



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2007, Vol. 1, Part 1

2007, Vol. 1, 1^{er} fascicule

Cited as [2007] 1 F.C.R., 3-201

Renvoi [2007] 1 R.C.F., 3-201

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF
PATRICIA PRITCHARD, B.A., LL.B.

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

MARTIN W. MASON, Gowling Lafleur Henderson LLP
DOUGLAS H. MATHEW, Thorsteinssons, Tax Lawyers
A. DAVID MORROW, Smart & Biggar
SUZANNE THIBAUDEAU, Q.C./c.r., Heenan Blaikie
LORNE WALDMAN, Jackman, Waldman & Associates

LEGAL EDITORS

RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.
FRANÇOIS BOIVIN, B.Soc.Sc., LL.B.
SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

PRODUCTION STAFF

Production Manager
LAURA VANIER

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Publications Specialist
DIANE DESFORGES

Production Coordinator
LISE LEPAGE-PELLETIER

Editorial Assistant
PIERRE LANDRIAULT

ARRÊTISTES

RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.
FRANÇOIS BOIVIN, B.Sc.Soc., LL.B.
SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication
LAURA VANIER

Préposées à la recherche et à la documentation
juridiques

LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Spécialiste des publications
DIANE DESFORGES

Coordonnatrice, production
LISE LEPAGE-PELLETIER

Adjoint à l'édition
PIERRE LANDRIAULT

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.

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

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2007.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2007.

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

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

Requests for permission to reproduce these elements of the Federal Courts Reports should be directed to: Editor, Federal Courts Reports, Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Canada, K1A 1E3, telephone 613-992-2899.

Les demandes de permission de reproduire ces éléments du Recueil doivent être adressées à : L'arrêtiſte en chef, Recueil des décisions des Cours fédérales, Bureau du commissaire à la magistrature fédérale, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Canada) K1A 1E3, téléphone 613-992-2899.

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 Communication Canada — Publishing, Ottawa, Canada, K1A 0S9, telephone 613-956-4800 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: Laura Vanier, Production Manager, Federal Courts Reports, 99 Metcalfe Street, Ottawa, 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://www.fja.gc.ca>

CONTENTS

Digests	D-1
Appeals Noted	I
Benitez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.)	107

Citizenship and Immigration—Immigration Practice—Judicial review of decision by Chairperson of Immigration and Refugee Board to issue Guideline 7 under *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 159(1)(h)—Guideline 7 setting out standard order for questioning of refugee claimants, basis and procedure for varying order of proceeding—Whether procedure mandated by Guideline 7 contrary to natural justice—Natural justice not requiring counsel for refugee claimant be provided with opportunity to question claimant first in order for claimant to have meaningful opportunity to present case fully—Discretion of Board members to determine procedure to be followed in refugee proceedings not fettered by implementation of Guideline 7—Guideline not operating as mandatory rule, not outside Chairperson’s authority—Applications dismissed.

Continued on next page

Les demandes de renseignements au sujet du contenu du Recueil des décisions des Cours fédérales doivent être adressées à l'arrétiste 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 Communication Canada — Édition, Ottawa (Canada) K1A 0S9, téléphone 613-956-4800 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 : Laura Vanier, Gestionnaire, production et publication, Recueil des décisions des Cours fédérales, 99, rue Metcalfe, Ottawa (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://www.cmf.gc.ca>

SOMMAIRE

Fiches analytiques	F-1
Appels notés	I
Benitez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (C.F.)	107

Citoyenneté et Immigration—Pratique en matière d'immigration—Contrôle judiciaire d'une décision du président de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR) d'adopter les Directives n° 7 en application de l'art. 159(1)(h) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*—Les Directives n° 7 imposent un ordre normalisé d'interrogatoire des demandeurs d'asile ainsi que la façon et la procédure applicables pour modifier l'ordre de procéder—Il s'agissait de savoir si la procédure imposée par les Directives n° 7 était contraire aux principes de justice naturelle—La justice naturelle n'exige pas que le procureur d'un demandeur d'asile interroge d'abord son client pour que celui-ci ait une possibilité valable de présenter complètement sa cause—Le pouvoir discrétionnaire des commissaires de la CISR de déterminer la procédure à suivre dans le cadre de procédures de détermination du statut de réfugié n'a pas été entravé par l'application des Directives n° 7—Les directives ne constituent pas des règles contraignantes et elles n'outrepassent pas le pouvoir du président—Demandes rejetées.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Administrative Law—Judicial Review—Grounds of Review—Procedural fairness—Whether order of questioning implemented by Immigration and Refugee Board under Guideline 7 inconsistent with natural justice—In case law prior to *Thamotharem v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, “reverse order questioning” alone not found to deny procedural fairness—Administrative tribunals free, within reason, to determine own procedures as “masters in their own house” with respect to internal administrative procedures—Factors to be considered in determining whether common-law duty of fairness met by procedures in question discussed by S.C.C. in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*—Reasonable apprehension of institutional bias not arising merely because Board members conduct questioning of refugee claimants in absence of refugee protection officer, in advance of claimants’ counsel—Question of bias to be raised on case-by-case basis—Application of Guideline 7 not fettering discretion of Board members.

Practice—Waiver—When must objection to use by Immigration and Refugee Board of Guideline 7 be raised?—Case law on general principles of waiver reviewed—Waiver to be effective must be made freely, with full knowledge of all facts relevant to decision to waive or not—Applicant must raise allegation of bias, other violation of natural justice before tribunal at earliest practical opportunity, when applicant aware of relevant information, reasonable to expect him to raise objection—Failure to object at hearing must be taken as implied waiver of perceived unfairness resulting from application of Guideline itself—Waiver will not be implied where party against whom claimed made objection to procedure before, during hearing.

Constitutional law—Charter of Rights—Life, Liberty and Security—Whether order of questioning mandated by Immigration and Refugee Board’s Guideline 7 contrary to *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 7—Charter protecting personal security interest of Convention refugee

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Droit administratif—Contrôle judiciaire—Motifs—Équité procédurale—Il s’agissait de savoir si l’ordre des interrogatoires adopté par la Commission de l’immigration et du statut de réfugié en vertu des Directives n° 7 était contraire à la justice naturelle—Dans les décisions rendues avant *Thamotharem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, on a conclu que l’« ordre inverse des interrogatoires » à lui seul ne privait pas un demandeur d’asile du droit à l’équité procédurale—Les tribunaux administratifs sont libres, dans une mesure raisonnable, d’établir leurs propres procédures étant donné qu’ils sont « maîtres chez eux » pour ce qui a trait aux procédures administratives internes— Les facteurs dont il faut tenir compte pour décider si l’obligation d’équité prévue par la common law a été respectée par les procédures en question ont été examinés par la C.S.C. dans *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*—Une crainte raisonnable de partialité institutionnelle n’existe pas simplement parce que les commissaires interrogent les demandeurs d’asile en l’absence d’un agent de protection des réfugiés ou avant le procureur du demandeur d’asile—La question de la partialité doit être traitée au cas par cas—L’application des Directives n° 7 n’entravait pas le pouvoir discrétionnaire des commissaires.

