière de contrôle de la raisonabilité, je conclus que la conclusion du Tribunal se justifie tant en droit qu'en égard à l'ensemble de la preuve.

[127] Aux paragraphes 59 à 62 de ses motifs, mon collègue discute du paragraphe 2(4) de la Loi et se demande s'il faut en comprendre que « l'abus de pouvoir » au sens de l'alinéa 77(1)b) ne vise que les cas graves, comme le prétend l'intimé. Suivant mon collègue, le paragraphe 2(4) de la Loi ne conduit pas nécessairement à cette conclusion. Je suis d'ailleurs d'accord avec lui sur ce point. Mais il ne nous appartient pas de nous prononcer sur cette question. Le législateur a confié cette tâche au Tribunal. Dès lors qu'il arrive à une conclusion qui se justifie, le Tribunal a le droit de rendre une décision différente.

III

[128] Mon collègue estime que, si l'employeur s'est fondé sur une raison fausse ou irrationnelle pour annoncer le poste, il a pu commettre un « abus de pouvoir » au sens de l'alinéa 77(1)b) de la Loi. À son avis, le caractère fautif des raisons invoquées par l'employeur peut donner lieu à un « abus de pouvoir » et il importe peu de savoir si la décision de l'employeur était par ailleurs appropriée ou acceptable. Là encore, mon collègue interprète la notion d'« abus de pouvoir » prévue à l'alinéa 77(1)b). C'est au Tribunal et non à nous qu'il appartient de le faire.

[129] The Tribunal heard the appellant's submissions that the position was new and that the employer had erred, but the Tribunal nevertheless found that on these facts there had been no abuse of authority because of the broad discretion given to the employer under section 33. Put another way, the Tribunal implicitly rejected the proposition that if an employer invokes reasons in support of its decision that are "wrong", there is automatically an "abuse of authority" under paragraph 77(1)(b). Given the Tribunal's defensible interpretation of section 33, the purposes set out in the preamble clause, and all of the facts of this case, I cannot say that the Tribunal has done something indefensible here.

IV

[130] My colleague considers the Policy and Guidelines to be relevant, interprets and applies them, and uses them to help establish the relevance of the Newness Consideration. He concludes that they "are an acknowledgement by the employer that the newness of a position can be relevant to the exercise of the broad discretion under section 33" (at paragraph 49). He finds that a decision by the employer that is "based on unreasonable findings of relevant facts" will violate the objectives of the Policy (at paragraph 56). Finally, he notes that the Policy and Guidelines make the newness of a position relevant to the employer's discretion under section 33 (at paragraph 73).

[131] But the Tribunal considered the Policy and Guidelines to be irrelevant and, following the truly deferential approach to reasonableness review, I have found this to be defensible. It is for the Tribunal, not us, to decide when there is a violation of administrative policies in this area, and whether such a violation is relevant to the commission of an "abuse of authority" under paragraph 77(1)(b) of the Act.

[129] Le Tribunal a entendu les arguments de l'appellant suivant lesquels le poste était nouveau et l'employeur avait commis une erreur, mais le Tribunal a néanmoins conclu, vu l'ensemble des faits, qu'aucun abus de pouvoir n'avait été commis en raison du vaste pouvoir discrétionnaire conféré à l'employeur par l'article 33. Autrement dit, le Tribunal a implicitement rejeté la proposition que, si l'employeur invoque de « mauvaises » raisons à l'appui de sa décision, on a automatiquement affaire à un « abus de pouvoir » au sens de l'alinéa 77(1)b). Compte tenu de l'interprétation défendable que le Tribunal a donnée de l'article 33, des objectifs énumérés dans le préambule et de l'ensemble des faits de l'affaire, je ne puis dire que le Tribunal a agi en l'espèce d'une manière qui ne se justifiait pas.

IV

[130] Mon collègue juge pertinentes la Politique et les Lignes directrices. Il les interprète et les analyse et s'en sert pour essayer de démontrer la pertinence du facteur de la nouveauté. Il estime qu'elles constituent « une reconnaissance, par l'employeur, que la nouveauté du poste peut être un facteur pertinent lors de l'exercice du vaste pouvoir discrétionnaire que lui confère l'article 33 » (au paragraphe 49). Il conclut que les décisions de l'employeur « reposant sur des conclusions déraisonnables quant aux faits pertinents » vont à l'encontre des objectifs de la Politique (au paragraphe 56). Enfin, il signale qu'il ressort de la Politique et des Lignes directrices que la nouveauté du poste constitue un facteur pertinent pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire que l'article 33 confère à l'employeur (au paragraphe 73).

[131] Or, le Tribunal a estimé que la Politique et les Lignes directrices n'étaient pas pertinentes et, conformément à la véritable approche déférentielle en matière de contrôle de la raisonabilité, j'estime que cette conclusion se justifie. C'est au Tribunal, et non à nous, qu'il appartient de décider dans quel cas il y a violation d'une politique administrative dans ce domaine et de déterminer s'il y a lieu de tenir compte de cette violation pour décider si un « abus de pouvoir » a été commis au sens de l'alinéa 77(1)b) de la Loi.

[132] We must remember that administrative policies in specialized areas like this are best interpreted and applied by the administrators. The Tribunal is knowledgeable and expert in public service staffing matters and is familiar with all relevant administrative policies in this area. We are not. When we wade into a thicket of administrative policies, we are armed with legal tools but we lack specialized knowledge. We may get it wrong. For example, certain guidelines made by the respondent and probably known to the Tribunal are contrary to the policies identified by my colleague and are contrary to the conclusions he reaches. For one thing, they emphasize the irrelevance of the consideration of whether the position is new or reclassified. See [*Appointment Policy on Questions and Answers*] online: <<http://www.psc-cfp.gc.ca/plcy-pltq/qa-qr/appointment-nomination/choice-choix-eng.htm>> and [*Les lignes directrices en matière de nominations : questions et réponses*] <<http://www.psc-cfp.gc.ca/plcy-pltq/qa-qr/appointment-nomination/choice-choix-fra.htm>>. I do not rely on these guidelines as support for the reasonableness of the Tribunal's decision, as they are not in evidence before us. However, their existence serves to remind us of something important: it is dangerous for us to latch onto administrators' policy statements that counsel happened to put into the record, make our own pronouncements on them, and then use those pronouncements as a basis to meddle with the Tribunal's decision.

F. A FINAL COMMENT

[133] In this case, "abuse of authority" under paragraph 77(1)(b) of the Act is very broad, and Parliament has not constrained the Tribunal's ability to interpret and apply those words. As a result, as I have explained, given the facts and the law in this case, it was defensible for the Tribunal to find the way it did.

[132] Nous devons nous rappeler qu'il est préférable que les politiques administratives dans des domaines spécialisés comme celui-ci soient interprétées et appliquées par des décideurs administratifs. Le Tribunal possède les connaissances et la compétence spécialisées nécessaires en matière de dotation de la fonction publique et il y connaît bien toutes les politiques administratives applicables dans ce domaine, ce qui n'est pas notre cas. Lorsque nous nous hasardons à analyser un enchevêtrement de politiques administratives, nous sommes armés d'outils légaux, mais il nous manque les connaissances spécialisées nécessaires. Nous risquons de nous tromper. Par exemple, certaines lignes directrices établies par l'intimé et que le Tribunal connaît probablement vont à l'encontre des politiques citées par mon collègue et contredisent les conclusions auxquelles il parvient. Ainsi, elles insistent sur le fait qu'il est sans importance de se demander s'il s'agit d'un nouveau poste ou d'un poste reclassifié (voir [*Appointment Policy Questions and Answers*] en ligne : <<http://www.psc-cfp.gc.ca/plcy-pltq/qa-qr/appointment-nomination/choice-choix-eng.htm>> et [*Les lignes directrices en matière de nominations : questions et réponses*] <<http://www.psc-cfp.gc.ca/plcy-pltq/qa-qr/appointment-nomination/choice-choix-fra.htm>>). Je ne me fonde pas sur ces lignes directrices pour confirmer la raisonnable de la décision du Tribunal, étant donné qu'elles n'ont pas été déposées en preuve devant nous. Leur existence nous rappelle toutefois quelque chose d'important : il est dangereux de nous accrocher à des déclarations de principe faites par des décideurs administratifs que les avocats ont versées au dossier, de tirer nos propres conclusions à leur sujet et de nous servir ensuite de ces conclusions pour justifier notre ingérence dans une décision du Tribunal.

F. OBSERVATIONS FINALES

[133] En l'espèce, la notion d'« abus de pouvoir » à l'alinéa 77(1)b) de la Loi est très large et le législateur n'a pas voulu restreindre la capacité du Tribunal de l'interpréter et de l'appliquer. Il s'ensuit donc, comme je l'ai déjà expliqué que, compte tenu des faits et du droit, le Tribunal était justifié de conclure comme il l'a fait.

[134] However, other cases may be different. They may involve statutes where, expressly or by clear implication, Parliament has constrained the tribunal's decision-making in some way. For example, Parliament might constrain a tribunal by setting out a tightly-worded definition of a key statutory phrase, requiring that certain prerequisites be present before the tribunal makes a particular decision, enumerating factors that the tribunal must consider, or prescribing a particular test to be followed. The tribunal might not be able to legitimately interpret its way around or otherwise avoid these constraints. So if the tribunal disobeyed these constraints, its decision may represent an indefensible interpretation, application or exercise of Parliament's law and may have to be set aside: see, for example, *Dalton v. Criminal Injuries Compensation Board* (1982), 36 O.R. (2d) 394 (Div. Ct.); *Canada (Attorney General) v. Almon Equipment Ltd.*, 2010 FCA 193, 12 Admin. L.R. (5th) 161; David J. Mullan, *Administrative Law* (Toronto: Irwin Law, 2001), at page 115.

[135] I mention this only to make it clear that a tribunal's failure to take into account a relevant consideration can indeed lead to a finding of unreasonability in a particular case. It may constitute a constraint or requirement that the tribunal cannot defensibly interpret around or otherwise avoid. But that finding of unreasonability is made not because of the existence of the "pigeon hole" or "nominate error" of failing to take into account a relevant consideration, but because, the Court, engaging in truly deferential reasonableness review, finds the tribunal's decision to be an indefensible interpretation, application or exercise of Parliament's law.

[134] La situation pourrait toutefois être différente dans d'autres cas, qui pourraient porter sur des lois dans lesquelles, soit expressément soit tacitement, le législateur a limité d'une certaine manière le pouvoir décisionnel du tribunal administratif. Ainsi, le législateur pourrait limiter la latitude dont dispose un tribunal en donnant une définition restrictive d'une expression clé employée dans la loi, en exigeant que certaines conditions préalables soient remplies avant que le tribunal puisse rendre une décision déterminée, en énumérant les facteurs dont le tribunal doit tenir compte ou en prévoyant un critère particulier à respecter. Le tribunal pourrait ne pas être en mesure d'interpréter la loi comme il le souhaiterait ou d'échapper autrement à ces contraintes. Si le tribunal faisait fi de ces contraintes, sa décision pourrait alors représenter une interprétation ou une application d'une loi fédérale qui ne peut se justifier et qui doit être écartée (voir, par exemple, *Dalton v. Criminal Injuries Compensation Board* (1982), 36 O.R. (2d) 394 (C. div.); *Canada (Procureur général) c. Almon Equipment Limited*, 2010 CAF 193; David J. Mullan, *Administrative Law* (Toronto : Irwin Law, 2001), à la page 115).

[135] Je ne mentionne cela que pour bien faire comprendre que le défaut du tribunal administratif de tenir compte d'un facteur pertinent peut effectivement conduire à conclure que sa décision est déraisonnable dans certaines circonstances. Il peut constituer une contrainte ou une obligation dont le tribunal ne peut se départir ou à laquelle il ne peut se soustraire en procédant à sa propre interprétation. Mais une telle conclusion quant au caractère déraisonnable ne s'explique pas par un classement d'une question dans une « catégorie précise » ou l'existence de l'« erreur catégorisée », soit l'omission de tenir compte d'une considération pertinente, mais par le fait qu'après avoir procédé à un contrôle de la raisonabilité véritablement empreint de déférence, la Cour conclut que la décision du tribunal constitue une interprétation ou une application des lois édictées par le législateur fédéral qui ne peut se justifier.

G. CONCLUSION

[136] I agree with the Federal Court that the Tribunal's decision was reasonable. Therefore, I would dismiss the appeal, with costs.

G. CONCLUSION

[136] Je suis d'accord avec la Cour fédérale pour dire que la décision du Tribunal était raisonnable. En conséquence, je rejetterais l'appel avec dépens.

A-247-10
2011 FCA 51

A-247-10
2011 CAF 51

Wayne Anthony Hillary (*Appellant*)

Wayne Anthony Hillary (*appelant*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

Ministre de la Citoyenneté et de l'immigration
(*intimé*)

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

RÉPERTORIÉ : HILLARY c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)

Federal Court of Appeal, Noël, Evans and Sharlow JJ.A.—Toronto, February 8 and 9, 2011.

Cour d'appel fédérale, juges Noël, Evans et Sharlow, J.C.A.—Toronto, 8 et 9 février 2011.

Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Appeal from Federal Court decision dismissing judicial review seeking to set aside Immigration and Refugee Board of Canada Immigration Appeal Division (IAD) decision dismissing appellant's application to reopen IAD appeal against deportation heard by other IAD panel — Federal Court certifying question regarding IAD's duty under Immigration and Refugee Protection Act, s. 167(2) to determine whether appellant suffering from mental illness capable of understanding nature of appeal proceedings — Appellant, permanent resident, suffering from schizophrenia, having lengthy criminal record in Canada — Claiming IAD denying him fair hearing by failing to inquire whether he appreciated nature of proceeding — Whether IAD erring when finding no breach of natural justice occurring at IAD appeal hearing — Act, s. 167(2) requiring IAD to appoint designated representative when appellant not appreciating nature of proceedings — Recognizing that certain individuals requiring assistance of designated representative — Only in most unusual circumstances that panel obliged to make inquiries where appellant represented by counsel who has not raised issue of client's ability to understand nature of proceedings — Federal Court correctly concluding that, on basis of record, mere fact IAD panel hearing appellant's appeal knew of appellant's schizophrenia not sufficient to trigger duty thereon to inquire whether to appoint designated representative under s. 167(2) — No evidence herein about current state of appellant's mental health, its treatment, extent to which likely to impair his understanding of nature of proceedings — IAD should be able to rely on counsel to raise any concerns on issue, bring into question appropriateness of normal assumption appellants understanding nature of Board's proceedings — As for certified question, whether natural justice requiring IAD to initiate inquiries as to whether appellant suffering from mental illness appreciating nature of proceedings depending on examination of all circumstances of case — Appeal dismissed.

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Appel d'une décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire qui visait à obtenir l'annulation de la décision de la Section d'appel de l'immigration (SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada qui avait rejeté la requête de l'appellant pour la réouverture de son appel contre la mesure d'expulsion prise contre lui par une autre formation de la SAI — La Cour fédérale a certifié la question portant sur l'obligation qu'a la SAI aux termes de l'art. 167(2) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés de déterminer si l'appellant qui souffre d'une maladie mentale est en mesure de comprendre la nature de la procédure — L'appellant, un résident permanent, souffre de schizophrénie et a un long casier judiciaire au Canada — Il a allégué que la SAI l'a privé d'une audience équitable lorsqu'elle a omis de vérifier s'il comprenait la nature de la procédure — La SAI a-t-elle commis une erreur lorsqu'elle a conclu qu'il n'y avait pas eu manquement lors de l'audition de l'appel? — L'art. 167(2) de la Loi oblige la SAI à commettre un représentant lorsque l'appellant ne comprend pas la nature de la procédure — La Cour a reconnu que certaines personnes ont besoin de l'assistance d'un représentant désigné — Le tribunal n'est obligé que dans des circonstances exceptionnelles d'effectuer des vérifications lorsque l'appellant est représenté par un avocat qui ne soulève pas la question de la capacité de son client à comprendre la nature de la procédure — La Cour fédérale a conclu à bon droit qu'au vu du dossier, le seul fait que le tribunal de la SAI qui a instruit l'appel savait que M. Hillary était schizophrène n'était pas suffisant pour l'obliger d'office à vérifier s'il y avait lieu de commettre un représentant aux termes de l'art. 167(2) — Il n'y avait aucun élément de preuve en l'espèce concernant l'état actuel de la santé mentale de l'appellant, son traitement et la mesure dans laquelle celle-ci risquait de nuire à sa compréhension de la nature de la procédure — La SAI devrait pouvoir se fier à l'avocat pour soulever toute préoccupation à cet égard et pour

This was an appeal from a Federal Court decision dismissing the appellant's application for judicial review seeking to set aside a decision by the Immigration Appeal Division (IAD) of the Immigration and Refugee Board of Canada. The IAD decision dismissed the appellant's application to reopen his appeal against deportation heard by another IAD panel holding that the deportation order issued was valid and that there was no basis for suspending the appellant's removal. The Federal Court certified the question of whether the IAD has a duty to determine, in accordance with subsection 167(2) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, whether an appellant who is suffering from a mental illness is capable of understanding the nature of the appeal proceedings.

The appellant is a Jamaican citizen and Canadian permanent resident who was ordered deported because of a string of criminal convictions in Canada which started in the '80s. He has health issues including suffering from schizophrenia. The appellant claimed that his IAD appeal against deportation should be reopened because he was denied a fair hearing when the IAD failed to inquire whether he appreciated the nature of the proceeding in order to determine whether he required the assistance of a designated representative.

The main issue was whether the IAD erred when it found that no breach of natural justice had occurred at the IAD appeal hearing regarding the appellant's deportation and therefore refused to reopen the appeal. The question certified by the Federal Court was also addressed.

Held, the appeal should be dismissed.

Subsection 167(2) of the Act requires the IAD to appoint a designated representative when it is of the opinion that the appellant does not appreciate the nature of the proceedings. The purpose of this subsection is to provide a reasonable opportunity, through the assistance of a designated representative, for a person unable to appreciate the nature of the proceedings to participate in them and to have his or her interests adequately protected. The principle of natural justice

remettre en question la pertinence de tenir pour acquis, comme il est courant de le faire, que les appelants comprennent la nature de la procédure devant la Commission — La question certifiée, qui consiste à établir si les principes de justice naturelle obligent la SAI à vérifier si l'appelant qui est atteint d'une maladie mentale comprend la nature de la procédure, reposait sur l'examen de l'ensemble des circonstances de l'affaire — Appel rejeté.

Il s'agissait d'un appel d'une décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire qui visait à obtenir l'annulation de la décision de la Section d'appel de l'immigration (SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada. La décision de la SAI a rejeté la demande de l'appelant visant à faire rouvrir l'appel qu'il avait interjeté de la mesure d'expulsion prise contre lui par une autre formation de la SAI, statuant que la mesure d'expulsion était valide et que rien ne justifiait la suspension de son renvoi. La Cour fédérale a certifié la question consistant à se demander si la SAI a l'obligation de déterminer, conformément au paragraphe 167(2) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, si un appelant souffrant d'une maladie mentale est en mesure de comprendre la nature de la procédure d'appel.

L'appelant est un citoyen de la Jamaïque et résident permanent du Canada contre qui une mesure d'expulsion a été prise pour le motif qu'il a fait l'objet d'une série de déclarations de culpabilité pour des infractions criminelles depuis les années 80. Il a des problèmes de santé, dont la schizophrénie. L'appelant soutient qu'il y a lieu de rouvrir la décision par laquelle la SAI a rejeté l'appel qu'il a interjeté de la mesure d'expulsion prise contre lui, parce qu'il a été privé d'une audience équitable lorsque la SAI a omis de vérifier s'il comprenait la nature de la procédure et de déterminer s'il avait besoin de l'assistance d'un représentant désigné.

La principale question consistait à déterminer si la SAI a commis une erreur en concluant qu'il n'y avait pas eu de manquement à un principe de justice naturelle lors de l'audition de l'appel sur la mesure d'expulsion contre l'appelant et en refusant de rouvrir l'appel. La question certifiée par la Cour fédérale a également été abordée.

Arrêt : l'appel doit être rejeté.

Le paragraphe 167(2) de la Loi oblige la SAI à commettre un représentant lorsqu'elle estime que l'appelant ne comprend pas la nature de la procédure. Cette disposition vise à offrir à une personne qui n'est pas en mesure de comprendre la nature de la procédure une possibilité raisonnable, grâce à l'assistance d'un représentant désigné, de participer à la procédure et d'assurer la protection adéquate de ses intérêts. Le principe de justice naturelle pertinent en l'espèce est le droit

relevant to the present case was the right to be represented at an administrative hearing. Subsection 167(2) provides specific content to the right to be represented at a hearing before the Board, recognizing that certain individuals (minors, those unable to appreciate the nature of the proceedings) require the assistance of a designated representative who is sensitive to the particular needs of the individual concerned. Given the adversarial nature of the IAD's procedure, it will only be in the most unusual circumstances that a panel is obliged to make inquiries in a case where the appellant is represented by counsel who has not raised the issue of the client's ability to understand the nature of the proceedings. This was not the case here.

The Federal Court correctly concluded that, on the basis of the record before it, the mere fact that the IAD panel that heard the appellant's appeal knew that he was schizophrenic was not sufficient to oblige it to inquire into whether to appoint a designated representative under subsection 167(2). There was no evidence in the IAD's record about the current state of the appellant's mental health, its treatment and the extent to which it was likely to impair his understanding of the nature of the proceedings. In most cases, the IAD should be able to rely on counsel to raise any concerns on the issue and to bring into question the appropriateness in a given case of the normal assumption that appellants understand the nature of the Board's proceedings.

As for the certified question, whether the principles of natural justice require the IAD to initiate inquiries to form an opinion on whether an appellant who is suffering from a mental illness appreciates the nature of the proceedings depends on an examination of all the circumstances of the case.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 71, 79 (as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 4), 167(2).
Immigration Appeal Division Rules, SOR/2002-230, r. 19(1).

CASES CITED

APPLIED:

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.

d'être représenté lors d'une audience devant un tribunal administratif. Le paragraphe 167(2) précise la teneur du droit d'être représenté à une audience devant la Commission, reconnaissant que certaines personnes (les mineurs, ceux qui ne sont pas en mesure de comprendre la nature de la procédure) ont besoin de l'assistance d'un représentant désigné qui se montre sensible à leurs besoins particuliers. Étant donné la nature contradictoire de la procédure devant la SAI, le tribunal ne sera tenu que dans des circonstances exceptionnelles d'effectuer des vérifications lorsqu'un appelant est représenté par un avocat qui ne soulève pas la question de la capacité de son client à comprendre la nature de la procédure. Tel n'était pas le cas en l'espèce.

La Cour fédérale a correctement conclu qu'au vu du dossier dont elle disposait, le seul fait que le tribunal de la SAI ayant instruit l'appel savait que M. Hillary était schizophrène n'était pas suffisant pour l'obliger à vérifier s'il y avait lieu de commettre un représentant aux termes du paragraphe 167(2). Le dossier de la SAI ne contenait aucun élément de preuve concernant l'état actuel de la santé mentale de l'appelant, son traitement et la mesure dans laquelle celle-ci risquait d'affecter sa compréhension de la nature de la procédure. Dans la plupart des cas, la SAI devrait pouvoir se fier à l'avocat pour soulever toute préoccupation à cet égard et pour remettre en question, le cas échéant, la pertinence de tenir pour acquis, comme il est courant de le faire, que les appelants comprennent la nature de la procédure devant la Commission.

Quant à la question certifiée, à savoir si les principes de justice naturelle obligent la SAI à effectuer des vérifications afin de lui permettre de se forger une opinion sur la question de savoir si l'appelant atteint d'une maladie mentale comprend la nature de la procédure, cette question repose sur l'examen de l'ensemble des circonstances de l'affaire.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 71, 79 (mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 4), 167(2).
Règles de la Section d'appel de l'immigration, DORS/2002-230, règle 19(1).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

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

CONSIDERED:

Hillary v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness), 2009 CanLII 78651 (I.R.B.); *Hillary v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2007 CanLII 79864 (I.R.B.); *Hillary v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] I.A.D.D. No. 375 (I.R.B.) (QL).

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; *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; *Stumpf v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCA 148, 289 N.R. 165; *Duale v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 150, 40 Imm. L.R. (3d) 165.

AUTHORS CITED

Immigration and Refugee Board of Canada. *Guideline 8: Guideline on Procedures with Respect to Vulnerable Persons Appearing Before the IRB*, December 15, 2006, online: <http://www.irb-cisr.gc.ca/Eng/brdcom/references/pol/guidir/Documents/vulnerable_e.pdf>.

APPEAL from a Federal Court decision (2010 FC 638, [2011] 4 F.C.R. 440, 320 D.L.R. (4th) 118, 370 F.T.R. 199) dismissing the appellant's application for judicial review seeking to set aside a decision of the Immigration Appeal Division (IAD) of the Immigration and Refugee Board of Canada, which dismissed the appellant's application to reopen his appeal against deportation heard by another IAD panel. Appeal dismissed.

APPEARANCES

Aadil Mangalji for appellant.
Kristina Dragaitis and *Nadine Silverman* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Long Mangalji LLP, Toronto, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Hillary c. Canada (Sécurité publique et Protection civile), 2009 CanLII 78651 (C.I.S.R.); *Hillary c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2007 CanLII 79864 (C.I.S.R.); *Hillary c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] I.A.D.D. n° 375 (C.I.S.R.) (QL).

DÉCISIONS CITÉES :

Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2^e) 1; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Stumpf c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CAF 148; *Duale c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 150.

DOCTRINE CITÉE

Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada. *Directives n° 8 : Directives sur les procédures concernant les personnes vulnérables qui comparaissent devant la CISR*, 15 décembre 2006, en ligne : <http://www.irb-cisr.gc.ca/fra/brdcom/references/pol/guidir/documents/vulnerable_f.pdf>.

APPEL d'une décision de la Cour fédérale (2010 CF 638, [2011] 4 R.C.F. 440) ayant rejeté la demande de contrôle judiciaire de l'appelant où il visait à obtenir l'annulation de la décision de la Section d'appel de l'immigration (SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada, qui avait rejeté sa requête en réouverture de l'appel contre la mesure d'expulsion prise contre lui par une autre formation de la SAI. Appel rejeté.

ONT COMPARU

Aadil Mangalji pour l'appelant.
Kristina Dragaitis et *Nadine Silverman* pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Long Mangalji LLP, Toronto, pour l'appelant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

EVANS J.A.:

Introduction

[1] Wayne Anthony Hillary, a citizen of Jamaica, is in his early 40s. He came to Canada as a permanent resident in 1982 when he was 13 years old and left school after grade 9. He has been ordered deported on the basis of a string of criminal convictions starting in 1987. He has been diagnosed as suffering from schizophrenia, is HIV positive, and has been addicted to crack cocaine.

[2] Mr. Hillary says that the decision of the Immigration Appeal Division (IAD) of the Immigration and Refugee Board of Canada (Board) to dismiss his appeal against deportation should be reopened because the IAD denied him a fair hearing when it failed to inquire whether he appreciated the nature of the proceeding, in order to determine whether he required the assistance of a designated representative.

[3] In my view, the duty of fairness did not oblige the IAD, on the facts of this case, to make this inquiry. The fact that the IAD knew that Mr. Hillary was schizophrenic was not in itself sufficient to trigger a duty, on its own initiative, to inquire into the level of his comprehension and, if it found him unable to understand the nature of the proceedings, to advise him that a designated representative would be appointed to assist him.

[4] Mr. Hillary appeals from a decision of the Federal Court (2010 FC 638, [2011] 4 F.C.R. 440), in which Justice Russell (Judge) dismissed his application for judicial review seeking to set aside a decision by the IAD, dated August 7, 2009 [*Hillary v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2009 CanLII 78651]. In that decision, the IAD dismissed an application by Mr. Hillary to reopen the decision of another panel of the IAD, dated February 21, 2007, holding that the deportation order was valid and that, in all the

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

LE JUGE EVANS, J.C.A. :

Introduction

[1] Wayne Anthony Hillary, un citoyen de la Jamaïque, est au début de la quarantaine. Il est arrivé au Canada à titre de résident permanent en 1982, à l'âge de 13 ans, et a quitté l'école après sa 9^e année. Une mesure d'expulsion a été prise contre lui au motif qu'il a fait l'objet d'une série de déclarations de culpabilité pour des infractions criminelles depuis 1987. On a diagnostiqué chez lui une schizophrénie, il est séropositif pour le VIH et il est dépendant au crack.

[2] M. Hillary affirme qu'il y a lieu de rouvrir la décision par laquelle la Section d'appel de l'immigration (la SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada (la Commission) a rejeté l'appel qu'il avait interjeté de la mesure d'expulsion prise contre lui, étant donné que la SAI l'a privé d'une audience équitable lorsqu'elle a omis de vérifier s'il comprenait la nature de la procédure afin de déterminer s'il avait besoin de l'assistance d'un représentant désigné.

[3] À mon avis, compte tenu des faits en l'espèce, le devoir d'agir équitablement n'obligeait pas la SAI à faire cette vérification. Le fait que la SAI savait que M. Hillary était schizophrène n'était pas en soi suffisant pour l'obliger à vérifier d'office son niveau de compréhension et, si elle estimait qu'il n'était pas en mesure de comprendre la nature de la procédure, à l'informer qu'un représentant lui serait commis pour l'assister.

[4] M. Hillary interjette appel de la décision de la Cour fédérale (2010 CF 638, [2011] 4 R.C.F. 440) par laquelle le juge Russell (le juge) a rejeté sa demande de contrôle judiciaire visant à faire annuler la décision rendue le 7 août 2009 par la SAI [*Hillary c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2009 CanLII 78651]. Dans cette décision, la SAI a rejeté la demande présentée par M. Hillary visant à faire rouvrir la décision rendue le 21 février 2007 par une autre formation de la SAI, statuant que la mesure d'expulsion était valide et

circumstances, there was no basis for suspending his removal [*Hillary v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2007 CanLII 79864].

[5] The Judge certified the following question under section 79 [as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 4] of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA):

When evidence is presented that an appellant is suffering from a mental illness, does a duty arise in the IAD to determine in accordance with subsection 167(2), whether or not the appellant is capable of understanding the nature of the appeal proceedings? If so, what formal procedural steps must be taken by the Board to meet this duty?

First deportation order

[6] Mr. Hillary was first ordered deported in 1991 on the basis of his criminal convictions. However, in a decision dated May 31, 1993, the IAD stayed the deportation order for five years, subject to certain conditions [*Hillary v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] I.A.D.D. No. 375 (QL)].

[7] In its reasons for decision, the IAD quoted from a report by Dr. Bruce Ally, prepared in 1993 while Mr. Hillary was serving a sentence of imprisonment. Dr. Ally stated that Mr. Hillary had “finally received a psychiatric examination which diagnosed schizophrenia”. He went on to say that Mr. Hillary “needs a supervised treatment setting” because otherwise he was likely to stop taking his medication, and “[a]t such time the disordered thinking begins to reappear and he is unable to control or order his thinking and soon finds himself in conflict with the law once again.” For these reasons, Dr. Ally concluded, “to release this client on his own would be unconscionable”.

que, dans les circonstances, rien ne justifiait la suspension de son renvoi [*Hillary c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CanLII 79864].

[5] Le juge a certifié la question suivante en application de l’article 79 [mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 4] de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR) :

Lorsqu’il est prouvé que le demandeur souffre d’une maladie mentale, la SAI a-t-elle l’obligation de déterminer, conformément au paragraphe 167(2), si le demandeur est en mesure de comprendre la nature de la procédure d’appel? Dans l’affirmative, quelles sont les mesures formelles que la Commission devrait prendre dans l’instance pour s’acquitter de son obligation?

La première mesure d’expulsion

[6] Une première mesure d’expulsion a été prise contre M. Hillary en 1991 en raison de ses déclarations de culpabilité pour des infractions criminelles. Cependant, dans une décision rendue le 31 mai 1993, la SAI a accordé un sursis de cinq ans à l’exécution de la mesure d’expulsion, sous réserve de certaines conditions [*Hillary v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] I.A.D.D. No. 375 (QL)].