Pratique—Renonciation—À quel moment faut-il s’opposer à l’utilisation des Directives n° 7 par la Commission de l’immigration et du statut de réfugié?—Examen de la jurisprudence sur les principes généraux de la renonciation—Pour être valable, toute renonciation doit être faite librement et en pleine connaissance de tous les faits concernant la décision de renoncer ou non—Un demandeur doit soulever une allégation de partialité ou tout autre manquement à la justice naturelle devant le tribunal à la première occasion qui lui est donnée, lorsqu’il est informé des renseignements pertinents et qu’il est raisonnable de s’attendre à ce qu’il soulève une objection—Le fait de ne pas s’opposer au cours de l’audience doit être considéré comme une renonciation implicite à invoquer toute crainte d’iniquité résultant de l’application des Directives elles-mêmes—La renonciation ne peut être implicite lorsque la partie contre laquelle elle est invoquée a soulevé une objection à la procédure avant l’audience ou au cours de celle-ci.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Vie, liberté et sécurité—Il s’agissait de savoir si l’ordre des interrogatoires imposé par les Directives n° 7 de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié était contraire à l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*—La Charte protège

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

status claimants—Claimants entitled to fundamental justice in determination of status—“Fundamental justice” in Charter, s. 7 broader than administrative law concept of natural justice, encompassing substantive as well as procedural elements—Present case concerning classic administrative law issues that may be determined under principles of natural justice, fairness without invoking Charter—Not necessary for Court to determine scope, effect of fundamental justice under s. 7 with regard to application of Guideline.

Constitutional Law—Charter of Rights—Equality Rights—Whether order of questioning mandated by Immigration and Refugee Board’s Guideline 7 infringing applicants’ right to equality under Charter, s. 15—Insufficient factual basis to decide whether claimants in refugee determination proceedings discriminated against through implementation of Guideline 7.

Châteauneuf v. Canada (F.C.) 23

Practice—Class Actions—Agreements respecting fees and disbursements between representative plaintiff, solicitor—Such agreements to be approved by Court, but *Federal Court Rules, 1998*, previous judgments silent re: factors to consider on motion for approval—Case law from Quebec, Ontario, British Columbia reviewed, applied—Whether fees agreement reasonable in light of circumstances, efforts devoted to case—Relevant factors to consider—Motion allowed.

James Richardson International Ltd. v. Canada (F.C.A.) 83

Administrative Law—Judicial Review—Grounds of Review—Appeal, cross-appeal from Federal Court decision setting aside order of Canadian Grain Commission (CGC) temporarily suspending respondent grain terminal operator’s licence for breach of *Canada Grain Act (Act)*, s. 70—During employee

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

les intérêts relatifs à la sécurité des personnes qui revendiquent le statut de réfugié au sens de la Convention—Les demandeurs d’asile ont droit à ce que leur statut soit déterminé selon les principes de justice fondamentale—La « justice fondamentale » au sens où cette expression est utilisée à l’art. 7 de la Charte est un concept plus large que celui de justice naturelle en droit administratif qui englobe des éléments de fond tout autant que des éléments procéduraux—Cette affaire concernait des questions classiques de droit administratif qui pouvaient être tranchées en vertu des principes de justice naturelle et d’équité sans qu’il fût besoin d’invoquer la Charte—Il n’était pas nécessaire que la Cour détermine la portée et l’effet de la justice fondamentale garantie par l’art. 7 au regard de l’application des Directives.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Droits à l’égalité—Il s’agissait de savoir si l’ordre des interrogatoires imposé par les Directives n° 7 de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié portait atteinte aux droits à l’égalité garantis par l’art. 15 de la Charte—Il n’y avait pas de fondement factuel suffisant pour décider si les demandeurs d’asile dans les instances visant à déterminer le statut de réfugié faisaient l’objet de discrimination du fait de l’application des Directives n° 7.

Châteauneuf c. Canada (C.F.) 23

Pratique—Recours collectifs—Conventions relatives aux honoraires et aux débours entre le représentant de la partie demanderesse et ses procureurs—Ces conventions devaient être approuvées par la Cour, mais les *Règles de la Cour fédérale (1998)* et la jurisprudence antérieure étaient silencieuses quant aux facteurs à considérer dans le cadre d’une requête visant l’approbation d’une convention d’honoraires—La jurisprudence du Québec, de l’Ontario et de la Colombie-Britannique a été examinée et appliquée—Il s’agissait de savoir si la convention d’honoraires était raisonnable compte tenu des circonstances et des efforts consacrés au dossier—Facteurs pertinents à examiner—Requête accueillie.

James Richardson International Ltd. c. Canada (C.A.F.) 83

Droit administratif—Contrôle judiciaire—Motifs—Appel et appel incident d’une décision de la Cour fédérale annulant une ordonnance de la Commission canadienne des grains (CCG) dans laquelle cette dernière a imposé une suspension temporaire de la licence d’exploitant de terminal de l’intimé

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

lockout, respondent requesting official weighing, inspection services from CGC as required by s. 70 but CGC refusing to cross picket line or grant exemption therefrom—Applications Judge finding CGC breaching procedural fairness since respondent denied full disclosure of case to be met—Applications Judge correctly finding that commissioners may have consulted with, received *ex parte* information from CGC senior officials not disclosed to respondent—However, Judge erring when denying respondent declaration that CGC breached Act, ss. 30(1)(a), 117 by refusing to complete official grain inspection or grant exemption.

Labour Relations—Appeal, cross-appeal from Federal Court decision setting aside order of Canadian Grain Commission (CGC) temporarily suspending respondent grain terminal operator’s licence for breach of *Canada Grain Act* (Act), s. 70—Whether CGC entitled to refuse to have inspectors cross picket line, complete statutorily required inspection on basis of safety considerations—CGC governed by *Canada Labour Code*, Part II (CLC)—CLC, s. 122(1) defining “danger”—No evidence inspectors personally refused to cross picket line or had reasonable cause to believe danger present when respondent requesting services therefrom—CGC breaching statutory obligations under *Canada Grain Act*, ss. 30(1)(a), 117.

Practice—Variation of Time—Appeal, cross-appeal from Federal Court decision setting aside order of Canadian Grain Commission (CGC) temporarily suspending respondent grain terminal operator’s licence for breach of *Canada Grain Act*, s. 70—*Federal Courts Act*, s. 18.1(2) imposing 30-day time limit to bring application for judicial review—Case law establishing all relevant factors to be considered by judge in exercising discretion to grant extension of time—Applications Judge misapplying law since only considering absence of evidence of continuing intention to bring application—Upon consideration of all relevant factors, lack of prejudice to CGC, importance of establishing certainty in CGC’s conduct during

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

pour manquement à l’art. 70 de la *Loi sur les grains du Canada* (la Loi)—Pendant un lock-out, l’intimée a demandé des services officiels de pesée et d’inspection à la CCG conformément à l’art. 70, mais cette dernière a refusé de franchir la ligne de piquetage ou d’accorder une exemption à l’égard des exigences de pesée et d’inspection—La juge de première instance a statué que la CCG avait manqué à l’équité procédurale parce que l’intimée s’était vu refuser la divulgation complète du dossier à réfuter—La juge de première instance a conclu avec raison que les commissaires avaient pu consulter des hauts fonctionnaires de la CCG et reçu de ces derniers des renseignements *ex parte* qui n’avaient pas été communiqués à l’intimée—Cependant, la juge a commis une erreur lorsqu’elle a omis de prononcer un jugement déclaratoire portant que la CCG avait enfreint les art. 30(1)a) et 117 de la Loi lorsqu’elle a refusé de procéder à l’inspection officielle du grain ou d’accorder une exemption.

Relations du travail—Appel et appel incident d’une décision de la Cour fédérale annulant une ordonnance de la Commission canadienne des grains (CCG) dans laquelle cette dernière a imposé une suspension temporaire de la licence d’exploitant de terminal de l’intimée pour manquement à l’art. 70 de la *Loi sur les grains du Canada* (la Loi)—Il s’agissait de savoir si la CCG avait le droit de refuser que ses inspecteurs franchissent la ligne de piquetage et procèdent à l’inspection prévue par la Loi pour des motifs de sécurité—La CCG est régie par la partie II du Code canadien du travail (CCT)—Le mot « danger » est défini à l’art. 122(1) du CCT—Rien ne prouvait qu’un inspecteur avait personnellement refusé de franchir la ligne de piquetage ou qu’il avait un motif raisonnable de croire en l’existence d’une situation qui constituerait un danger lorsque l’intimée a demandé ses services—La CCG a manqué aux obligations légales prévues aux art. 30(1)a) et 117 de la *Loi sur les grains du Canada*.

Pratique—Modification des délais—Appel et appel incident d’une décision de la Cour fédérale annulant une ordonnance de la Commission canadienne des grains (CCG) dans laquelle cette dernière a imposé une suspension temporaire de la licence d’exploitant de terminal de l’intimée pour manquement à l’art. 70 de la *Loi sur les grains du Canada*—L’art. 18.1(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* impose un délai de 30 jours pour présenter une demande de contrôle judiciaire—La jurisprudence fait état de tous les facteurs pertinents qu’un juge doit prendre en considération dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire de proroger le délai—La juge de première instance a appliqué erronément un principe de droit

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

labour disputes paramount considerations in exercise of discretion herein.

Practice—Mootness—Appeal, cross-appeal of Federal Court decision setting aside order of Canadian Grain Commission (CGC) temporarily suspending respondent grain terminal operator's licence for breach of *Canada Grain Act*, s. 70—Not necessary to remit matter of respondent's breach of s. 70 to new commissioners since respondent justified in unloading grain, penalty prescribed by CGC's order carried out—Matter moot when rights of parties not materially affected or advanced by redetermination, rehearing.

Royal Winnipeg Ballet v. M.N.R. (F.C.A.) 35

Employment Law—Appeal from Tax Court of Canada decision that certain dancers engaged by Royal Winnipeg Ballet (RWB) employees, not independent contractors—Legal relationship between RWB, dancers determined, governed by seasonal Canadian Ballet Agreement, umbrella agreement between Canadian Actors' Equity Association (CAEA), RWB—CAEA, dancers, RWB agreeing dancers covered by Agreement independent contractors—Not written agreement characterizing legal relationship—Principles of law established by case law on whether employee, independent contractor reviewed, applied—*Wiebe Door Services Ltd. v. M.N.R.* setting out list of factors to be considered in determining individual's status—Tax Court of Canada erring when concluding not necessary to consider parties' intention in determining legal nature of contract—Should have considered factors, particularly control factor, established by case law in determination—While RWB's control over dancers' work extensive in present case, no more than needed to stage series of ballets in given season—Parties' common understanding of legal relationship supported by contractual terms, facts.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

parce qu'elle a seulement pris en considération l'absence de preuve d'une intention constante de présenter une demande—Compte tenu de tous les facteurs pertinents, il convenait d'accorder une attention primordiale à l'absence de préjudice envers la CCG ainsi qu'à la nécessité d'établir avec certitude la conduite de cette dernière lors d'un conflit de travail dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire en l'espèce.

Pratique—Caractère théorique—Appel et appel incident d'une décision de la Cour fédérale annulant une ordonnance de la Commission canadienne des grains (CCG) dans laquelle cette dernière a imposé une suspension temporaire de la licence d'exploitant de terminal de l'intimée pour manquement à l'art. 70 de la *Loi sur les grains du Canada*—Étant donné que l'intimée était justifiée de décharger le grain et que la pénalité prévue par l'ordonnance de la CCG avait été purgée, il n'y avait pas lieu de renvoyer l'affaire de l'infraction de l'intimée à l'art. 70 à de nouveaux commissaires—La question est théorique lorsqu'une nouvelle décision ou une nouvelle audience n'a pas d'effet positif ou négatif marqué sur les droits des parties.

Royal Winnipeg Ballet c. M.R.N. (C.A.F.) 35

Droit de l'emploi—Appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt selon laquelle certains danseurs employés par le Royal Winnipeg Ballet (RWB) étaient des employés et non des entrepreneurs indépendants—Les rapports juridiques entre le RWB et les danseurs étaient régis par le Canadian Ballet Agreement en vigueur pendant la saison considérée; il s'agissait de l'accord-cadre auquel étaient parties la Canadian Actors' Equity Association (CAEA) et le RWB—La CAEA, les danseurs et le RWB avaient convenu que les danseurs visés par cet accord étaient des entrepreneurs indépendants—Il n'y avait pas de document contractuel qualifiant la nature des rapports juridiques—Les principes de droit énoncés dans la jurisprudence sur le statut d'employé ou d'entrepreneur indépendant ont été examinés et appliqués—L'arrêt *Wiebe Door Services Ltd. c. M.R.N.* établit la liste des facteurs à prendre en compte pour déterminer le statut d'une personne—La Cour canadienne de l'impôt a conclu à tort qu'il n'était pas nécessaire de tenir compte de l'intention des parties pour statuer sur la nature juridique du contrat—La Cour aurait dû tenir compte dans sa décision des facteurs énoncés dans la jurisprudence, et notamment du contrôle exercé—Le RWB exerçait en l'espèce un contrôle étroit sur le travail des danseurs, mais ce contrôle ne dépassait pas ce qu'exigeait la présentation d'une série de ballets pendant une saison de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Employment Insurance—Appeal from Tax Court of Canada decision that specific dancers engaged by Royal Winnipeg Ballet (RWB) employees, not independent contractors—Determination of dancers’ status having important implications for purposes of *Employment Insurance Act* (EIA), *Canada Pension Plan* (CPP)—Tax Court’s finding meant work of dancers constituting insurable employment under EIA, not entitled to tax relief for certain expenses usually incurred by dancers—Uncontradicted evidence establishing RWB, Canadian Actors’ Equity Association, dancers all believing dancers self-employed, acted accordingly—Dancers therefore independent contractors.