[7] Dans les motifs de sa décision, la SAI a cité un rapport du D^r Bruce Ally, rédigé en 1993 alors que M. Hillary purgeait une peine d’emprisonnement. Le D^r Ally a déclaré que M. Hillary avait [TRADUCTION] « finalement subi un examen psychiatrique au cours duquel on a diagnostiqué une schizophrénie ». Il a ajouté que M. Hillary [TRADUCTION] « doit être traité en milieu surveillé » parce que sinon il risquait de cesser de prendre ses médicaments et qu’[TRADUCTION] « [a]lors, ses pensées recommencent à être désordonnées et il est incapable de contrôler ou d’organiser ses pensées et a bientôt de nouveaux démêlés avec la justice ». Pour ces raisons, le D^r Ally a conclu qu’[TRADUCTION] « il serait inadmissible de libérer ce client et de le laisser à lui-même ».

Second deportation order

[8] In 1998, shortly after the Board cancelled the 1991 deportation order, Mr. Hillary resumed his criminal activities and was convicted of several offences. He was again ordered deported and a removal order was made against him by the Immigration Division of the Board on June 5, 2005.

[9] In his appeal against this deportation order Mr. Hillary was represented before the IAD by legal counsel, but not the counsel representing him in the present proceeding. In his evidence to the IAD, Mr. Hillary denied committing most of the offences of which he had been convicted, accusing the police, witnesses, and victims of lying at his trials, and blaming prosecuting counsel for coercing him into pleading guilty. On the basis of this testimony, the IAD found that Mr. Hillary showed no remorse and was a poor candidate for rehabilitation.

[10] The IAD noted that it could not assess the extent to which the medication for HIV and schizophrenia, and the support of community agencies, that Mr. Hillary had received in Toronto would be jeopardized by his removal, because counsel had submitted no evidence on the availability of treatment facilities in Jamaica. Neither Mr. Hillary's mother, with whom he was living at the time of the hearing, nor his sister who also lived in Toronto, provided evidence on his behalf.

[11] The IAD further observed that Dr. Ally's diagnosis of schizophrenia had not been updated, and was then 14 years old. The only other reference in the record to Mr. Hillary's mental health was a 1995 medical report stating that Mr. Hillary "has a past history of schizophrenia being treated with Zyprexa 10 mg once daily". There was no evidence before the IAD on whether this condition was then under control and what treatment, if any, Mr. Hillary was receiving.

La seconde mesure d'expulsion

[8] En 1998, peu après que la Commission eut annulé la mesure d'expulsion de 1991, M. Hillary a repris ses activités criminelles et a été déclaré coupable de plusieurs infractions. Son expulsion a de nouveau été ordonnée et une mesure de renvoi a été prise contre lui par la Section de l'immigration de la Commission le 5 juin 2005.

[9] Dans son appel de cette mesure d'expulsion, M. Hillary était représenté devant la SAI par un conseiller juridique, mais non par l'avocat qui le représente en l'espèce. Dans son témoignage devant la SAI, M. Hillary a nié avoir commis la plupart des infractions dont il avait été déclaré coupable, accusant les policiers, les témoins et les victimes d'avoir menti lors de ses procès et reprochant à l'avocat de la poursuite de l'avoir contraint à plaider coupable. Au vu de ce témoignage, la SAI a conclu que M. Hillary n'éprouvait aucun remords et était un piètre candidat à la réadaptation.

[10] La SAI a indiqué qu'elle ne pouvait évaluer dans quelle mesure M. Hillary risquait d'être privé, en raison de son renvoi, des médicaments pour le VIH et la schizophrénie ainsi que des services de soutien d'organismes communautaires qu'il recevait à Toronto, car le conseil n'avait présenté aucun élément de preuve relativement à l'accessibilité des centres de soins en Jamaïque. Ni la mère de M. Hillary, avec laquelle il habitait au moment de l'audience, ni sa sœur, laquelle vivait également à Toronto, n'ont témoigné pour son compte.

[11] La SAI a également fait observer que le diagnostic de schizophrénie posé par le Dr Ally n'était pas à jour et remontait à 14 ans. Le seul autre document dans le dossier qui mentionnait la santé mentale de M. Hillary était un rapport médical de 1995 indiquant que M. Hillary [TRADUCTION] « a des antécédents de schizophrénie, laquelle a été traitée avec 10 mg de Zyprexa une fois par jour ». La SAI ne disposait d'aucun élément de preuve indiquant si cette maladie était alors sous contrôle et quel traitement, le cas échéant, M. Hillary recevait.

[12] Two years after the IAD had dismissed Mr. Hillary's appeal against the second deportation order, he applied to the IAD to reopen its decision. The IAD refused to reopen.

Statutory provisions

[13] The following provisions of IRPA are relevant to the IAD's refusal to reopen, which is the subject of this appeal.

Reopening appeal **71.** The Immigration Appeal Division, on application by a foreign national who has not left Canada under a removal order, may reopen an appeal if it is satisfied that it failed to observe a principle of natural justice.

...

167. ...

Representation (2) If a person who is the subject of proceedings is under 18 years of age or unable, in the opinion of the applicable Division, to appreciate the nature of the proceedings, the Division shall designate a person to represent the person.

Decision of the IAD under review

[14] In support of his application requesting the IAD to reopen its dismissal of his appeal against the second deportation order on the ground of breach of a principle of natural justice, Mr. Hillary swore an affidavit, in which he said:

10. During the IAD hearing I do verily believe that evidence was submitted clearly stating that I was schizophrenic. Throughout the hearing I was extremely confused as to what was happening. I felt that the proceedings were moving extremely quickly and I could not follow them.

11. Given my mental health illness at the time I do believe that I would have benefited by having a designated representative. I did not know that this was an option at the time, and had I known I would have requested one.

[12] Deux ans après que la SAI eut rejeté l'appel de la seconde mesure d'expulsion, M. Hillary a demandé à la SAI de rouvrir sa décision. La SAI a rejeté la requête en réouverture.

Dispositions législatives

[13] Les dispositions suivantes de la LIPR s'appliquent au rejet par la SAI de la requête en réouverture, lequel fait l'objet du présent appel.

Réouverture de l'appel **71.** L'étranger qui n'a pas quitté le Canada à la suite de la mesure de renvoi peut demander la réouverture de l'appel sur preuve de manquement à un principe de justice naturelle.

[...]

167. [...]

Représentation (2) Est commis d'office un représentant à l'intéressé qui n'a pas dix-huit ans ou n'est pas, selon la section, en mesure de comprendre la nature de la procédure.

La décision de la SAI faisant l'objet du présent contrôle

[14] À l'appui de sa demande dans laquelle il priait la SAI de rouvrir sa décision de rejeter son appel de la seconde mesure d'expulsion au motif qu'il y avait eu manquement à un principe de justice naturelle, M. Hillary a souscrit un affidavit attestant ce qui suit :

[TRADUCTION]

10. Je crois vraiment que, lors de l'audience devant la SAI, des éléments de preuve ont été présentés indiquant clairement que j'étais schizophrène. Tout au long de l'audience, j'étais extrêmement confus et je ne comprenais pas ce qui se passait. Je trouvais que la procédure se déroulait extrêmement vite et j'étais incapable de suivre.

11. Compte tenu de la maladie mentale dont je souffrais à l'époque, j'estime qu'il m'aurait été utile d'avoir un représentant désigné. Je ne savais pas à ce moment-là que j'avais cette possibilité et, si je l'avais su, j'en aurais demandé un.

[15] In its reasons for dismissing the motion to reopen, the IAD noted that: Mr. Hillary had been represented by counsel, who raised no concern over Mr. Hillary's ability to instruct him; no request was made for a designated representative; Mr. Hillary was familiar with IAD proceedings as a result of his successful appeal against the first deportation order; he testified and produced evidence designed to establish humanitarian and compassionate grounds for a stay of the second deportation order; nothing in Mr. Hillary's behaviour or demeanour at the hearing indicated that he needed a designated representative; and two years had elapsed between the dismissal of the appeal by the IAD and the request to reopen.

[16] In short, the reopening panel concluded, there was no evidence that Mr. Hillary had been unable to "tell his story" at his appeal, and no basis for obliging the IAD to raise the possibility of the appointment of a designated representative and to assess his level of comprehension of the nature of the proceeding.

[17] The panel also observed shortcomings in the evidence submitted in the appeal. It noted in particular: the absence of updated evidence on Mr. Hillary's schizophrenia and its treatment, and on the availability of treatment facilities in Jamaica; and the failure to adduce evidence from his mother and sister. However, the panel attributed these to the conduct of the appeal by counsel, not to Mr. Hillary's inability to provide adequate instructions.

[18] Accordingly, in refusing to reopen the appeal decision, the panel concluded that any inadequacy in counsel's handling of the appeal before the IAD was not the result of a breach of a principle of natural justice by the panel. There was no basis for thinking that a designated representative would have instructed counsel to conduct the case differently and "would have provided a different outcome".

[15] Dans ses motifs de rejet de la requête en réouverture, la SAI a souligné ce qui suit : M. Hillary était représenté par un conseil, lequel n'a fait part d'aucune préoccupation au sujet de la capacité de M. Hillary à lui donner des instructions; aucune demande n'a été faite pour obtenir un représentant désigné; M. Hillary connaissait bien la procédure devant la SAI, étant donné qu'il avait obtenu gain de cause dans son appel de la première mesure d'expulsion; il a témoigné et a produit des éléments de preuve en vue d'établir l'existence de motifs d'ordre humanitaire justifiant un sursis d'exécution de la seconde mesure d'expulsion; rien dans le comportement ou l'attitude de M. Hillary à l'audience ne laissait entendre qu'il avait besoin d'un représentant désigné; il s'était écoulé deux ans entre le rejet de l'appel par la SAI et la requête en réouverture.

[16] Bref, le tribunal saisi de la requête en réouverture a conclu que rien ne prouvait que M. Hillary avait été incapable de « raconter son histoire » en appel, et que rien n'obligeait la SAI à soulever la possibilité qu'un représentant lui soit commis d'office et à évaluer son niveau de compréhension de la nature de la procédure.

[17] De plus, le tribunal a constaté des lacunes dans la preuve produite en appel. Il a relevé notamment ce qui suit : l'absence de preuve à jour concernant la schizophrénie de M. Hillary et son traitement, ainsi que l'accessibilité des centres de soins en Jamaïque; et le défaut de produire toute preuve émanant de sa mère et de sa sœur. Cependant, le tribunal a attribué ces lacunes à la conduite de l'appel par le conseil, non à l'incapacité de M. Hillary à donner des instructions adéquates.

[18] Par conséquent, en refusant de rouvrir la décision d'appel, le tribunal a conclu que la manière inadéquate dont le conseil s'est occupé de l'appel interjeté devant la SAI ne découlait pas d'un manquement à un principe de justice naturelle par le tribunal. Rien ne permettait de croire qu'un représentant désigné aurait demandé au conseil de mener l'affaire différemment, « de manière à modifier l'issue de l'appel ».

Decision of the Federal Court

[19] The Judge identified as follows the issue raised by the application for judicial review. Because it knew that Mr. Hillary suffered from schizophrenia, was the panel of the IAD that heard his appeal thereby required by the principles of natural justice to advise him that the appointment of a designated representative was a possibility and to assess whether he understood the nature of the proceedings?

[20] The Judge set out (at paragraphs 26–27), and seems to have accepted counsel for the applicant’s explanation of the functions of a designated representative appointed by the Board in the case of a minor or a person unable to understand the nature of a proceeding. They include: instructing counsel and ensuring that they perform their duties; seeing that the necessary evidence is put before the Board; and, when appropriate, testifying. A designated representative may be a family member or friend familiar with Board proceedings, or a lawyer or social worker, for example.

[21] The Judge stated that IRPA, subsection 167(2) requires the appointment of a designated representative when the Board is of the opinion that the person concerned does not appreciate the nature of the proceeding. However, he held, there was no authority for the further proposition that, simply on the basis of its knowledge that the person concerned had a mental illness, the Board must advise the person that a designated representative could be appointed, and inquire into his or her understanding of the nature of the proceeding.

[22] He went on to say that there might be circumstances in which fairness would require the imposition of such a duty. But that would depend on an examination of the entire context of the particular case, and the Judge found nothing in the context of this case to give rise to a duty to advise and inquire.

[23] However, he agreed with counsel for Mr. Hillary that, if the Board had been in breach of a principle of natural justice by failing to advise and inquire, the panel

Décision de la Cour fédérale

[19] Le juge a formulé ainsi la question soulevée dans la demande de contrôle judiciaire. Étant donné qu’il savait que M. Hillary était atteint de schizophrénie, le tribunal de la SAI qui a instruit l’appel était-il tenu, en vertu des principes de justice naturelle, de l’informer qu’il était possible qu’un représentant lui soit commis d’office et de vérifier s’il comprenait la nature de la procédure?

[20] Le juge a exposé (aux paragraphes 26 et 27), et semble avoir accepté, les explications de l’avocat du demandeur concernant le rôle d’un représentant désigné par la Commission dans le cas d’un mineur ou d’une personne qui n’est pas en mesure de comprendre la nature d’une procédure, notamment : donner des instructions au conseil et s’assurer qu’il s’acquitte de ses fonctions; s’assurer que la preuve nécessaire est soumise à la Commission; et, le cas échéant, témoigner. Le représentant désigné peut être un membre de la famille ou un ami connaissant bien les procédures devant la Commission, ou bien un avocat ou un travailleur social, par exemple.

[21] Le juge a déclaré que le paragraphe 167(2) de la LIPR exige qu’un représentant soit commis d’office lorsque la Commission estime que l’intéressé ne comprend pas la nature de la procédure. Cependant, il a conclu qu’aucun précédent ne permettait de soutenir que, uniquement parce qu’elle sait que l’intéressé a une maladie mentale, la Commission est tenue d’informer la personne qu’un représentant pourrait lui être commis d’office et de vérifier sa compréhension de la nature de la procédure.

[22] Il a ajouté qu’il est possible que, dans certaines circonstances, l’équité impose une telle obligation. Cependant, cela dépend de l’examen de l’ensemble du contexte de l’espèce, et le juge n’a rien trouvé dans le contexte de la présente affaire qui donne naissance à une obligation d’information et de vérification.

[23] Toutefois, il était d’accord avec l’avocat de M. Hillary pour dire que, si la Commission avait violé un principe de justice naturelle en omettant d’informer

should have ordered the decision reopened if the appointment of a designated representative could, not would, have made a difference to the outcome of the appeal.

Analysis

(i) Preliminary matters

[24] Two preliminary observations are in order. The first concerns the question certified by the Judge:

When evidence is presented that an appellant is suffering from a mental illness, does a duty arise in the IAD to determine in accordance with subsection 167(2), whether or not the appellant is capable of understanding the nature of the appeal proceedings? If so, what formal procedural steps must be taken by the Board to meet this duty?

[25] This question is too general and abstract to admit of a helpful answer. However, I assume that the Judge is in effect asking the following alternative questions. Does a determination of whether the IAD is under a duty to form an opinion of an appellant's understanding of the nature of the proceedings depend on an analysis of the entire factual context? Or, was the IAD's knowledge that Mr. Hillary was schizophrenic, in and of itself, sufficient to require it to advise him of the possibility that it could appoint a designated representative, and to inquire into his ability to understand the nature of the proceedings? I shall approach the certified question on that basis.

[26] Second, the record before us is thin. Thus, for example, it is not apparent from the reasons given by the IAD for dismissing Mr. Hillary's appeal whether it considered the issue of his ability to appreciate the nature of the proceedings. The transcript of the hearing was not before either the IAD when it decided to reject Mr. Hillary's application to reopen the dismissal of his appeal, or the Judge when he heard the application for judicial review. The IAD had no current evidence about Mr. Hillary's mental health and its likely impact on his ability to understand the nature of the proceedings. Neither Mr. Hillary nor his counsel at the time indicated

et de vérifier, le tribunal aurait dû ordonner la réouverture de la décision dans le cas où la désignation d'un représentant aurait pu changer, et non aurait changé, l'issue de l'appel.

Analyse

i) Les questions préliminaires

[24] Deux observations préliminaires s'imposent. La première concerne la question certifiée par le juge :

Lorsqu'il est prouvé que le demandeur souffre d'une maladie mentale, la SAI a-t-elle l'obligation de déterminer, conformément au paragraphe 167(2), si le demandeur est en mesure de comprendre la nature de la procédure d'appel? Dans l'affirmative, quelles sont les mesures formelles que la Commission devrait prendre dans l'instance pour s'acquitter de son obligation?

[25] Cette question est trop générale et abstraite pour pouvoir recevoir une réponse utile. Cependant, je présume que le juge pose en réalité les questions subsidiaires suivantes. La réponse à la question de savoir si la SAI a l'obligation de se forger une opinion sur la compréhension par l'appelant de la nature de la procédure repose-t-elle sur l'analyse de l'ensemble du contexte factuel? Ou le fait que la SAI savait que M. Hillary était schizophrène était-il en soi suffisant pour l'obliger à informer celui-ci de la possibilité qu'elle lui commette un représentant et à vérifier sa capacité à comprendre la nature de la procédure? J'aborderai la question certifiée sous cet angle.

[26] Par ailleurs, le dossier dont la Cour est saisie est peu étoffé. Ainsi, par exemple, les motifs que la SAI a invoqués pour rejeter l'appel de M. Hillary n'indiquent pas si elle s'est interrogée sur la capacité de celui-ci à comprendre la nature de la procédure. La transcription de l'audience n'avait été soumise ni à la SAI lorsqu'elle a décidé de rejeter la requête en réouverture de l'appel de M. Hillary, ni au juge lorsqu'il a instruit la demande de contrôle judiciaire. La SAI ne disposait d'aucune information à jour concernant la santé mentale de M. Hillary et son incidence probable sur sa capacité à comprendre la nature de la procédure. Ni M. Hillary ni

to the IAD that he could not understand the nature of the proceedings.

(ii) Standard of review and procedural fairness

[27] This is an unusual case in that the decision under review is a decision of an administrative tribunal that another panel of the tribunal had not breached a principle of natural justice in dismissing an appeal. Because section 71 of IRPA only permits the IAD to reopen an appeal for breach of a principle of natural justice, the question before us is whether the panel erred when it found that no breach had occurred at the appeal hearing and therefore refused to reopen the decision.

[28] It is settled law that administrative decision makers are not entitled to curial deference on whether they afforded an individual a fair opportunity to participate in a proceeding that culminated in an adverse decision: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 129; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraph 43. In my opinion, this principle is equally applicable in the present case, where the IAD was required to rule on whether another panel of the same tribunal had breached a principle of natural justice.

[29] In the absence of independent fact-finding by either the IAD or the Judge, this Court must answer the certified question by deciding for itself whether the IAD panel that dismissed Mr. Hillary's appeal breached a principle of natural justice by failing to inquire into his understanding of the nature of the appeal proceedings.

[30] This does not mean, however, that every exercise by the IAD of a procedural discretion, explicitly or implicitly conferred by IRPA, is subject to *de novo* judicial review. The question on judicial review is whether, in all the circumstances, the person concerned was deprived of a reasonable opportunity to tell his or her story and, if relevant, to respond to the case against them.

son conseil de l'époque n'ont signalé à la SAI qu'il ne comprenait pas la nature de la procédure.

ii) La norme de contrôle et l'équité procédurale

[27] Il s'agit d'un cas inhabituel puisque la décision faisant l'objet du contrôle est celle par laquelle un tribunal administratif a jugé qu'une autre formation du tribunal n'avait violé aucun principe de justice naturelle en rejetant un appel. Comme l'article 71 de la LIPR ne permet à la SAI de rouvrir un appel que lorsqu'il y a manquement à un principe de justice naturelle, la Cour doit déterminer si le tribunal a commis une erreur lorsqu'il a conclu qu'il n'y avait pas eu manquement lors de l'audition de l'appel et a, de ce fait, refusé de rouvrir la décision.

[28] Il est de jurisprudence constante qu'un décideur administratif n'a pas à faire l'objet de retenue judiciaire lorsqu'il s'agit de déterminer s'il a accordé à l'intéressé une occasion équitable de participer à une procédure qui s'est soldée par une décision défavorable : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, au paragraphe 129; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, au paragraphe 43. À mon avis, ce principe s'applique également en l'espèce puisque la SAI était tenue de déterminer si une autre formation du même tribunal avait violé un principe de justice naturelle.

[29] En l'absence d'une appréciation des faits indépendante par la SAI ou le juge, la Cour doit répondre à la question certifiée en décidant elle-même si le tribunal de la SAI qui a rejeté l'appel de M. Hillary a violé un principe de justice naturelle en omettant de vérifier sa compréhension de la nature de la procédure d'appel.

[30] Toutefois, cela ne signifie pas que l'exercice par la SAI de son pouvoir discrétionnaire en matière de procédure, que lui confère expressément ou implicitement la LIPR, est assujéti chaque fois à un contrôle judiciaire *de novo*. Le présent contrôle judiciaire porte sur la question de savoir si, eu égard aux circonstances, l'intéressé a été privé de la possibilité raisonnable de

donner sa version des faits et, le cas échéant, de répondre aux arguments invoqués à son encontre.

(iii) IRPA, subsection 167(2)

[31] Subsection 167(2) requires the IAD to appoint a designated representative when it is of the opinion that the appellant does not appreciate the nature of the proceedings. Read literally, it does not apply to the facts of the present case, because the IAD panel that heard Mr. Hillary's appeal seems to have formed no opinion on whether he appreciated the nature of the proceedings.

[32] However, the purpose of this subsection is to provide a reasonable opportunity, through the assistance of a designated representative, for a person unable to appreciate the nature of the proceedings, to participate in them and to have his or her interests adequately protected. This objective would be frustrated if a panel could avoid subsection 167(2) by simply failing to form an opinion on the person's capacity, or by refusing to appoint a designated representative when it should have been clear in the circumstances that the person did not understand the nature of the proceedings.

[33] Consequently, there must be circumstances in which the IAD is under a duty to form an opinion about a person's level of comprehension. It must also be open to a court on an application for judicial review to determine whether there was a rational basis for the IAD's opinion of the person's capacity to understand the nature of the proceedings.

[34] The only question before the Court in the present case is whether the IAD panel that dismissed Mr. Hillary's appeal denied him the benefit of a principle of natural justice. The principle of natural justice relevant to the present case is the right to be represented at an administrative hearing. Without representation, an individual may not be able to participate effectively in the decision-making process, especially when facing

iii) Le paragraphe 167(2) de la LIPR

[31] Le paragraphe 167(2) oblige la SAI à commettre un représentant lorsqu'elle estime que l'appelant ne comprend pas la nature de la procédure. Interprétée littéralement, cette disposition ne s'applique pas aux faits de l'espèce, car le tribunal de la SAI qui a instruit l'appel de M. Hillary ne semble pas s'être forgé d'opinion sur la question de savoir si celui-ci comprenait la nature de la procédure.

[32] Cependant, cette disposition vise à offrir à une personne qui n'est pas en mesure de comprendre la nature de la procédure une possibilité raisonnable, grâce à l'assistance d'un représentant désigné, de participer à la procédure et d'assurer la protection adéquate de ses intérêts. Cet objectif serait compromis si un tribunal pouvait se soustraire à l'application du paragraphe 167(2) en omettant simplement de se forger une opinion sur la capacité de la personne ou en refusant de commettre un représentant alors qu'il devait être évident dans les circonstances que la personne ne comprenait pas la nature de la procédure.

[33] Par conséquent, il doit exister des circonstances dans lesquelles la SAI a l'obligation de se forger une opinion sur le niveau de compréhension de la personne. De plus, il doit être loisible au tribunal judiciaire saisi d'une demande de contrôle judiciaire de déterminer si l'opinion de la SAI concernant la capacité de la personne de comprendre la nature de la procédure reposait sur un fondement rationnel.

[34] La seule question dont la Cour est saisie en l'espèce est celle de savoir si le tribunal de la SAI qui a rejeté l'appel de M. Hillary a empêché celui-ci de bénéficier d'un principe de justice naturelle. Le principe de justice naturelle pertinent en l'espèce est le droit d'être représenté lors d'une audience devant un tribunal administratif. Si elle n'est pas représentée, la personne peut ne pas être en mesure de participer efficacement au

a more powerful adversary, such as a government department.

[35] The right to representation in an administrative proceeding normally means the right of a party to appoint someone, often legal counsel, to conduct the case before the tribunal on their behalf. However, subsection 167(2) of IRPA recognizes that, if their interests are to be adequately protected in a proceeding before the Board, minors, and those unable to appreciate the nature of the proceedings, also require the assistance of a designated representative who is sensitive to the particular needs of the individual concerned and alert to their best interests.

[36] Subsection 167(2) provides specific content to the right to be represented at a hearing before the Board. Thus, a failure by the Board to comply with the express and implied procedural duties imposed by its enabling statute may constitute a breach of a principle of natural justice. The factors listed in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paragraphs 21–28, indicate that the content of the duty of fairness in an appeal to the IAD by a permanent resident against removal is high. Particularly important in this regard are: the nature of the individual interest at stake; the broadly judicial nature of the IAD's decision-making process; and, in the present case, Mr. Hillary's particular vulnerability because of his mental illness.

(iv) Was the IAD appeal panel in breach of a principle of natural justice?

[37] Counsel does not argue that Mr. Hillary was denied a fair hearing because the IAD failed to appoint a designated representative to assist him in the appeal process. Such an argument would be untenable. It cannot be inferred from the fact that Mr. Hillary is schizophrenic that he did not appreciate the nature of the proceedings.

processus décisionnel, en particulier lorsqu'elle affronte un adversaire plus puissant, comme un ministère.

[35] Le droit d'être représenté dans une procédure administrative s'entend normalement du droit d'une partie de nommer quelqu'un, souvent un conseiller juridique, pour mener l'affaire devant le tribunal en son nom. Toutefois, le paragraphe 167(2) de la LIPR reconnaît que, pour que ses intérêts soient adéquatement protégés dans le cadre d'une procédure devant la Commission, l'intéressé qui est mineur ou qui n'est pas en mesure de comprendre la nature de la procédure a également besoin de l'assistance d'un représentant désigné qui se montre sensible à ses besoins particuliers et veille à ses intérêts.

[36] Le paragraphe 167(2) précise le teneur du droit d'être représenté à une audience devant la Commission. En conséquence, le défaut de la Commission de se conformer aux obligations procédurales expresses et implicites que lui impose sa loi habilitante peut constituer un manquement à un principe de justice naturelle. Les facteurs énumérés dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, aux paragraphes 21 à 28, indiquent que, lorsqu'un résident permanent interjette appel d'une mesure de renvoi devant la SAI, le contenu de l'obligation d'équité est dense. Les facteurs suivants sont particulièrement importants à cet égard : la nature de l'intérêt individuel en jeu; la nature pratiquement judiciaire du processus décisionnel de la SAI; et, en l'espèce, la vulnérabilité particulière de M. Hillary découlant de sa maladie mentale.

iv) Le tribunal d'appel de la SAI a-t-il violé un principe de justice naturelle?

[37] L'avocat de M. Hillary ne prétend pas que son client a été privé d'une audience équitable parce que la SAI n'a pas commis de représentant pour l'assister dans le cadre de la procédure d'appel. Un tel argument serait indéfendable. On ne peut déduire du fait que M. Hillary est schizophrène qu'il ne comprenait pas la nature de la procédure.

[38] Nor is it said that, on the basis of the documentary evidence before it, and of Mr. Hillary's behaviour at the hearing, including his responses to the questions put to him by counsel, it should have been obvious to the IAD that he did not understand the nature of the proceedings and therefore required the appointment of a designated representative.

[39] One can say no more than this: Mr. Hillary's schizophrenia may possibly have impaired his ability to appreciate the nature of the proceedings to such an extent that representation by counsel alone was insufficient to enable him to protect his interests and to participate meaningfully in the process. However, this is not enough to establish that the IAD's dismissal of Mr. Hillary's appeal was vitiated by a breach of a principle of natural justice.

[40] It is always within the discretion of the IAD to raise the issue itself and to inquire into the appellant's capacity. However, if the IAD makes no such inquiry, the Court should intervene only if satisfied on the basis of an examination of the entire context that the Board's inaction was unreasonable and fairness required the IAD to be proactive.

[41] In my opinion, given the adversarial nature of the IAD's procedure, it will only be in the most unusual circumstances that a panel is obliged to make inquiries in a case where the appellant is represented by counsel who has not raised the issue of the client's ability to understand the nature of the proceedings. Such is not the case here.

[42] That the IAD does not bear primary responsibility for identifying appellants who are especially vulnerable is indicated by subrule 19(1) of the *Immigration Appeal Division Rules*, SOR/2002-230 (Rules), which imposes on counsel for the appellant and for the Minister a duty to advise the IAD if they believe that a designated representative should be appointed because of the appellant's inability to appreciate the nature of the proceedings.

[38] On ne saurait non plus affirmer que, à lumière de la preuve documentaire dont elle disposait et du comportement de M. Hillary à l'audience, notamment ses réponses aux questions que lui a posées le conseil, il aurait dû être évident aux yeux de la SAI que celui-ci ne comprenait pas la nature de la procédure et qu'il était donc nécessaire qu'un représentant lui soit commis d'office.

[39] On ne peut que tirer la conclusion suivante : il est possible que la schizophrénie de M. Hillary ait affecté sa capacité à comprendre la nature de la procédure à un point tel que le seul fait d'être représenté par un conseil n'ait pas suffi à lui permettre de protéger ses intérêts et de participer de manière significative au processus. Cependant, ce n'est pas assez pour établir que la décision par laquelle la SAI a rejeté l'appel de M. Hillary était viciée en raison d'un manquement à un principe de justice naturelle.

[40] La SAI peut toujours exercer son pouvoir discrétionnaire de soulever elle-même la question et de vérifier la capacité de l'appelant. Toutefois, si la SAI n'effectue pas une telle vérification, la Cour ne devrait intervenir que si elle est convaincue, à la lumière de l'examen de l'ensemble du contexte, que l'inaction de la Commission était déraisonnable et que l'équité exigeait que la SAI soit proactive.

[41] À mon avis, étant donné la nature contradictoire de la procédure devant la SAI, ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles que le tribunal sera obligé d'effectuer des vérifications lorsque l'appelant est représenté par un conseil qui n'a pas soulevé la question de la capacité de son client à comprendre la nature de la procédure. Tel n'est pas le cas en l'espèce.

[42] La SAI n'a pas la responsabilité première d'identifier les appelants qui sont particulièrement vulnérables, tel qu'indiqué au paragraphe 19(1) des *Règles de la Section d'appel de l'immigration*, DORS/2002-230 (les Règles), lequel impose au conseil de l'appelant et au ministre l'obligation d'aviser la SAI s'il croit qu'un représentant devrait être commis d'office à l'appelant parce que celui-ci n'est pas en mesure de comprendre la nature de la procédure.

[43] Similarly, the Board's *Guideline 8: Guideline on Procedures with Respect to Vulnerable Persons Appearing Before the IRB*, effective date December 15, 2006, states (at section 7.3) that counsel is best placed to bring to the Board's attention the special vulnerability of a person who may require some kind of procedural accommodation. However, the Board may also act on its own initiative (section 7.4).

[44] I agree substantially with the reasons given by the Judge for concluding that, on the basis of the record before it, the mere fact that the panel of the IAD that heard his appeal knew that Mr. Hillary was schizophrenic was not sufficient to oblige it to inquire into whether to appoint a designated representative under IRPA, subsection 167(2). There was no evidence in the IAD's record about the current state of his mental health, its treatment, and the extent to which it was likely to impair his understanding of the nature of the proceedings.

[45] True, Mr Hillary's denial of responsibility at the IAD appeal hearing for any of the approximately 20 offences of which he had been convicted was, to say the least, unlikely to assist him in winning his appeal. Nonetheless, it could not be inferred from his testimony that his understanding of the nature of the proceedings was sufficiently impaired to oblige the IAD to make further inquiries into his mental capacity, even though the issue had not been raised by his counsel.