Contracts—Appeal from Tax Court of Canada decision that specific dancers engaged by Royal Winnipeg Ballet employees, not independent contractors—Freedom of contract constituting fundamental principle of common law of contracts—Principles of law of contracts stated in *Civil Code of Québec* (Arts. 1425, 1426) also present in common law—Common intention of parties sought in interpretation of contract—Evidence of parties’ understanding of contract must always be examined, given appropriate weight, but parties’ declaration as to legal character of contract not determinative—Terms of contract must reflect parties’ legal relationship in factual context.

Sheriff v. Canada (Attorney General) (F.C.A.) . . . 3

Bankruptcy—Appeal from dismissal by Federal Court of application for judicial review of decisions by Superintendent of Bankruptcy in disciplinary proceedings against appellant trustees in bankruptcy—Superintendent of Bankruptcy finding appellants guilty of professional misconduct—Although failure to disclose other trustee’s report re: misconduct of appellants’ former employee constituting breach of duty to disclose all relevant information available to senior disciplinary analyst, disclosure of that information not changing result of

SOMMAIRE (Suite)

spectacles—La façon dont les parties interprétaient la nature de leur relation juridique était étayée par les clauses contractuelles et les faits.

Assurance-emploi—Appel d’une décision de la Cour canadienne de l’impôt selon laquelle certains danseurs employés par le Royal Winnipeg Ballet (RWB) étaient des employés et non des entrepreneurs indépendants—Aux fins de la *Loi sur l’assurance-emploi* (LAE) et du *Régime de pensions du Canada* (RPC), le statut des danseurs avait d’importantes répercussions—Il ressortait de la conclusion de la Cour canadienne de l’impôt que le travail des danseurs constituait un emploi assurable aux termes de la *Loi sur l’assurance-emploi* et que les danseurs n’avaient pas le droit de déduire certains frais qu’ils acquittaient habituellement—Rien ne contredisait la preuve selon laquelle le RWB, la Canadian Actors’ Equity Association et les danseurs croyaient que les danseurs étaient des entrepreneurs indépendants et agissaient en conséquence—Les danseurs étaient donc des entrepreneurs indépendants.

Contrats—Appel d’une décision de la Cour canadienne de l’impôt selon laquelle certains danseurs employés par le Royal Winnipeg Ballet étaient des employés et non des entrepreneurs indépendants—La liberté contractuelle est un principe fondamental du droit des contrats en common law—Les principes du droit des contrats sont énoncés dans le *Code civil du Québec* (art. 1425, 1426) et se retrouvent également en common law—Pour interpréter un contrat, il faut rechercher l’intention commune des parties—Il faut toujours examiner les éléments de preuve qui reflètent la façon dont les parties ont compris leur contrat et leur accorder une force probante appropriée, mais les affirmations que font les parties quant à la nature juridique de leur contrat ne sont pas concluantes—Les modalités du contrat, examinées dans le contexte factuel approprié, doivent refléter la relation juridique des parties.

Sheriff c. Canada (Procureur général) (C.A.F.) . . . 3

Faillite—Appel du rejet, par la Cour fédérale, d’une demande de contrôle judiciaire de décisions rendues par le surintendant des faillites dans le cadre de procédures disciplinaires engagées contre les appelants, des syndics de faillite—Le surintendant des faillites a déclaré que les appelants étaient coupables d’inconduite professionnelle—Bien que la non-communication du rapport d’un syndic portant sur l’inconduite de l’employée des appelants constituait un manquement à l’obligation de l’analyste principale de communiquer tous les

CONTENTS (Concluded)

proceeding—Appeal dismissed.

Evidence—Duty of disclosure—Appellants trustees in bankruptcy subject of disciplinary proceedings—Arguing applications Judge failed to recognize senior disciplinary analyst not making proper, timely disclosure—In case at bar, loss of livelihood, damage to professional reputation of appellants at stake—Such circumstances (i.e. disciplinary proceedings giving rise to sanctions) warranting exception from rule *R. v. Stinchcombe* disclosure principles in criminal context not applicable in administrative context.

Administrative Law—Judicial Review—Grounds of Review—Reasonable apprehension of bias—Fact same person having statutory power to investigate, adjudicate not creating reasonable apprehension of bias as long as that person not both prosecuting, participating in adjudicating case.

SOMMAIRE (Fin)

renseignements pertinents à sa disposition, la communication de ces renseignements n'aurait pas changé le résultat de la procédure—Appel rejeté.

Preuve—Obligation de communication—Les appelants, des syndics de faillite, étaient visés par des procédures disciplinaires—Les appelants soutenaient que le juge des demandes n'a pas tenu compte du fait que l'analyste principale n'avait pas communiqué des renseignements dans les règles et en temps opportun—En l'espèce, la perte des moyens d'existence et de la réputation professionnelle des appelants était en jeu—Ces circonstances (c.-à-d. des mesures disciplinaires donnant lieu à des sanctions) justifiaient une exception à la règle formulée dans *R. c. Stinchcombe* selon laquelle les principes de communication assignés en droit pénal ne s'appliquent pas dans le contexte administratif.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—Motifs—Crainte raisonnable de partialité—Le fait qu'une loi confère à la même personne les pouvoirs d'enquêter et de prononcer sur des allégations ne suffit pas à faire naître une crainte raisonnable de partialité, pour autant que cette personne ne remplisse pas à la fois les fonctions de poursuite et juridictionnelle.

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

Desrochers v. Canada (Industry), [2005] 4 F.C.R. 3 (F.C.), has been reversed in part on appeal (A-451-05, 2006 FCA 374). The reasons for judgment handed down 17/11/06, will be published in the *Federal Courts Reports*.

SUPREME COURT OF CANADA

Applications for Leave to Appeal

Canada v. Roitman, A-535-05, 2006 FCA 266, Décary J.A., judgment dated 27/7/06, leave to appeal to S.C.C. refused 7/12/06.

Ellingson v. M.N.R., A-376-05, 2006 FCA 202, Malone J.A., judgment dated 30/5/06, leave to appeal to S.C.C. refused 14/12/06.

Scheuneman v. Canada (Attorney General), A-484-04, 2006 FCA 181, Linden J.A., judgment dated 16/5/06, leave to appeal to S.C.C. refused 14/12/06.

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Desrochers c. Canada (Industrie)*, [2005] 4 R.C.F. 3 (C.F.), a été infirmée en partie en appel (A-451-05, 2006 CAF 374). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 17-11-06, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

COUR SUPRÊME DU CANADA

Demandes d'autorisation de pourvoi

Canada c. Roitman, A-535-05, 2006 CAF 266, le juge Décary, J.C.A., jugement en date du 27-7-06, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 7-12-06.

Ellingson c. M.R.N., A-376-05, 2006 CAF 202, le juge Malone, J.C.A., jugement en date du 30-5-06, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 14-12-06.

Scheuneman c. Canada (Procureur général), A-484-04, 2006 CAF 181, le juge Linden, J.C.A., jugement en date du 16-5-06, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 14-12-06.