[46] Indeed, even the affidavit sworn by Mr. Hillary in support of his application for judicial review, two years after the IAD dismissed his appeal, falls short of asserting that he could not instruct counsel and did not appreciate that the appeal gave him an opportunity to explain why he should not be deported. He stated only that he found that the proceedings "were moving extremely quickly" and that he "could not follow them", and that he was "extremely confused as to what was happening". He did not attribute his confusion to his mental illness.

[43] De même, les *Directives n° 8 : Directives sur les procédures concernant les personnes vulnérables qui comparaissent devant la CISR* de la Commission, entrées en vigueur le 15 décembre 2006, prévoient (à la section 7.3) que le conseil est le mieux placé pour porter à l'attention de la Commission la vulnérabilité particulière d'une personne pouvant nécessiter une certaine adaptation d'ordre procédural. Cependant, la Commission peut également agir de sa propre initiative (section 7.4).

[44] Je souscris, pour l'essentiel, aux motifs invoqués par le juge pour conclure que, au vu du dossier dont il disposait, le seul fait que le tribunal de la SAI qui a instruit l'appel savait que M. Hillary était schizophrène n'était pas suffisant pour l'obliger à vérifier s'il y avait lieu de commettre un représentant en vertu du paragraphe 167(2) de la LIPR. Le dossier de la SAI ne contenait aucun élément de preuve concernant l'état actuel de sa santé mentale, son traitement et la mesure dans laquelle cela risquait d'affecter sa compréhension de la nature de la procédure.

[45] Certes, il était pour le moins improbable que le rejet par M. Hillary, lors de l'audition de l'appel devant la SAI, de toute responsabilité à l'égard de la vingtaine d'infractions dont il avait été déclaré coupable l'aide à obtenir gain de cause en appel. Néanmoins, on ne pouvait déduire de son témoignage que sa compréhension de la nature de la procédure était affectée au point d'obliger la SAI à effectuer des vérifications additionnelles concernant sa capacité mentale même si la question n'avait pas été soulevée par son conseil.

[46] De fait, même l'affidavit souscrit par M. Hillary au soutien de sa demande de contrôle judiciaire, deux ans après que la SAI eut rejeté son appel, n'atteste pas qu'il n'était pas en mesure de donner des instructions à son conseil et n'avait pas compris que l'appel lui donnait la possibilité d'expliquer pourquoi il ne devrait pas être expulsé. M. Hillary s'est contenté d'affirmer qu'il trouvait que la procédure [TRADUCTION] « se déroulait extrêmement vite » et qu'il était [TRADUCTION] « incapable de suivre », et qu'il était [TRADUCTION] « extrêmement confus et [...] ne comprenai[t] pas ce qui se passait ». Il n'a pas attribué sa confusion à sa maladie mentale.

[47] In most cases, as the Rules and Guideline 8 indicate, the IAD should be able to rely on counsel to raise any concerns on the issue, and to bring into question the appropriateness, in a given case, of the normal assumption that appellants understand the nature of the Board's proceedings.

[48] Moreover, Mr. Hillary was represented by counsel whose competence has not been directly impugned in this proceeding, although, as the IAD noted, the manner in which he handled the appeal may seem questionable. His counsel at the IAD appeal hearing did not suggest that Mr. Hillary required further assistance. This Court is in no position to second-guess counsel's strategy and to conclude that Mr. Hillary was, in effect, unrepresented.

[49] I would add only this. If procedural fairness had required the IAD to inquire on its own initiative whether Mr. Hillary appreciated the nature of the proceedings, I agree with the Judge's view that the failure to inquire would have constituted a breach of a principle of natural justice, unless the appointment of a designated representative could, not would, have made no difference to the outcome of the appeal. See also *Stumpf v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCA 148, 289 N.R. 165, at paragraph 5; *Duale v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 150, 40 Imm. L.R. (3d) 165, at paragraphs 20–21.

Conclusions

[50] For these reasons, and despite counsel's able submissions, I would dismiss the appeal and answer the certified question as follows.

Question: When evidence is presented that an appellant is suffering from a mental illness, does a duty arise in the IAD to determine in accordance with subsection 167(2), whether or not the appellant is capable of understanding the nature of the appeal proceedings?

[47] Dans la plupart des cas, comme l'indiquent les Règles et les Directives n° 8, la SAI devrait pouvoir se fier au conseil pour soulever toute préoccupation à cet égard et pour remettre en question, le cas échéant, la pertinence de tenir pour acquis, comme il est courant de le faire, que les appelants comprennent la nature de la procédure devant la Commission.

[48] En outre, M. Hillary était représenté par un conseil dont la compétence n'a pas été directement attaquée en l'espèce, bien que, comme l'a fait remarquer la SAI, la manière dont il s'est occupé de l'appel puisse sembler douteuse. Son conseil lors de l'audition de l'appel devant la SAI n'a pas laissé entendre que M. Hillary avait besoin d'une aide supplémentaire. La Cour ne peut remettre en question la stratégie du conseil et conclure que M. Hillary n'était effectivement pas représenté.

[49] Je n'ajouterais qu'une seule chose. Je souscris à l'opinion du juge selon laquelle, si l'équité procédurale avait obligé la SAI à vérifier d'office si M. Hillary comprenait la nature de la procédure, l'omission de faire cette vérification aurait constitué un manquement à un principe de justice naturelle, sauf dans le cas où la désignation d'un représentant aurait pu ne rien changer, non n'aurait rien changé, à l'issue de l'appel. Voir également *Stumpf c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CAF 148, au paragraphe 5; *Duale c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 150, aux paragraphes 20 et 21.

Conclusions

[50] Pour ces motifs, et malgré les excellents arguments de l'avocat, je suis d'avis de rejeter l'appel et de répondre comme suit à la question certifiée :

Question : Lorsqu'il est prouvé que l'appelant souffre d'une maladie mentale, la SAI a-t-elle l'obligation de déterminer, conformément au paragraphe 167(2), si l'appelant est en mesure de comprendre la nature de la procédure d'appel? Dans l'affirmative, quelles

If so, what formal procedural steps must be taken by the Board to meet this duty?

Answer: Whether the principles of natural justice require the IAD to initiate inquiries to enable it to form an opinion on whether an appellant who is suffering from a mental illness appreciates the nature of the proceedings depends on an examination of all the circumstances of the case. Since no such duty arose in the present case, it is not necessary to address the hypothetical question of the procedural steps that would have been necessary to discharge the duty.

NOËL J.A.: I agree.

SHARLOW J.A.: I agree.

sont les mesures formelles que la Commission devrait prendre dans l'instance pour s'acquitter de son obligation?

Réponse : La question de savoir si les principes de justice naturelle obligent la SAI à effectuer des vérifications afin de lui permettre de se forger une opinion sur la question de savoir si l'appelant qui est atteint d'une maladie mentale comprend la nature de la procédure repose sur l'examen de l'ensemble des circonstances de l'affaire. Comme aucune obligation de ce genre n'a pris naissance en l'espèce, il n'est pas nécessaire d'examiner la question hypothétique des mesures procédurales qui auraient été nécessaires pour satisfaire à l'obligation.

LE JUGE NOËL, J.C.A. : Je suis d'accord.

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

DIGESTS

Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. A copy of the full text of any decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court of Appeal and at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court, or may be ordered from the central registry of the Federal Court of Appeal or Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.

** The number of pages indicated at the end of each digest refers to the number of pages of the original reasons for order or reasons for judgment.*

ABORIGINAL PEOPLES

Judicial review of respondent's decision to appoint third-party manager (TPM) to applicant due to alleged default under Comprehensive Funding Agreement—Applicant experiencing serious, unprecedented housing crisis on reserve, informing respondent lacking resources, capacity to address housing crisis—Despite producing no evidence of mismanagement or incorrect spending, respondent notifying applicant of its default of Comprehensive Funding Agreement, appointing TPM—While there was “default” under Comprehensive Funding Agreement, remedy selected (appointment of TPM), unreasonable—Decision to appoint TPM not responding in reasonable way to root of problems at Attawapiskat nor to remedies available upon default under Comprehensive Funding Agreement—Respondent invoking financial management remedy without considering more reasonable, more responsive or less invasive remedies available—Respondent misunderstanding nature of problem, choosing financial tool in form of TPM to address operational problem—While applicant having trouble addressing housing crisis, lacking not ability to manage finances, but material means to do so—Although courts having to show deference to Minister's choice of remedy, decision to appoint TPM, remedy chosen not reasonable where not responding to problem—Application allowed.

ATTAWAPISKAT FIRST NATION V. CANADA (ABORIGINAL AFFAIRS AND NORTHERN DEVELOPMENT) (T-2037-11, 2012 FC 948, Phelan J., judgment dated August 1, 2012, 31 pp.)

Judicial review of decision by Fisheries and Oceans Canada (DFO) to issue finfish aquaculture licences to Mainstream Canada, Marine Harvest Canada Inc.—New regulatory regime by DFO direct consequence of British Columbia Supreme Court decision (*Morton v. British Columbia (Agriculture and Lands)*, 2009 BCSC 136) finding provincial regulatory regime for aquaculture constitutionally invalid, activity of finfish farming matter of exclusive federal jurisdiction—Applicant, Indian band, claiming that abundance, quality of their fishery in decline, attributing decline in part to presence of salmon farms in their territory—Whether applicant having requisite standing to bring present application; whether Canada (DFO) having duty to consult with applicant about issuance of licences in question and if so, extent of that duty; whether DFO's efforts at consultation reasonable in circumstances—Respondent Attorney General contending application could only be brought as representative proceeding pursuant to *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 114(1) by individual member on behalf of Aboriginal collective claiming to hold Aboriginal right—Language of r. 114 leaving no doubt as to intent—Framed as permissive, not mandatory—Not requiring all representative actions be brought thereunder—Indian bands legal, political entities that can themselves be sued, become subject of legal pronouncement—Here, Band itself the applicant, as opposed to representative acting on its behalf—Application not fatally flawed because not brought by representative on behalf of applicant—As to duty to consult, applicant submitting decision to issue licences having potential to impact fishing rights—Careful reading of *Adams Lake Indian Band v. British Columbia (Lieutenant Governor in Council)*, 2011 BCSC 266, *Gitxsan v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2002 BCSC 1701 showing that indeterminacy of principles by which new governing entity intending to operate triggering Crown's duty to consult—Here, only time will tell whether regulation of aquaculture will dramatically be impacted as a result of *Morton* decision—In recognition of this fundamental shift in management of aquaculture industry, federal government was obligated to consult applicant, all other First Nations present in region—Reissuance of licence also sufficient to trigger duty to consult, as each new licence potentially affecting claimed right, title—However, extent of changes brought about by renewal crucial factor to be considered when assessing extent of duty to consult—In case at bar, Canada did what was required in circumstances to

ABORIGINAL PEOPLES—Concluded

maintain honour of Crown, effect reconciliation with respect to interests at stake—When viewed as whole, DFO’s consultation regarding regulatory framework, issuance of licences, reasonable—Application dismissed.

KWICKSUTAINNEUK AH-KWA-MISH FIRST NATION V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-70-11, 2012 FC 517, de Montigny J., judgment dated May 3, 2012, 56 pp.)

Appeal from Federal Court decision (2011 FC 361) dismissing appellant’s judicial review of respondent’s decision to transfer \$5 333 334 previously held in accounts in appellant’s name to suspense account—Decision part of larger dispute arising out of amalgamation of Ocean Man, Pheasant’s Rump bands into appellant band in 1901, subsequent unwinding of that amalgamation in 1986—After amalgamation, Ocean Man, Pheasant Rump’s reserve lands sold, all or some of proceeds used to purchase land (Northern Boundary Lands) in name of amalgamated band—One contentious issue following unwinding of amalgamation extent to which reconstituted bands entitled to share in oil and gas revenue generated by Northern Boundary Lands whose purchase funded to some extent by sale of their reserve lands—In July 2009, respondent writing to appellant to advise that some of the monies received from oil and gas leases on Northern Boundary Lands together with interest paid or owing on those amounts (Fund) would be placed in suspense account pending determination of litigation—Federal Court finding Crown having power to discharge its fiduciary obligations, including placing funds in suspense account—Concluding respondent’s decision reasonable effort to ensure even-handed treatment of relevant parties—Whether respondent having right to transfer funds in suspense account, if so, whether that decision reasonable—Respondent could not do what he did—If he owed all three bands fiduciary duty in relation to Fund, then he breached duty of even-handedness between beneficiaries because he gave appellant access to one third of Fund while denying access to other two bands—If respondent did not owe Ocean Man, Pheasant’s Rump fiduciary duty, then he breached duty to act solely in interests of appellant as he had duty to avoid conflicts of interest, to act without regard to his own interest—By withholding portion of Fund from appellant, respondent essentially using trust funds to protect himself from potential claims from others—Respondent could not set aside funds held for benefit of appellant for benefit of other two Bands—In doing so, respondent breached obligation to act solely in interests of appellant with respect to Fund—Weakness in respondent’s position not that he preserved property pending litigation but that he did so unilaterally, without right—Respondent should have applied to Federal Court, where litigation pending, for directions—Appeal allowed.

WHITE BEAR FIRST NATIONS V. CANADA (INDIAN AFFAIRS AND NORTHERN DEVELOPMENT) (A-171-11, 2012 FCA 224, Pelletier and Stratas JJ.A., judgment dated August 27, 2012, 21 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

STATUS IN CANADA

Convention Refugees and Persons in Need of Protection

Judicial review of immigration officer’s decision finding applicant’s refugee claim previously declared ineligible within meaning of *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA), s. 101(1)(b)—In 1995, when applicant 11 years old, applicant’s father filing refugee claim in Canada—Applicant, applicant’s mother, two brothers included in claim as accompanying family members—Refugee Protection Division of Immigration and Refugee Board rejecting said claim in 1997—In 2011, applicant arriving in Canada accompanied by spouse—Applicant, spouse filing claim for refugee protection—Applicant’s refugee claim deemed ineligible on ground previous claim filed by applicant in 1995, claim refused—Whether respondent erring in interpreting IRPA, s. 101(1)(b)—IRPA, s. 101(1)(b) not distinguishing between whether refugee claim based on same facts resulting in previous rejection or different facts—Applicants prohibited from filing more than one claim, even if facts alleged in support of second claim different from facts relied upon in making first claim—Whether same rationale applying, however, when refugee claimant not person whose first claim rejected but rather son or daughter of person whose claim previously rejected—In light of parliamentary debates surrounding passing of IRPA, s. 101(1)(b) thereof undoubtedly seeking to end abusive claims, abuses relating to possibility of making more than one refugee claim—Applicant’s situation obviously not at all representative, at least at first glance, of type of abuse Parliament attempting to eradicate through s. 101(1)(b)—Immigration officer erring in determining applicant’s refugee claim ineligible simply because applicant’s father’s refugee claim including applicant rejected in 1997—Serious question of general importance certified—Application allowed.

TOBAR TOLEDO V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-6395-11, 2012 FC 764, de Montigny J., judgment dated June 15, 2012, 14 pp.)