ERRATUM

Appeals Noted, Federal Court of Appeal, [2006] 4 F.C.R., Part 2, at page I, and [2006] 4 F.C.R., Part 3, at page xi, have been amended so that the text following “*Redeemer Foundation v. M.N.R.*, [2006] 1 F.C.R. 416 (F.C.)” now reads: “has been reversed on appeal (A-551-05, 2006 FCA 325). The reasons for judgment handed down 10/10/06 will be published in the *Federal Courts Reports*.”

ERRATUM

Les appels notés, Cour d’appel fédérale, [2006] 4 R.C.F., 2^e fascicule, à la page I, et [2006] 4 R.C.F., 3^e fascicule, à la page xi, ont été modifiés de façon à ce que le texte qui suit « La décision *Redeemer Foundation c. M.N.R.*, [2006] 1 R.C.F. 416 (C.F.) » se lise comme suit : « a été infirmée en appel (A-551-05, 2006 CAF 325). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 10-10-06, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales* ».

ISSN 1714-3713 (print/imprimé)
ISSN 1714-373X (online/en ligne)

**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2007, Vol. 1, Part 1

2007, Vol. 1, 1^{er} fascicule

A-114-05
2006 FCA 139

A-114-05
2006 CAF 139

Todd Y. Sheriff, holder of a trustee license and Segal & Partners Inc., holder of a corporate trustee license
(*Appellants*)

Todd Y. Sheriff, personne physique titulaire d'une licence de syndic et Segal & Partners Inc., personne morale titulaire d'une licence de syndic
(*appelants*)

v.

c.

Attorney General of Canada (*Respondent*)

Le procureur général du Canada (*intimé*)

INDEXED AS: SHERIFF v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)
(*F.C.A.*)

RÉPERTORIÉ : SHERIFF c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)
(*C.A.F.*)

Federal Court of Appeal, Décary, Evans and Malone
J.J.A.—Toronto, March 8; Ottawa, April 18, 2006.

Cour d'appel fédérale, juges Décary, Evans et Malone,
J.C.A.—Toronto, 8 mars; Ottawa, 18 avril 2006.

Bankruptcy — Appeal from dismissal by Federal Court of application for judicial review of decisions by Superintendent of Bankruptcy in disciplinary proceedings against appellant trustees in bankruptcy — Superintendent of Bankruptcy finding appellants guilty of professional misconduct — Although failure to disclose other trustee's report re: misconduct of appellants' former employee constituting breach of duty to disclose all relevant information available to senior disciplinary analyst, disclosure of that information not changing result of proceeding — Appeal dismissed.

Faillite — Appel du rejet, par la Cour fédérale, d'une demande de contrôle judiciaire de décisions rendues par le surintendant des faillites dans le cadre de procédures disciplinaires engagées contre les appelants, des syndics de faillite — Le surintendant des faillites a déclaré que les appelants étaient coupables d'inconduite professionnelle — Bien que la non-communication du rapport d'un autre syndic portant sur l'inconduite de l'ex-employée des appelants constituait un manquement à l'obligation de l'analyste principale de communiquer tous les renseignements pertinents à sa disposition, la communication de ces renseignements n'aurait pas changé le résultat de la procédure — Appel rejeté.

Evidence — Duty of disclosure — Appellants trustees in bankruptcy subject of disciplinary proceedings — Arguing applications Judge failed to recognize senior disciplinary analyst not making proper, timely disclosure — In case at bar, loss of livelihood, damage to professional reputation of appellants at stake — Such circumstances (i.e. disciplinary proceedings giving rise to sanctions) warranting exception from rule R. v. Stinchcombe disclosure principles in criminal context not applicable in administrative context.

Preuve — Obligation de communication — Les appelants, des syndics de faillite, étaient visés par des procédures disciplinaires — Les appelants soutenaient que le juge des demandes n'a pas tenu compte du fait que l'analyste principale n'avait pas communiqué des renseignements dans les règles et en temps opportun — En l'espèce, la perte des moyens d'existence et de la réputation professionnelle des appelants était en jeu — Ces circonstances (c.-à-d. des mesures disciplinaires donnant lieu à des sanctions) justifiaient une exception à la règle formulée dans R. c. Stinchcombe selon laquelle les principes de communication assignés en droit pénal ne s'appliquent pas dans le contexte administratif.

Administrative Law — Judicial Review — Grounds of Review — Reasonable apprehension of bias — Fact same person having statutory power to investigate, adjudicate not creating reasonable apprehension of bias as long as that person not both prosecuting, participating in adjudicating case.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Motifs — Crainte raisonnable de partialité — Le fait qu'une loi confère à la même personne les pouvoirs d'enquêter et de prononcer sur des allégations ne suffit pas à faire naître une crainte raisonnable de partialité, pour autant que cette personne ne remplisse pas à la fois les fonctions de poursuite et juridictionnelle.

This was an appeal from the dismissal by the Federal Court of an application for judicial review of three decisions of the Superintendent of Bankruptcy concerning disciplinary proceedings taken against the appellants, licensed trustees in bankruptcy. As a result of a complaint by a creditor, an investigation was undertaken and two reports were prepared by a senior disciplinary analyst (SDA). The reports identified deficiencies in the appellants' practices.

A hearing was held before the Superintendent with respect to the first report. The Superintendent found the appellants guilty of professional misconduct. Subsequently, the appellants learned of the existence of a report prepared by another trustee concerning the misconduct of one of their former employees. They brought a motion before the Superintendent to stay the proceeding or obtain a new hearing. The Superintendent found that the obligation of full disclosure contemplated by the Supreme Court of Canada in *R. v. Stinchcombe* in a criminal context applied, with the appropriate adaptations, and that as such, the failure to communicate the other trustee's report to the appellants constituted a breach of the duty to disclose all relevant information available to the SDA. However, because the undisclosed information would not have led to a different result, nor would it have led the appellants to pursue different lines of inquiry, the motion was therefore dismissed.

Despite the Superintendent's finding as to the SDA's disclosure obligations, the appellants received only sporadic disclosure in the course of their preparation for the hearing in regard to the second report, even though they requested further disclosure.

Held, the appeal should be dismissed.

The applications Judge erred when he accepted a lower standard of disclosure than that established in a criminal law context in *Stinchcombe* and restricted disclosure to the first report and the information upon which it was based. An exception to the rule that the *Stinchcombe* principles do not apply in the administrative context is warranted with respect to a licence review hearing where a loss of livelihood and damage to professional reputation are at stake as was the case here. That the *Stinchcombe* principles should apply was also supported by the fact that the appellants were the subject of disciplinary proceedings giving rise to sanctions, thus suggesting a higher level of procedural fairness, and by the Superintendent's Directives, which describe the procedure to be followed by the Office of the Superintendent of Bankruptcy in examining the conduct of a trustee which may lead to disciplinary measures involving his or her licence.

Il s'agissait d'un appel interjeté contre le rejet, par la Cour fédérale, d'une demande de contrôle judiciaire de trois décisions du surintendant des faillites concernant des procédures disciplinaires engagées contre les appelants, des syndics de faillite autorisés. Par suite d'une plainte déposée par un créancier, une enquête a été ouverte et un analyste principale aux affaires disciplinaires (l'analyste principale) a préparé deux rapports. Les rapports faisaient état de fautes commises par les appelants.

Le surintendant a tenu une audition sur le premier rapport et a déclaré les appelants coupables d'inconduite professionnelle. Par la suite, les appelants ont appris l'existence d'un rapport émanant d'un autre syndic et qui portait sur l'inconduite de l'une de leurs ex-employées. Ils ont présenté au surintendant une requête visant à obtenir un arrêt des procédures ou une nouvelle audition. Le surintendant a conclu que l'obligation de communication pleine et entière que la Cour suprême du Canada a assignée en droit pénal dans l'arrêt *R. c. Stinchcombe* s'appliquait, avec les adaptations nécessaires, et qu'en tant que telle, la non-communication du rapport de l'autre syndic aux appelants constituait un manquement à l'obligation de l'analyste principale de communiquer tous les renseignements pertinents à sa disposition. Cependant, parce que les renseignements non communiqués n'auraient rien changé au résultat ni n'auraient orienté différemment les investigations des appelants, la requête a été rejetée.

En dépit de la décision du surintendant concernant les obligations de communication de l'analyste principale, les appelants n'ont reçu d'autres renseignements que sporadiquement lorsqu'ils se préparaient en vue de l'audition relative au deuxième rapport, même s'ils avaient demandé d'autres renseignements.

Jugement : l'appel doit être rejeté.

Le juge des demandes a commis une erreur lorsqu'il a accepté une norme de communication moins rigoureuse que celle assignée en droit pénal dans l'arrêt *Stinchcombe* et a limité l'obligation de communication au premier rapport et aux renseignements sur la base desquels il a été établi. Une exception à la règle selon laquelle les principes de l'arrêt *Stinchcombe* ne s'appliquent pas dans le contexte administratif est justifiée lorsqu'il s'agit d'auditions relatives aux licences de syndics, où les syndics en cause risquent la perte de leurs moyens d'existence et de leur réputation professionnelle, comme c'était le cas en l'espèce. Le fait que les appelants étaient visés par des procédures disciplinaires susceptibles de donner lieu à des sanctions, donnant donc à penser qu'un niveau plus élevé d'équité procédurale s'appliquait, et la Directive du surintendant, qui expose la procédure que doit suivre le Bureau du surintendant des faillites lorsqu'il soumet

That said, the failure to disclose did not impair the appellants' right to explore possible avenues of investigation and to make full answer and defence. There was no reasonable possibility that the result of this proceeding would have been different if the other trustee's report and the other materials had been disclosed or that it would have open new lines of inquiry.

That the Superintendent sat as the adjudicator and his office investigated and prosecuted the case did not raise a reasonable apprehension of bias. The fact that the same person has the statutory power to investigate and adjudicate allegations of misconduct is not sufficient to create a reasonable apprehension of bias as long as that person does not both prosecute and participate in adjudicating the case. Here, the Superintendent did not conduct the investigation.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C., 1985, c. B-3, ss. 1 (as am. by S.C. 1992, c. 27, s. 2), 14.01 (as enacted *idem*, s. 9; 1997, c. 12, s. 12), 14.02 (as enacted by S.C. 1992, c. 27, s. 9; 1997, c. 12, s. 13; 2002, c. 8, s. 182).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

R. v. Stinchcombe, [1991] 3 S.C.R. 326; (1991), 120 A.R. 161; [1992] 1 W.W.R. 97; 83 Alta. L.R. (2d) 93; 68 C.C.C. (3d) 1; 8 C.R. (4th) 277; 130 N.R. 277; 8 W.A.C. 161; *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; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *R. v. Dixon*, [1998] 1 S.C.R. 244; (1998), 166 N.S.R. (2d) 241; 122 C.C.C. (3d) 1; 13 C.R. (5th) 217; 50 C.R.R. (2d) 108; 222 N.R. 243.

DISTINGUISHED:

May v. Ferndale Institution, [2005] 3 S.C.R. 809; (2005), 261 D.L.R. (4th) 541; [2006] 5 W.W.R. 65; 220 B.C.A.C. 1; 49 B.C.L.R. (4th) 199; 204 C.C.C. (3d) 1; 136 C.R.R.

la conduite d'un syndic à un examen susceptible de donner lieu à des mesures disciplinaires touchant sa licence étaient l'application des principes de l'arrêt *Stinchcombe*.

Cela dit, la non-communication n'a pas porté atteinte au droit des appelants d'examiner les possibilités d'investigation et de présenter une défense pleine et entière. Il n'y avait pas de possibilité raisonnable que la communication du rapport de l'autre syndic et des autres pièces refusées aux appelants aurait changé le résultat de la procédure ou leur aurait ouvert de nouvelles possibilités d'investigation.

Le fait que le surintendant a rempli la fonction juridictionnelle alors que son service s'est chargé de l'enquête et des poursuites ne soulève pas une crainte raisonnable de partialité. Le fait qu'une loi confère à la même personne les pouvoirs d'enquêter et de prononcer sur les allégations d'inconduite ne suffit pas à faire naître une crainte raisonnable de partialité, pour autant que cette personne ne remplisse pas à la fois les fonctions de poursuite et juridictionnelle. En l'espèce, le surintendant n'a pas mené l'enquête.

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.
Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. (1985), ch. B-3, art. 1 (mod. par L.C. 1992, ch. 27, art. 2), 14.01 (édicte, *idem*, art. 9; 1997, ch. 12, art. 12), 14.02 (édicte par L.C. 1992, ch. 27, art. 9; 1997, ch. 12, art. 13; 2002, ch. 8, art. 182).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

R. c. Stinchcombe, [1991] 3 R.C.S. 326; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *R. c. Dixon*, [1998] 1 R.C.S. 244.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

May c. Établissement Ferndale, [2005] 3 R.C.S. 809; 2005 CSC 82; *Ciba-Geigy Canada Ltd. c. Canada (Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés)*,

(2d) 146; 343 N.R. 69; 2005 SCC 82; *Ciba-Geigy Canada Ltd. v. Canada (Patented Medicines Prices Review Board)* (1994), 56 C.P.R. (3d) 377; 170 N.R. 360 (F.C.A.); *Canada (Director of Investigation and Research, Competition Act) v. D & B Companies of Canada Ltd.* (1994), 58 C.P.R. (3d) 353; 176 N.R. 62 (F.C.A.).

CONSIDERED:

Canada (Attorney General) v. Sheriff (2005), 18 C.B.R. (5th) 34; 2005 FC 1726; *Sam Lévy & Associés Inc. v. Mayrand*, [2006] 2 F.C.R. 543; (2005), 19 C.B.R. (5th) 99; 277 F.T.R. 50; 2005 FC 702; affd 2006 CAF 205; *In the Matter of the Professional Conduct of Todd Y. Sheriff Holder of a Trustee Licence and Segal & Partners Inc. Holder of Corporate Trustee License for the province of Ontario*, June 23, 2003, Marc Mayrand; *Métivier v. Mayrand*, [2003] R.J.Q. 3035; (2003), 18 Admin. L.R. (4th) 14; 50 C.B.R. (4th) 153 (C.A.).