CUSTOMS AND EXCISE

Judicial reviews of Minister of International Trade (Minister) decision issuing supplemental import permits allowing Agro-Farma Canada Inc., Canadian affiliate of American dairy processor, to import certain amount of Chobani brand Greek-style yogurt—Canada’s dairy industry subject to Supply Management—Dual objectives of Supply Management established by *Canadian Dairy Commission Act*, R.S.C., 1985, c. C-15, s. 8—Supply Management achieving these objectives through control mechanisms on domestic pricing, volume of milk produced, volume of imported dairy products—*Export and Import Permits Act*, R.S.C., 1985, c. E-19 (EIPA), s. 5 authorizing creation of *Import Control List*, C.R.C., c. 604—Yogurt first placed on *Import Control List* in 1988 pursuant to EIPA, s. 5(1)(d)—Minister of Foreign Affairs having discretionary authority to issue supplemental import permits for goods listed on *Import Control List* pursuant to EIPA, s. 8.3(3)—In practice, this power exercised by Minister on behalf of Minister of Foreign Affairs—EIPA, s. 8.3(3) giving Minister authority to issue supplemental import permits for goods for which Minister determining “import access quantity” or tariff rate quota—S. 8.3(3) basis for issuance of Chobani permits herein—Minister publishing series of “Notices to Importers” outlining criteria considered in exercising discretionary power to issue permits under EIPA, s. 8.3(3)—Guidelines showing that Minister may issue permits for products already produced in Canada if “unique” production process used, if investment planned—Agro-Farma applying for test permit to import Chobani duty-free, sell it in Greater Toronto Area for three months for “test marketing” purposes—Applicants, other stakeholders learning about Chobani application, writing to Minister arguing Greek yogurt not new product, not manufactured with unique process—At conclusion of meeting with Agro-Farma, representatives of Foreign Affairs and International Trade Canada, Agriculture and Agri-Food Canada satisfied that process meeting requirement in Guidelines for unique process—Power to issue permits in this case discretionary power situated very close to unfettered end of spectrum—In order for Minister’s exercise of discretion to be reasonable, Minister having to consider impact of permit on Supply Management—Any decision to issue permit harming Supply Management in long term unreasonable—Factors to consider including geographic scope, duration of permits, market conditions for relevant products—As there are significant benefits to Supply Management in long term, Minister may consider other government objectives, such as supporting investment in manufacturing policies, when deciding whether to issue permits—Minister’s decision herein reasonable because evidence before Minister suggesting Chobani permits would not harm Supply Management in long term—Applications dismissed.

ULTIMA FOODS INC. V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1931-11, 2012 FC 799, Simpson J., judgment dated June 21, 2012, 44 pp.)

EMPLOYMENT INSURANCE

Judicial review of Umpire’s decision (CUB 76095) allowing Canada Employment Insurance Commission’s appeal from ruling by board of referees allowing applicant’s appeal from Commission’s ruling applicant receiving overpayment of Employment Insurance (EI) maternity benefits—Pursuant to *Employment Insurance Regulations*, SOR/96-332, s. 35(2)(c)(ii), EI benefits reduced by amount of any earnings arising out of employment claimant receiving while in receipt of EI benefits—Regulations, s. 38 creating partial exception: Payments made to claimant because of pregnancy not treated as “earnings” for purpose of s. 35, not reducing EI maternity benefits except to extent payments, EI benefits combined exceeding “normal weekly earnings”—Commission herein deciding combination of EI benefits, salary top-up paid to applicant by employer exceeding “normal weekly earnings”—Commission reducing EI benefits accordingly, resulting in overpayment—Meaning to be given to “normal weekly earnings” under Regulations—Applicant, teacher, arguing since collective agreement governing employment only requiring teachers work for 194 days of school year, salary should be attributed to those days— Commission determining “normal weekly earnings” by dividing annualized salary by 52 weeks of year—Fact collective agreement providing teachers leaving employment during school year entitled to payment calculated on basis of number of days worked, divided by 194 days of school year clear indication teachers not paid for months of July, August—Whether teachers paid their salary in instalments spread over ten months or twelve months not relevant to calculation of “normal weekly earnings”—Application allowed.

CHAULK V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-65-11, 2012 FCA 190, Evans J.A., judgment dated June 22, 2012, 18 pp.)

INCOME TAX

Administration and enforcement—Assessment—Motion to strike judicial review application on basis dealing with matter (i.e. tax assessment) solely within jurisdiction of Tax Court of Canada—At issue in application discretion to assess as described in various Canada Revenue Agency (CRA) policies—Decision to depart from policies not otherwise reviewable, thus subject to

INCOME TAX—Concluded

judicial review—Here, applicant seeking judicial review of decision to reassess on basis contrary to CRA policies in place—Not attacking reassessment itself—Application not bereft of any chance of success—Cases referred to by respondent distinguishable—Motion dismissed.

JP MORGAN ASSET MANAGEMENT (CANADA) INC. v. CANADA (NATIONAL REVENUE) (T-1278-11, 2012 FC 651, Aalto, Case Management Judge, order dated May 28, 2012, 15 pp.)

INCOME CALCULATION*Deductions*

Appeal from Tax Court of Canada decision (2011 TCC 148) dismissing appeal from reassessment disallowing deductions in respect of loan on basis loan capital in nature, in respect of interest on basis amount not previously included in computing appellant's income—Whether appellant entitled to those deductions—*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 18(1)(b) preventing taxpayer from deducting loss of capital, or payments on account of capital, from revenue when calculating profit from business or property—Loss of capital, or payment on account of capital not defined in Act—Case law instructing determination is in each case fact-driven—No single test is controlling—Two exceptions rebutting general presumption shareholder loan advanced on account of capital—First exception relevant herein, i.e. cases where advance or outlay made for income-producing purposes related to taxpayer's own business—Tax Court Judge finding purpose of loan not relating to appellant's income-producing activities, advances in respect of loan were for purpose of, resulted in, appellant acquiring assets of enduring benefit—Judge committing no reviewable error in finding loan capital in nature—Judge alive to evidence relevant to appellant's intention when entering into loan agreement—Articulating correct legal test—As to contention Minister understating amount of deduction appellant entitled to under Act, s. 20(1)(p)(i) by \$156 888, that section requiring taxpayer establish debt has become bad, debt had been included in income for taxation year in question or preceding taxation year—No dispute in present case loan becoming uncollectible—Issue pertaining to Judge's conclusion appellant not presenting sufficient evidence to prove it included \$156 888 of accrued interest in income for period prior to August 1, 1989—Minister assuming appellant only entitled to deduct \$183 336 in interest income as bad debt—This assumption precluding further deduction of \$156 888 in accrued interest income—Appellant adducing evidence to demolish assumption—In present circumstances, no evidence on which to impugn appellant's evidence—Judge thus committing reviewable error in rejecting evidence for reasons he gave—Settlement Agreement combined with appellant's evidence, auditor's concession sufficient to demolish Minister's assumption—Appellant entitled to deduct \$156 888—Appeal allowed in part.

NEWMONT CANADA CORPORATION v. CANADA (A-155-11, 2012 FCA 214, Dawson J.A., judgment dated July 27, 2012, 32 pp.)

LABOUR RELATIONS

Judicial review of decisions of arbitrator for final offer selection not to recuse himself on grounds of reasonable apprehension of bias—Arbitrator appointed under *Restoring Mail Delivery for Canadians Act*, S.C. 2011, c. 17 to choose between final offers of Canada Post, applicant (Union), selected final offer becoming collective agreement—Arbitrator pointed out having been counsel for Canada Post in pay equity dispute (before Canadian Human Rights Tribunal), also active in Conservative Party—Union counsel requested Arbitrator recuse himself, Arbitrator refused—In this case, well-informed person would note Arbitrator acted for Canada Post in important, long-lasting case comparable to one with which Arbitrator now entrusted, possibly raising fears, consciously or unconsciously, Arbitrator could favour Canada Post's position—Well-informed person having thought matter through may think arbitrator, given recent active involvement with Conservative Party, would, consciously or unconsciously, favour position of Canada Post, a corporation having government as only shareholder, required to follow Minister's directives—Application allowed.

CANADIAN UNION OF POSTAL WORKERS v. CANADA POST CORPORATION (T-831-12, 2012 FC 975, Tremblay-Lamer J., judgment dated August 8, 2012, 37 pp.)

PUBLIC SERVICE

LABOUR RELATIONS

Classification—Judicial review of Classification Grievance Committee decision recommending applicant's classification grievance be rejected—Applicant, Environmental Assessment Coordinator, applying to have position re-evaluated, filing grievance following employer's decision to maintain position's overall rating—Arguing two of five factors governing classification level should be upgraded—Committee accepting one of two factors should be upgraded, but going on to determine, without notice to applicant, third factor should be downgraded—Whether procedural fairness breached—First time Court called upon to address issue of whether or not classification committee having to disclose potential downgrade in circumstances where not reasonable for grievor to expect downgrade in play, but where all evidence upon which decision being made disclosed—Requirements of procedural fairness in case at bar requiring Committee: (a) disclose fact considering downgrading factor at issue, (b) afford parties opportunity to make submissions on potential downgrade—While content of duty of fairness in context of classification grievances in federal public service falling "somewhere in the lower zone of the spectrum", even minimal requirements of procedural fairness not respected herein, i.e. fundamental right of individual to know case to be met, to be afforded opportunity to respond to central issues—Important interests at stake in classification grievances, as outcome affecting grievors' remuneration, pensions—Also, allowing grievances to be disposed of based on factors not discussed nor reasonably anticipated as relevant by parties would increase complexity, length of process—Application allowed.

FISCHER V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1132-11, 2012 FC 720, Gleason J., judgment dated June 12, 2012, 16 pp.)

SELECTION PROCESS

Judicial review of Public Service Staffing Tribunal (PSST) decision dismissing abuse of process complaint in appointment process for lack of jurisdiction—While working for Statistics Canada, applicant receiving e-mail from manager at Human Resources and Social Development Canada (HRSDC) indicating willingness to hire him—However, applicant's employment with Statistics Canada terminated before deployment to HRSDC finalized—HRSDC manager subsequently informing applicant of his inability to make formal offer of employment—Applicant filing complaint with PSST—PSST noting that employee's right to make complaint under *Public Service Employment Act*, S.C. 2003, c. 22, ss. 12, 13 (PSEA), s. 77 conditional on appointment or proposed appointment having been made—Since no appointment made herein, PSST not having jurisdiction to consider complaint—Moreover, PSST finding that if staffing transaction indeed contemplated as deployment, not having jurisdiction to consider, dispose of complaint as PSEA, s. 53(1) specifically excluding "deployment" from meaning of "appointment"—Evidence herein pointing to deployment as opposed to appointment process—PSEA, s. 53(1) clear that deployment not appointment within meaning of PSEA—PSST not entitled to consider complaints in relation to deployment—PSST's dismissal of complaint for lack of jurisdiction therefore not in error—PSST not breaching procedural fairness by failing to provide applicant with oral hearing, particularly in light of opinion it did not have jurisdiction to hear complaint—Applicant not automatically entitled to oral hearing in response to complaint—Finally, determination there was no appointment or proposed appointment not unreasonable—Application dismissed.

BOSHRA V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-789-10, 2012 FC 681, Near J., judgment dated June 4, 2012, 17 pp.)

TELECOMMUNICATIONS

Motion for order staying certain decisions, directives, policies made by Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC)—Moving parties arguing these decisions, directives, policies adversely affecting their members by exposing them to greater competition, detrimentally changing subsidies, other payments they receive—Essentially, moving parties seeking stay from Federal Court of Appeal (Court) even though only appeals on merits made to Governor in Council—Governor in Council having, pursuant to *Telecommunications Act*, S.C. 1993, c. 38, power to stay CRTC decisions—Whether Court having any jurisdiction to entertain stay motion in circumstances where only appeal is before Governor in Council—Court indeed having jurisdiction to grant injunctive relief (such as stays) concerning administrative proceedings, decisions, even in circumstances where no proceeding before Court, pursuant to *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 44, 50—However, scope of Court's jurisdiction under these sections unclear—Two predominant views in case law—Court herein subscribing to view its jurisdiction full and plenary—This view maximizing Court's ability to react to unusual circumstances while drawing upon rich case law on adequate alternative remedies to ensure administrative regimes respected, allowed to operate effectively—This view also more

TELECOMMUNICATIONS—Concluded

in accord with normal analytical framework applying in administrative matters—While Court having jurisdiction to entertain motion herein, discretionary bar existing against exercise thereof—Governor in Council adequate, available forum for obtaining remedy sought, moving parties not availing themselves of that forum—Conditions of urgency or emergency sufficient to overcome Court’s view on discretionary bar not demonstrated—Second discretionary bar Court’s ability to refer matter to another body with jurisdiction in circumstances where that body more appropriate or better suited to decide matter—In this case, that body Governor in Council—Motion dismissed.

ASSOCIATION DES COMPAGNIES DE TÉLÉPHONE DU QUÉBEC INC. V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (12-A-23, 2012 FCA 203, Stratas J.A., order dated July 3, 2012, 18 pp.)

VETERANS

Judicial review of Veterans Review and Appeal Board’s decision denying applicant’s application for reconsideration under *Veterans Review and Appeal Board Act*, S.C. 1995, c. 18, s. 32—Under *Pension Act*, R.S.C., 1985, c. P-6, s. 34(3), Minister of Veterans Affairs may award pension to member of Forces in respect of dependent child—*Pension Act*, s. 3 defining “child” as including, *inter alia*, child of common-law partner of Forces’ member—However, under *Pension Act*, s. 43, certain conditions must be satisfied—In particular, child must live with member or maintain or be maintained by member to extent, in Minister’s opinion, at least equal to amount of additional pension—In 2007, applicant applying for additional pension in respect of common-law partner’s son, who at that time, lived with applicant about 114 days per year—Department of Veterans Affairs denying application on ground son residing primarily with father, not living full time with applicant—Denial upheld on ministerial review on ground son [TRANSLATION] “would need to live with [the applicant] full-time or [the applicant would have to] submit proof of [her] legal obligation to provide support on his behalf”—Both review panel, appeal panel deciding departmental refusal herein justified—Given deference owed to Board’s decisions, not appropriate to intervene, reconsideration appeal panel’s conclusion acceptable outcome in respect of facts and law—Board not imposing requirement not in s. 43, by finding only question to answer whether applicant provided sufficient evidence to establish applicant maintaining her partner’s child “on an ongoing, uninterrupted basis”—*Pension Act*, s. 43 expressly providing to be entitled to additional pension, applicant must establish dependent child “lives” with applicant or “maintains or is maintained by” applicant to extent at least equal to amount of additional pension under *Pension Act*, Schedule I—Also quite difficult for Board to presume costs incurred by applicant on annual basis at least equal to additional pension payable under *Pension Act*, Schedule I, in absence of invoices corroborating applicant’s statement—With regard to all evidence in record, reasonable for Board to find that applicant not responsible for paying for child’s basic needs, other than occasionally—Application dismissed.

LAPALME V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1937-11, 2012 FC 820, Martineau J., judgment dated June 27, 2012, 16 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.

ANCIENS COMBATTANTS

Contrôle judiciaire d'une décision du Tribunal des anciens combattants (révision et appel) rejetant une demande de réexamen présentée par la demanderesse en vertu de l'art. 32 de la *Loi sur le Tribunal des anciens combattants (révision et appel)*, L.C. 1995, ch. 18—En vertu de l'art. 34(3) de la *Loi sur les pensions*, L.R.C. (1985), ch. P-6, le ministre des Anciens Combattants peut accorder une pension à un membre des forces à l'égard de tout enfant à charge—L'art. 3 de la *Loi sur les pensions* définit le mot « enfant » comme incluant, entre autres, l'enfant du conjoint de fait d'un membre des forces—Toutefois, aux termes de l'art. 43 de la *Loi sur les pensions*, certaines conditions doivent être remplies—Notamment, l'enfant doit demeurer avec le membre ou, selon le cas, subvenir à ses besoins ou être à sa charge dans une mesure que le ministre estime au moins égale au montant de la pension supplémentaire—En 2007, la demanderesse a demandé une pension supplémentaire à l'égard du fils de sa conjointe, qui demeurait à l'époque avec la demanderesse environ 114 jours par année—Cette demande fut rejetée par le ministère des Anciens Combattants au motif que le fils était domicilié principalement chez son père et ne vivait pas à plein temps chez la demanderesse—Ce refus fut maintenu lors d'une révision ministérielle au motif que le fils « aurait besoin de vivre avec [la demanderesse] à plein temps ou bien, [la demanderesse devrait] soumettre la preuve de [son] obligation légale de fournir le maintien en son nom »—Tant le comité de révision que le comité d'appel du Tribunal ont jugé que le refus ministériel était justifié en l'espèce—Compte tenu de la déférence qu'il faut accorder aux décisions du Tribunal, il n'y avait pas lieu d'intervenir en l'espèce, la conclusion du comité d'appel en réexamen constituant une issue acceptable au regard des faits et du droit—Le Tribunal n'a pas imposé une exigence qui n'est pas prévue à l'art. 43 en concluant que la seule question à répondre était de savoir si la demanderesse a fourni suffisamment de preuves pour établir qu'elle subvenait « d'une façon continue et non intermittente » aux besoins de l'enfant de sa conjointe—L'art. 43 de la *Loi sur les pensions* prévoit expressément que pour avoir droit à une pension supplémentaire, la demanderesse doit établir que l'enfant à charge « demeure » avec elle, ou encore qu'elle « subvient à ses besoins ou est à sa charge » dans une mesure au moins égale au montant de la pension supplémentaire prévue à l'annexe I de la *Loi sur les pensions*—Il était également bien difficile pour le Tribunal de présumer que les frais encourus par la demanderesse sur une base annuelle étaient au moins égaux à la pension supplémentaire payable en vertu de l'annexe I de la *Loi sur les pensions*, en l'absence de factures venant corroborer la déclaration de la demanderesse—Au regard de l'ensemble de la preuve au dossier, le Tribunal pouvait raisonnablement conclure que la demanderesse n'a pas eu pour charge de subvenir aux besoins essentiels de l'enfant, sinon de façon occasionnelle—Demande rejetée.

LAPALME C. CANADA (PROCURÉUR GÉNÉRAL) (T-1937-11, 2012 CF 820, juge Martineau, jugement en date du 27 juin 2012, 16 p.)

ASSURANCE-EMPLOI

Contrôle judiciaire de la décision d'un juge-arbitre (CUB 76095) permettant à la Commission de l'assurance-emploi du Canada d'interjeter appel de la décision d'un conseil arbitral autorisant la demanderesse à appeler de la décision de la Commission selon laquelle la demanderesse a reçu un trop-payé de prestations de maternité de l'assurance-emploi—En vertu de l'art. 35(2)c)(ii) du *Règlement sur l'assurance-emploi*, DORS/96-332, les prestations d'assurance-emploi ont été réduites du montant du revenu

ASSURANCE-EMPLOI—Fin

d'emploi que la demanderesse a obtenu pendant qu'elle touchait des prestations d'assurance-emploi—L'art. 38 du Règlement crée une exception partielle : Les paiements versés au prestataire en raison d'une grossesse ne sont pas considéré comme une « rémunération » aux fins de l'art. 35 et ne viennent pas réduire les prestations de maternité de l'assurance-emploi sauf dans la mesure où les paiements, additionnés aux prestations d'assurance-emploi, excèdent la « rémunération hebdomadaire normale »—La Commission était d'avis que dans le cas présent, les prestations d'assurance-emploi, additionnées à la rémunération complémentaire versée par l'employeur à la demanderesse, excédaient la « rémunération hebdomadaire normale »—La Commission a réduit les prestations d'assurance-emploi en conséquence, ce qui a donné lieu à un trop-payé—Sens à donner à l'expression « rémunération hebdomadaire normale » en vertu du Règlement—La demanderesse, une enseignante, a fait valoir que puisque la convention collective régissant son emploi n'exige des enseignants que 194 jours de travail pendant l'année scolaire, la rémunération devrait être attribuée à ces journées—La Commission a établi la « rémunération hebdomadaire normale » en divisant le salaire annualisé par 52 semaines par année—Le fait que la convention collective prévoit que les enseignants qui quittent leur emploi pendant l'année scolaire ont droit à un paiement calculé selon le nombre de jours travaillés, divisé par 194 jours d'école par année, constitue une indication claire que les enseignants ne touchent aucune rémunération à l'égard des mois de juillet et d'août—Le fait que le salaire des enseignants soit réparti sur dix ou douze mois n'est pas pertinent aux fins du calcul de la « rémunération hebdomadaire normale »—Demande accueillie.

CHAULK C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (A-65-11, 2012 CAF 190, juge Evans, J.C.A., jugement en date du 22 juin 2012, 18 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

STATUT AU CANADA

Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger

Contrôle judiciaire de la décision d'un agent d'immigration suivant laquelle la demande d'asile du demandeur a été déclarée irrecevable aux termes de l'art. 101(1)b) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR)—En 1995, alors que le demandeur avait 11 ans, le père de ce dernier a présenté une demande d'asile au Canada—Le demandeur, sa mère ainsi que ses deux frères étaient inclus dans cette demande à titre d'accompagnateurs—La Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a rejeté cette demande en 1997—En 2011, le demandeur est arrivé au Canada accompagné de son épouse—Ils ont présenté une demande d'asile—La revendication du demandeur a été jugée irrecevable au motif qu'il avait déjà présenté une demande en 1995 et essuyé un refus—Question de savoir si le défendeur a erré dans son interprétation de l'art. 101(1)b) de la LIPR—L'art. 101(1)b) de la LIPR ne distingue pas selon qu'une demande d'asile est fondée sur les mêmes faits qui ont été à l'origine d'un rejet antérieur ou sur des faits différents—Une personne ne pourra demander l'asile à plus d'une reprise, même si les faits allégués au soutien d'une deuxième demande sont différents de ceux qui avaient été invoqués la première fois—En va-t-il de même, cependant, lorsque le demandeur d'asile n'est pas la personne même dont une première demande a été rejetée, mais plutôt le fils ou la fille de la personne dont la demande d'asile a déjà été rejetée?—Il ne fait aucun doute, à la lumière des débats parlementaires qui ont entouré l'adoption de la LIPR, que l'objectif visé par l'art. 101(1)b) de la LIPR était de mettre un terme aux revendications abusives et aux abus qu'avaient fait naître la possibilité de présenter plus d'une demande d'asile—Il est évident que la situation du demandeur ne correspond aucunement, du moins à première vue, au genre d'abus que le législateur tentait d'éradiquer par le biais de l'art. 101(1)b)—L'agent d'immigration a erré en déterminant que la demande d'asile du demandeur était irrecevable du seul fait que la demande d'asile de son père, dans laquelle il était inclus, avait été rejetée en 1997—Question grave de portée générale certifiée—Demande accueillie.

TOBAR TOLEDO C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (IMM-6395-11, 2012 CF 764, juge de Montigny, jugement en date du 15 juin 2012, 14 p.)

DOUANES ET ACCISE

Contrôles judiciaires d'une décision du ministre du Commerce international (le ministre) d'émettre des licences d'importation supplémentaires permettant à Agro-Farma Canada Inc., membre canadien du groupe d'un transformateur de produits laitiers américain, d'importer une certaine quantité de yogourt de style grec de marque Chobani—Le secteur laitier du Canada est assujéti à la gestion de l'offre—Les deux objectifs de la gestion de l'offre sont établis par l'art. 8 de la *Loi sur la Commission*

DOUANES ET ACCISE—Fin

canadienne du lait, L.R.C. (1985), ch. C-15—La gestion de l'offre remplit ces objectifs en établissant des mécanismes de contrôle des prix au Canada, de la quantité de lait produit, de la quantité de produits laitiers importés—L'art. 5 de la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation*, L.R.C. (1985), ch. E-19 (LLEI) autorise la création d'une *liste des marchandises d'importation contrôlée*, C.R.C., ch. 604—Ce yogourt a d'abord été placé sur la *liste des marchandises d'importation contrôlée* en 1988 en vertu de l'art. 5(1*d*) de la LLEI—Le ministre des Affaires étrangères a le pouvoir discrétionnaire d'émettre des licences d'importation supplémentaires à l'égard des biens figurant sur la *liste des marchandises d'importation contrôlée* en vertu de l'art. 8.3(3) de la LLEI—Dans la pratique, ce pouvoir est exercé par le ministre en sa qualité de ministre des Affaires étrangères—L'art. 8.3(3) de la LLEI confère au ministre le pouvoir d'émettre des licences d'importation supplémentaires à l'égard des biens pour lesquels il a établi une « quantité de marchandises bénéficiant du régime d'accès » ou un contingent tarifaire—Dans le cas présent, les licences à l'égard du yogourt Chobani sont émises en application de l'art. 8.3(3)—Le ministre a publié une série d'« avis aux importateurs » énonçant les critères pris en compte au moment d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'émettre des licences en vertu de l'art. 8.3(3) de la LLEI—Selon les lignes directrices, le ministre peut émettre des licences à l'égard des produits déjà produits au Canada si un procédé « unique » a été utilisé et si un investissement est prévu—Agro-Farma a demandé une licence d'essai permettant d'importer du yogourt Chobani à l'abri des taxes et de le vendre dans la grande région de Toronto pendant trois mois à titre d'essai de commercialisation—Les demandeurs, qui sont d'autres parties prenantes ayant eu connaissance de la demande relative au yogourt Chobani, ont écrit au ministre afin de faire valoir que le yogourt grec n'était pas un produit nouveau et qu'il n'était pas fabriqué au moyen d'un procédé unique—À la conclusion de la rencontre avec Agro-Farma, les représentants d'Affaires étrangères et Commerce international Canada et d'Agriculture et Agroalimentaire Canada ont estimé que le procédé était conforme à l'exigence du procédé unique énoncée dans les lignes directrices—Le pouvoir d'émettre des licences, qui est, dans le cas présent, un pouvoir discrétionnaire, est quasi-absolu—Pour que l'exercice de ce pouvoir par le ministre soit raisonnable, le ministre doit tenir compte de l'incidence de la licence sur la gestion de l'offre—Toute décision d'émettre une licence qui nuirait à la gestion de l'offre à long terme serait déraisonnable—Les facteurs à prendre en considération comprennent la portée géographique, la durée des licences et la conjoncture du marché relativement aux produits en question—Comme la gestion de l'offre présente de nombreux avantages à long terme, le ministre peut tenir compte d'autres objectifs gouvernementaux, comme le soutien des investissements dans les politiques relatives à la fabrication, au moment de décider d'émettre ou non une licence—La décision du ministre est raisonnable dans le cas présent parce que la preuve qui lui a été présentée indiquait que les licences ne nuiraient pas à la gestion de l'offre à long terme—Demandes rejetées.

ULTIMA FOODS INC. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1931-11, 2012 CF 799, juge Simpson, jugement en date du 21 juin 2012, 44 p.)

FONCTION PUBLIQUE**PROCESSUS DE SÉLECTION**

Contrôle judiciaire d'une décision du Tribunal de la dotation de la fonction publique (TDFP) de rejeter, pour défaut de compétence, une plainte concernant un abus de pouvoir qui aurait été commis dans le cadre d'un processus de nomination—Pendant qu'il était employé de Statistique Canada, le demandeur a reçu un courriel d'un directeur de Ressources humaines et Développement des compétences Canada (RHDCC) indiquant que ce dernier souhaitait l'embaucher—Toutefois, l'emploi du demandeur à Statistique Canada a pris fin avant que l'entrée en fonction du demandeur à RHDCC ne soit finalisée—Le directeur de RHDCC a par la suite informé le demandeur qu'il n'était pas en mesure de faire une offre d'emploi formelle—Le demandeur a déposé une plainte auprès du TDFP—Le TDFP a fait remarquer que le droit de l'employé de formuler une plainte en vertu de l'article 77 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, art. 12, 13 (LEFP) était subordonné au fait qu'une nomination ou une proposition de nomination a été effectuée—Étant donné qu'aucune nomination n'a été effectuée dans le cas présent, le TDFP n'avait pas compétence pour étudier la plainte—De plus, le TDFP est d'avis que si le poste avait été doté par voie de mutation, il n'aurait pas compétence pour instruire la plainte et statuer sur elle; l'art. 53(1) de la LEFP prévoyant expressément qu'une « mutation » ne constitue pas une « nomination »—La preuve déposée dans le présent dossier indique qu'il s'agissait d'une mutation plutôt que d'un processus de nomination—L'art. 53(1) de la LEFP prévoit clairement qu'une mutation n'est pas une nomination au sens de la LEFP—Le TDFP n'est pas habilité à instruire les plaintes relatives à une mutation—Par conséquent, le TDFP n'a pas commis d'erreur lorsqu'il a rejeté la plainte pour défaut de compétence—Le TDFP n'a pas manqué à l'équité procédurale en refusant d'accorder une audience au demandeur, en particulier compte tenu de l'opinion du demandeur selon laquelle il n'avait pas compétence pour instruire la plainte—Le demandeur n'avait pas automatiquement droit à une

FONCTION PUBLIQUE—Fin

audience dans le cadre de sa plainte—Enfin, la décision selon laquelle il n’y a eu ni nomination, ni proposition de nomination n’est pas déraisonnable—Demande rejetée.

BOSHRA C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-789-10, 2012 CF 681, juge Near, jugement en date du 4 juin 2012, 17 p.)

RELATIONS DU TRAVAIL

Classification—Contrôle judiciaire de la décision du Comité de règlement des griefs de classification recommandant le rejet du grief de classification du demandeur—Le demandeur, coordonnateur des évaluations environnementales, a demandé à ce que son poste soit réévalué et a déposé un grief après que l’employeur eût décidé de maintenir le niveau global du poste—Il a fait valoir que la cote de deux des cinq facteurs déterminant le niveau devrait être haussée d’un degré—Le comité a convenu que la cote de l’un de ces deux facteurs devait effectivement être haussée, mais a poursuivi, sans en aviser le demandeur, que la cote d’un troisième facteur devait être abaissée—Question de savoir s’il y a eu manquement à l’équité procédurale—La présente affaire constitue la première occasion pour la Cour de se prononcer sur la question de savoir si un comité de règlement des griefs de classification doit révéler qu’il envisage un abaissement dans des circonstances où le plaignant ne pouvait pas raisonnablement penser que cette possibilité existait, mais où toutes les preuves sur lesquelles repose la décision ont été divulguées—L’équité procédurale exigeait, dans les circonstances de l’espèce, que le comité révèle : a) qu’il envisageait abaisser le degré attribué au facteur en question; b) donner aux parties l’occasion de présenter des arguments sur cette question—Même si la teneur de l’obligation d’équité, dans le contexte des griefs de classification au sein de la fonction publique fédérale, « se situe du côté d’une moindre exigence », même les exigences minimales de l’équité procédurale n’ont pas été respectées en l’espèce, soit le droit fondamental d’une personne de savoir ce qu’on entend faire valoir contre elle et d’avoir la possibilité de présenter des arguments relativement aux questions essentielles—Des intérêts importants sont en jeu dans les griefs de classification, étant donné que le résultat aura une incidence sur la rémunération et la pension des plaignants—Également, le fait de permettre que des griefs soient tranchés sur la foi de facteurs qui n’ont fait l’objet d’aucune discussion ou dont les parties ne peuvent raisonnablement prévoir qu’ils auront de l’importance augmenterait la complexité et la durée du processus—Demande accueillie.

FISCHER C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1132-11, 2012 CF 720, juge Gleason, jugement en date du 12 juin 2012, 16 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU

Application et exécution—Cotisation—Demande de radiation de la demande de contrôle judiciaire parce que l’affaire concerne des cotisations fiscales, lesquelles relèvent exclusivement de la Cour canadienne de l’impôt—En cause dans la demande : le pouvoir discrétionnaire d’établir une cotisation, comme il est décrit dans plusieurs politiques de l’Agence du revenu du Canada (ARC)—Comme la décision de déroger aux politiques ne peut faire l’objet d’aucun autre recours en révision, elle est susceptible de contrôle judiciaire—Dans le cas présent, le demandeur demande le contrôle judiciaire de la décision d’établir de nouvelles cotisations en faisant valoir que celle-ci est contraire aux politiques de l’ARC qui étaient en vigueur—Les nouvelles cotisations comme telles ne sont pas contestées—La demande n’est pas dépourvue d’aucune chance d’être accueillie—Les décisions citées par l’intimé peuvent être différenciées—Demande rejetée.

JP MORGAN ASSET MANAGEMENT (CANADA) INC. C. CANADA (REVENU NATIONAL) (T-1278-11, 2012 CF 651, M. Aalto, juge responsable de la gestion de l’instance, ordonnance en date du 28 mai 2012, 15 p.)