REFERRED TO:

Ellis-Don Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board), [2001] 1 S.C.R. 221; (2001) 194 D.L.R. (4th) 385; 26 Admin. L.R. (3d) 171; 265 N.R. 2; 140 O.A.C. 201; 2001 SCC 4; *Kane v. Board of Governors (University of British Columbia)*, [1980] 1 S.C.R. 1105; (1980), 110 D.L.R. (3d) 311; [1980] 3 W.W.R. 125; 18 B.C.L.R. 124; 31 N.R. 214; *Howe v. Institute of Chartered Accountants of Ontario* (1994), 19 O.R. (3d) 483; 118 D.L.R. (4th) 129; 27 Admin. L.R. (2d) 118; 74 O.A.C. 26 (C.A.); *Re Emerson and Law Society of Upper Canada* (1983), 44 O.R. (2d) 729; 5 D.L.R. (4th) 294 (H.C.J.); *Hammami v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [1997] 9 W.W.R. 301; 36 B.C.L.R. (3d) 17; 47 Admin. L.R. (2d) 30 (B.C.S.C.); *Milner v. Registered Nurses Assn. of British Columbia* (1999), 71 B.C.L.R. (3d) 372; 20 Admin. L.R. (3d) 71 (S.C.); *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 S.C.R. 781; (2001), 204 D.L.R. (4th) 33; [2001] 10 W.W.R. 1; 34 Admin. L.R. (3d) 1; 155 B.C.A.C. 193; 93 B.C.L.R. (3d) 1; 274 N.R. 116; 2001 SCC 52; *Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Association*, [2003] 1 S.C.R. 884; (2003), 227 D.L.R. (4th) 193; [2004] 1 W.W.R. 1; 3 Admin. L.R. (4th) 163; 109 C.R.R. (2d) 65; 306 N.R. 34; 2003 SCC 36.

AUTHORS CITED

Brown, Donald J. M. and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, looseleaf. Toronto: Canvasback, 1998.

[1994] A.C.F. n° 884 (C.A.) (QL); *Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Loi sur la concurrence) c. D & B Companies of Canada Ltd.*, [1994] A.C.F. n° 1643 (C.A.) (QL).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Canada (Procureur général) c. Sheriff, 2005 CF 1726; *Sam Lévy & Associés Inc. c. Mayrand*, [2006] 2 R.C.F. 543; 2005 CF 702; conf. par 2006 CAF 205; *Procédure concernant la conduite professionnelle de Todd Y. Sheriff, détenteur d'une licence de syndic, et de Segal & Partners Inc., détentrice d'une licence syndic corporatif pour la province d'Ontario*, le 23 juin 2003, Marc Mayrand; *Métivier c. Mayrand*, [2003] J.Q. n° 15389 (C.A.) (QL).

DÉCISIONS CITÉES :

Ellis-Don Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail), [2001] 1 R.C.S. 221; 2001 CSC 4; *Kane c. Conseil d'administration (Université de la Colombie-Britannique)*, [1980] 1 R.C.S. 1105; *Howe v. Institute of Chartered Accountants of Ontario* (1994), 19 O.R. (3d) 483; 118 D.L.R. (4th) 129; 27 Admin. L.R. (2d) 118; 74 O.A.C. 26 (C.A.); *Re Emerson and Law Society of Upper Canada* (1983), 44 O.R. (2d) 729; 5 D.L.R. (4th) 294 (H.C.J.); *Hammami v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [1997] 9 W.W.R. 301; 36 B.C.L.R. (3d) 17; 47 Admin. L.R. (2d) 30 (C.S.C.-B.); *Milner v. Registered Nurses Assn. of British Columbia* (1999), 71 B.C.L.R. (3d) 372; 20 Admin. L.R. (3d) 71 (C.S.); *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 R.C.S. 781; 2001 CSC 52; *Bell Canada c. Association canadienne des employés de téléphone*, [2003] 1 R.C.S. 884; 2003 CSC 36.

DOCTRINE CITÉE

Brown, Donald J. M. and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, looseleaf. Toronto: Canvasback, 1998.

Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes,
4th ed. Toronto: Butterworths, 2002.

Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes,
4th ed. Toronto : Butterworths, 2002.

APPEAL from a decision of the Federal Court ((2005), 27 Admin. L.R. (4th) 54; 10 C.B.R. (5th) 70; 131 C.R.R. (2d) 83; 2005 FC 305) dismissing the appellants' application for judicial review of decisions by the Superintendent of Bankruptcy taken in the course of disciplinary proceedings. Appeal dismissed.

APPEL d'une décision de la Cour fédérale (2005 CF 305) rejetant la demande de contrôle judiciaire présentée par les appelants à l'égard de décisions rendues par le surintendant des faillites dans le cadre de procédures disciplinaires. Appel rejeté.

APPEARANCES:

Craig R. Colrairie for appellants.
Elizabeth Tinker for respondent.

ONT COMPARU :

Craig R. Colrairie pour les appelants.
Elizabeth Tinker pour l'intimé.

SOLICITORS OF RECORD:

Birenbaum, Steinberg, Landau, Savin & Colrairie LLP, Toronto, for appellants.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Birenbaum, Steinberg, Landau, Savin & Colrairie LLP, Toronto, pour les appelants.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

[1] MALONE J.A.: This appeal raises the issue of the scope of the duty that a senior disciplinary analyst (SDA) in the Office of the Superintendent of Bankruptcy (OSB) owes to a trustee in bankruptcy facing disciplinary proceedings. Does that duty require an SDA to make timely disclosure of all relevant evidence gathered during the disciplinary investigation?

[1] LE JUGE MALONE, J.C.A. : Le présent appel soulève la question de l'étendue de l'obligation d'un analyste principal aux affaires disciplinaires (l'analyste principal(e)) du Bureau du surintendant des faillites (le BSF) envers un syndic de faillite soumis à une procédure disciplinaire. Il s'agit de savoir si l'analyste principal est tenu de communiquer en temps opportun la totalité des éléments de preuve recueillis au cours de l'enquête disciplinaire.

[2] The appellants (the Trustees) appeal the order of a Federal Court Judge (the applications Judge) dated February 25, 2005, dismissing their application for judicial review of three decisions of the Superintendent of Bankruptcy (the Superintendent) from 2002 and 2003 (reported as (2005), 27 Admin. L.R. (4th) 54). These decisions concern disciplinary proceedings taken against the Trustees pursuant to the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C., 1985 c. B-3 [s. 1 (as am. by S.C. 1992, c. 27, s. 2)] (the Act).