CALCUL DU REVENU*Déductions*

Appel de la décision de la Cour canadienne de l’impôt (2011 CCI 148) rejetant un appel portant sur des nouvelles cotisations refusant des déductions à l’égard d’un prêt, au motif que le prêt était réputé être un montant de capital, et à l’égard d’intérêts, au motif que le montant n’avait pas été inclus auparavant dans le calcul du revenu de l’appelante—Il s’agissait de savoir si l’appelante avait droit à ces déductions—Aux termes de l’art. 18(1*b*) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, le contribuable ne peut déduire une perte en capital ou des paiements à titre de capital de son revenu lorsqu’il calcule les bénéfices tirés d’une entreprise ou d’un bien—Les pertes de capital ou les paiements à titre de capital ne sont pas définis dans la Loi—La jurisprudence indique que toute décision à cet égard est une question de fait—Il n’y a aucun critère applicable à toutes les

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

décisions—Il y a deux exceptions permettant de réfuter la présomption générale selon laquelle le prêt d'un actionnaire est consenti au titre du capital—La première exception, applicable en l'espèce, est celle où l'avance ou la dépense a été faite dans un but productif de revenu lié à la propre entreprise du contribuable—Le juge de la Cour de l'impôt a conclu que le but du prêt n'était pas lié à des activités productives de revenu du contribuable, que les avances au titre du prêt visaient ou ont fait en sorte que l'appelante a acquis des actifs lui procurant un avantage durable—Le juge n'a pas commis d'erreur susceptible de révision dans sa conclusion que le prêt était, de par sa nature, du capital—Le juge a tenu compte de la preuve portant sur l'intention qu'avait l'appelante lorsqu'elle a conclu le contrat de prêt—Le juge a appliqué le critère juridique approprié—Quant à l'argument selon lequel le ministre a sous-estimé d'un montant de 156 888 \$ la déduction à laquelle avait droit l'appelante aux termes de l'art. 20(1*p*)(i) de la Loi, lequel prévoit que le contribuable doit établir que les créances sont devenues irrécouvrables, les créances en question avaient été comprises dans le calcul du revenu du contribuable pour l'année en question ou pour une année d'imposition antérieure—Le fait que les créances étaient devenues irrécouvrables n'était pas en litige—La question en litige portait sur la conclusion du juge selon laquelle l'appelante n'avait pas présenté une preuve suffisante pour prouver qu'elle avait inclus dans son revenu un montant de 156 888 \$ d'intérêts cumulés pour la période antérieure au 1^{er} août 1989—Le ministre a supposé que l'appelante n'avait droit de déduire à titre de créances irrécouvrables que 183 336 \$ en revenu d'intérêts—Cette hypothèse empêchait une autre déduction de 156 888 \$ en revenus d'intérêts cumulés—L'appelante a produit une preuve pour renverser cette hypothèse—Il n'y avait aucune preuve, en l'espèce, permettant d'attaquer la preuve de l'appelante—Le juge a donc commis une erreur susceptible de révision en rejetant la preuve pour les motifs qu'il a donnés—L'accord de règlement, combiné à la preuve fournie par l'appelante et à l'admission du vérificateur, suffisent à renverser l'hypothèse du ministre—L'appelante a le droit de déduire 156 888 \$—Appel accueilli en partie.

NEWMONT CANADA CORPORATION C. CANADA (A-155-11, 2012 CAF 214, juge Dawson, J.C.A., jugement en date du 27 juillet 2012, 32 p.)

PEUPLES AUTOCHTONES

Contrôle judiciaire de la décision de la défenderesse de nommer un séquestre-administrateur (S-A) pour la demanderesse en raison d'un défaut prétendu de celle-ci aux termes d'une Entente globale de financement—La demanderesse connaissait une crise du logement d'une gravité sans précédent sur la réserve et avait avisé la défenderesse qu'elle n'avait pas les ressources et les capacités nécessaires pour résoudre cette crise—Malgré le fait qu'elle n'ait pas apporté de preuve d'une mauvaise gestion ou de dépenses abusives, la défenderesse a avisé la demanderesse qu'elle était en défaut aux termes de l'Entente globale de financement et nomma un S-A—Bien qu'il y ait eu « défaut » aux termes de l'Entente globale de financement, la solution retenue (nomination d'un S-A) était excessive—La décision de nommer un S-A cadrait mal avec la racine des problèmes d'Attawapiskat et avec les solutions offertes en cas de défaut aux termes de l'Entente globale de financement—La défenderesse a adopté une solution de gestion financière sans envisager des solutions plus raisonnables, plus adaptées ou moins intrusives—La défenderesse a mal compris la nature du problème, en choisissant un instrument financier prenant la forme d'un S-A pour régler ce qui en réalité était un problème opérationnel—Bien que la demanderesse ait eu de la difficulté à enrayer la crise du logement, ce qui lui faisait défaut n'était pas la capacité de gérer ses finances, mais plutôt les moyens matériels nécessaires pour les gérer—Les tribunaux doivent montrer de la retenue à l'égard de la solution choisie par le ministre, et plus précisément à l'égard de sa décision de nommer un S-A, mais, lorsque la solution choisie ne règle pas les problèmes, cette solution n'est pas raisonnable—Demande accueillie.

PREMIÈRE NATION D'ATTAWAPISKAT C. CANADA (AFFAIRES AUTOCHTONES ET DÉVELOPPEMENT DU NORD) (T-2037-11, 2012 CF 948, le juge Phelan, jugement en date du 1^{er} août 2012, 31 p.)

Contrôle judiciaire de la décision de Pêches et Océans Canada (MPO) de délivrer des permis d'aquaculture de poissons à Mainstream Canada et Marine Harvest Canada Inc.—Le nouveau cadre réglementaire du MPO découle directement de la décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (*Morton v. British Columbia (Agriculture and Lands)*, 2009 BCSC 136) selon laquelle le cadre réglementaire provincial régissant l'aquaculture était inconstitutionnel et l'aquaculture de poissons relevait de la compétence exclusive du gouvernement fédéral—La demanderesse, une Première Nation, a allégué que l'abondance et la qualité de ses ressources halieutiques étaient en déclin partiellement à cause de la présence de fermes salmiconoles sur son territoire—Il était question de savoir si le demandeur avait ou non la qualité requise afin de présenter cette demande; si le Canada (MPO) avait l'obligation ou non de consulter le demandeur avant de délivrer les permis en question et, dans l'affirmative, la portée de cette obligation; si les efforts de consultation du MPO ont été raisonnables ou non compte tenu des circonstances—L'intimé, soit le Procureur général, a soutenu que la demande ne pouvait être présentée à titre d'instance par représentation conformément

PEUPLES AUTOCHTONES—Fin

à l'art. 114(1) des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, que par un membre au nom du groupe autochtone prétendant détenir le droit ancestral—La règle 114 ne laisse aucun doute quant à l'intention du législateur—Il s'agit d'une disposition facultative, et non impératrice—Il n'est pas exigé que toutes les actions collectives soient intentées en vertu de cette règle—Une bande indienne est une entité juridique et politique qui peut elle-même ester en justice et être condamnée par jugement—Dans le cas présent, c'est la bande elle-même qui était la demanderesse, et non un représentant agissant en son nom—La demande n'est pas irrémédiablement viciée du seul fait qu'elle n'a pas été déposée par un représentant agissant au nom du demandeur—Quant à l'obligation de consulter, le demandeur a fait valoir que la décision d'émettre des permis pouvait avoir une incidence sur les droits de pêche—Une lecture attentive de la décision rendue dans *Adams Lake Indian Band v. British Columbia (Lieutenant Governor in Council)*, 2011 BCSC 266 et dans *Gitksan v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2002 BCSC 1701 démontre que c'est le caractère incertain des principes d'après lesquels la nouvelle instance dirigeante entend fonctionner qui déclenche l'obligation de consulter de la Couronne—Dans le cas présent, seul le temps dira si la décision *Morton* influera radicalement sur la réglementation de l'aquaculture—Compte tenu de ce recentrage fondamental dans la gestion de l'industrie aquacole, le gouvernement fédéral avait l'obligation de consulter la demanderesse ainsi que toutes les autres Premières Nations présentes dans la région—Le renouvellement d'un permis est également suffisant pour donner lieu à l'obligation de consulter, étant donné que chaque nouveau permis est susceptible de porter atteinte au droit ou titre revendiqué—Toutefois, l'étendue des changements entraînés par le renouvellement constitue un facteur essentiel à prendre en compte au moment d'évaluer l'étendue de l'obligation de consulter—Dans le cas présent, le Canada a fait ce qu'il devait faire dans les circonstances pour préserver l'honneur de la Couronne et favoriser la conciliation des intérêts en jeu—Dans l'ensemble, les consultations menées par le MPO concernant le cadre réglementaire et la délivrance de permis étaient raisonnables—Demande rejetée.

PREMIÈRE NATION KWICKSUTAINÉUK AH-KWA-MISH C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-70-11, 2012 CF 517, juge de Montigny, jugement en date du 3 mai 2012, 56 p.)

Appel d'une décision de la Cour fédérale (2011 CF 361) rejetant la demande de contrôle judiciaire présentée par l'appelant de la décision de l'intimé de transférer la somme de 5 333 334 \$ détenue dans des comptes au nom de l'intimé à un compte d'attente—La décision s'inscrit dans un plus vaste différend découlant de la fusion des bandes Ocean Man et Pheasant Rump avec la bande de l'intimé en 1901, suivie d'une nouvelle division des bandes en 1986—Après la fusion, les terres de réserve d'Ocean Man et de Pheasant Rump ont été vendues, et une partie ou la totalité des produits a servi à acheter des terres (« terres de la frontière Nord ») au nom de la bande fusionnée—La défusion a donné lieu à certaines questions litigieuses, dont la mesure dans laquelle les bandes défusionnées ont droit à une part des revenus pétrogaziers tirés des terres de la frontière Nord, dont l'achat a été partiellement financé par la vente de leurs terres de réserve—En juillet 2009, l'intimé a écrit à l'appelant pour l'aviser qu'une partie des revenus provenant des concessions pétrogazières des terres de la frontière Nord, ainsi que les intérêts payés ou à payer sur ces sommes (les fonds) seraient placés dans un compte d'attente jusqu'à ce que le litige soit résolu—La Cour fédérale a conclu que la Couronne avait le pouvoir de s'acquitter de ses obligations fiduciaires, notamment de placer les fonds dans un compte d'attente—La Cour a conclu que la décision de l'intimé constituait une tentative raisonnable d'assurer un traitement équitable des parties concernées—Il s'agissait de savoir si l'intimé a le droit de transférer des fonds dans un compte d'attente et, le cas échéant, si cette décision est raisonnable—L'intimé ne pouvait pas faire ce qu'il a fait—S'il avait une obligation fiduciaire envers les trois bandes concernant les fonds, il a donc manqué à son obligation d'impartialité à l'égard des bénéficiaires, puisqu'il a donné à l'appelant l'accès au tiers des fonds, tout en refusant l'accès aux deux autres bandes—Si l'intimé n'avait pas d'obligation fiduciaire envers Ocean Man et Pheasant Rump, alors il a manqué à son obligation d'agir dans le seul intérêt de l'appelant, étant donné qu'il avait l'obligation d'éviter les conflits d'intérêts et d'agir sans égard à son propre intérêt—En retenant une partie des fonds de l'appelant, l'intimé a essentiellement utilisé des fonds en fiducie pour se protéger contre d'éventuelles revendications de la part des autres—L'intimé ne pouvait pas mettre de côté des fonds détenus au profit de l'appelant pour en faire bénéficier les deux autres bandes—Ce faisant, l'intimé a manqué à son obligation d'agir dans le seul intérêt de l'appelant, à l'égard des fonds—Le point faible de la position de l'intimé n'est pas qu'il a conservé les fonds en attendant la résolution du litige, mais qu'il l'ait fait unilatéralement, sans droit—L'intimé aurait dû déposer une demande auprès de la Cour fédérale, en attendant la résolution du litige, en vue d'obtenir des directives—Appel accueilli.

PREMIÈRES NATIONS WHITE BEAR C. CANADA (AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN) (A-171-11, 2012 CAF 224, juges Pelletier et Stratas, J.C.A., jugement en date du 27 août 2012, 21 p.)

RELATIONS DU TRAVAIL

Contrôle judiciaire à l'encontre des décisions de l'arbitre des offres finales de ne pas se récuser pour des motifs de crainte raisonnable de partialité—L'arbitre a été choisi en vertu de la *Loi sur le rétablissement de la livraison du courrier aux Canadiens*, L.C. 2011, ch. 17 afin de choisir entre l'offre finale de Postes Canada ou celle du demandeur (le Syndicat) qui deviendra alors la convention collective—L'arbitre a souligné qu'il avait agi en tant que procureur pour Postes Canada dans le dossier d'équité salariale (devant le Tribunal canadien des droits de la personne) et qu'il avait également été actif au sein du Parti conservateur—Les procureurs du Syndicat ont demandé à l'arbitre de se récuser, ce qu'il a refusé de faire—En l'espèce, une personne bien renseignée constaterait que l'arbitre a agi pour Postes Canada dans un dossier d'envergure et de longue durée comparable à celui qui lui est confié, ce qui peut laisser craindre que, consciemment ou inconsciemment, il pourrait favoriser la position de Postes Canada—La personne bien renseignée étudiant la question de façon sérieuse pourrait également penser que consciemment ou inconsciemment, l'arbitre, ayant récemment été impliqué de façon active au sein du Parti conservateur, aurait un préjugé favorable pour la position de Postes Canada, laquelle est tenue de suivre les instructions du ministre et dont l'unique actionnaire est le gouvernement—Demande accueillie.

SYNDICAT DES TRAVAILLEURS ET TRAVAILLEUSES DES POSTES C. SOCIÉTÉ CANADIENNE DES POSTES (T-831-12, 2012 CF 975, juge Tremblay-Lamer, jugement en date du 8 août 2012, 37 p.)

TÉLÉCOMMUNICATIONS

Requête en vue d'obtenir une ordonnance en sursis de certaines décisions, directives et politiques du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC)—Les requérantes soutiennent que ces décisions, directives et politiques nuisent à leurs membres, les exposent à une concurrence accrue et modifient à leur détriment les subventions et les autres paiements qu'ils reçoivent—Les requérantes, en somme, sollicitent un sursis de la Cour d'appel fédérale (Cour), même si les seuls appels au fond ont été interjetés devant le gouverneur en conseil—Le gouverneur en conseil a, aux termes de la *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38, le pouvoir de surseoir à des décisions du CRTC—Il s'agissait de savoir si la Cour a compétence pour entendre une requête en sursis lorsqu'il n'est fait appel d'une décision que devant le gouverneur en conseil—Aux termes des art. 44 et 50 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, la Cour a compétence pour accorder une injonction (tel un sursis) à l'égard de procédures et de décisions administratives, même lorsqu'aucune procédure n'est devant la Cour—Toutefois, l'étendue de la compétence conférée à la Cour par ces dispositions demeure incertaine—Il y a deux thèses prédominantes dans la jurisprudence—La Cour, en l'espèce, adopte la thèse selon laquelle sa compétence est totale et absolue—Cette thèse permet à la Cour de répondre le mieux possible aux situations inusitées tout en faisant appel à l'abondante jurisprudence relative aux recours subsidiaires qui permet d'assurer le respect et l'efficacité des régimes administratifs—Cette thèse s'accorde en outre davantage avec le cadre analytique normalement applicable aux questions administratives—Quoique la Cour ait compétence pour entendre une requête en l'espèce, des restrictions discrétionnaires empêchent la Cour d'exercer sa compétence—Le gouverneur en conseil est un tribunal compétent pour obtenir la réparation demandée, mais les requérantes ne se sont pas adressées à celui-ci—Il n'a pas été démontré qu'une situation urgente justifiait d'écarter l'opinion de la Cour sur la restriction discrétionnaire—La deuxième restriction discrétionnaire tient au pouvoir de la Cour de refuser d'instruire une affaire et de la renvoyer à un autre organisme compétent lorsque celui-ci est mieux placé pour l'instruire—Cet organisme, en l'espèce, est le gouverneur en conseil—Requête rejetée.

ASSOCIATION DES COMPAGNIES DE TÉLÉPHONE DU QUÉBEC INC. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (12-A-23, 2012 CAF 203, juge Stratas, J.C.A., ordonnance en date du 3 juillet 2012, 18 p.)