[2] Les appelants (les syndics) interjettent appel de l'ordonnance en date du 25 février 2005 par laquelle un juge de la Cour fédérale (le juge des demandes) a rejeté leur demande de contrôle judiciaire de trois décisions du surintendant des faillites (le surintendant) datant de 2002 et de 2003 (référence : 2005 CF 305). Ces décisions concernaient des procédures disciplinaires engagées contre les syndics sous le régime de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. (1985), ch. B-3 [art. 1 (mod. par L.C. 1992, ch. 27, art. 2)] (la Loi).

I. BACKGROUND

[3] The lengthy proceedings leading up to this appeal must be carefully reviewed in order to put the current issue into context.

[4] The Superintendent is appointed by the Governor in Council and is responsible for supervising the administration of all estates and matters to which the Act applies. The Act provides the Superintendent with powers related to the licensing and supervision of trustees in bankruptcy and allows the Superintendent to investigate complaints from the public concerning trustees. If deficiencies are found in their conduct, the Superintendent has the ability to impose disciplinary sanctions on a trustee (see sections 14.01 [as enacted by S.C. 1992, c. 27, s. 9; 1997, c. 12, s. 12] and 14.02 [as enacted by S.C. 1992, c. 27, s. 9; 1997, c. 12, s. 13; 2002, c. 8, s. 182] of the Act).

[5] Todd Sheriff is a licensed trustee in bankruptcy, who is employed by Segal & Partners Inc. Segal & Partners Inc. is a corporate trustee. As a result of a complaint received from a creditor that the Trustees had solicited proxies in the course of administering an estate, an investigation was undertaken in accordance with the provisions of the Act. This investigation resulted in a report dated June 29, 2001, prepared by Ann Speers, an SDA (the first report). This report identified seven categories of deficiencies in the Trustees' practices in the year 2000.

[6] After the first report was prepared, an audit was conducted by an audit group in the OSB. This audit resulted in the preparation of a report dated October 25, 2001 (the second report), which identified further deficiencies in the Trustees' practices. While the first report related to certain failures to meet professional standards on the part of the Trustees, the second report related to perceived wrongdoing against the interests of beneficiaries of bankrupt estates, including employee theft and serious deficiencies in the Trustees' internal controls.

[7] Both reports were originally scheduled for hearing before the Superintendent in May of 2002. However, the second report was delegated by the Superintendent to a

I. LE CONTEXTE

[3] Il convient de récapituler les longues procédures qui ont conduit au présent appel afin de dégager le contexte de la question ici en litige.

[4] Le surintendant, nommé par le gouverneur en conseil, est chargé de contrôler l'administration des actifs et des affaires régis par la Loi. Celle-ci confère au surintendant des pouvoirs relatifs à la délivrance de licences aux syndicats de faillite et à la surveillance de leurs activités et l'habilite à donner suite par des enquêtes aux plaintes formées par le public contre des syndicats. Le surintendant est aussi habilité à prononcer des sanctions disciplinaires contre les syndicats trouvés en défaut (voir les articles 14.01 [édicte par L.C. 1992, ch. 27, art. 9; 1997, ch. 12, art. 12] et 14.02 [édicte par L.C. 1992, ch. 27, art. 9; 1997, ch. 12, art. 13; 2002, ch. 8, art. 182] de la Loi).

[5] M. Todd Sheriff est titulaire d'une licence de syndic de faillite et est employé par Segal & Partners Inc., personne morale aussi titulaire d'une telle licence. Un créancier s'étant plaint de ce que les syndicats avaient sollicité des procurations dans le cadre de l'administration d'un actif, une enquête à leur sujet a été ouverte conformément aux dispositions de la Loi. Cette enquête a donné lieu à l'établissement par M^{me} Ann Speers, analyste principale, d'un rapport en date du 29 juin 2001 (le premier rapport). Ce rapport faisait état de sept catégories de fautes commises par les syndicats en 2000.

[6] Après l'établissement du premier rapport, un groupe du BSF a effectué une vérification. Celle-ci a donné lieu à l'établissement d'un autre rapport, en date du 25 octobre 2001 (le deuxième rapport), où sont relevées de nouvelles fautes des syndicats. Alors que le premier rapport notait certaines insuffisances des syndicats par rapport aux normes professionnelles, le deuxième leur imputait des fautes contre les intérêts des bénéficiaires des actifs de faillite, notamment des vols d'employé et de graves lacunes dans leurs mécanismes de contrôle interne.

[7] Les deux rapports devaient au départ être examinés dans le cadre d'une audition devant le surintendant prévue pour mai 2002. Cependant, ce

different adjudicator (Kaufman) who ultimately granted a stay of proceedings based on post-hearing disclosure problems. This decision was upheld by Mactavish J. of the Federal Court on December 21, 2005 and reported as (2005), 18 C.B.R. (5th) 34. This decision has been appealed.

[8] A similar decision involving the scope of procedural fairness for the Superintendent was rendered by Martineau J. of the Federal Court in *Sam Lévy & Associés Inc. v. Mayrand*, [2006] 2 F.C.R. 543. This decision has also been appealed [decision affirmed, 2006 FCA 205].

[9] A hearing on the first report was held before the Superintendent in May and June of 2002, ultimately leading to his decision on September 3, 2002 (the first decision). The Superintendent found the Trustees guilty of professional misconduct. Prior to that hearing, the Trustees had received limited document disclosure, including various SDA notes, as well as the first report.

[10] After the Superintendent's decision was rendered and prior to the imposition of penalty, the Trustees learned for the first time of a trustee report prepared by another trustee, Mr. Michalos. That report, prepared in April of 2002, related to the misconduct of Lezette Armshaw, a former employee of the Trustees. Mr. Michalos had employed Ms. Armshaw after her employment at Segal & Partners Inc. had been terminated for misappropriation of estate funds. His report also described her misappropriation of trust monies from his firm, similar to the experience of the Trustees.

[11] The Trustees asserted that Ms. Speers had deliberately withheld Mr. Michalos' report because it was not helpful to the prosecution; a submission that is in accordance with the subsequent finding of the Superintendent that Michalos' report was clearly relevant. The Trustees also urged that the Michalos report was directly relevant to Ms. Armshaw, her role in their office and the issue as to whether they ought to have been vicariously responsible for her misconduct.

dernier a confié l'examen du deuxième rapport à un délégué juridictionnel (nommé Kaufman), qui a en fin de compte prononcé un arrêt des procédures sur le fondement de problèmes de communication postérieure à l'audition. Cette décision a été confirmée par la juge Mactavish de la Cour fédérale en date du 21 décembre 2005 (2005 CF 1726). La décision de la juge Mactavish a fait l'objet d'un appel.

[8] Une décision semblable, portant sur l'étendue de l'obligation d'équité procédurale du surintendant, a été rendue par le juge Martineau de la Cour fédérale dans *Sam Lévy & Associés Inc. c. Mayrand*, [2006] 2 R.C.F. 543. Cette décision a elle aussi fait l'objet d'un appel [décision confirmée par 2006 CAF 205].

[9] Le surintendant a tenu une audition sur le premier rapport en mai et juin 2002 et rendu la décision y afférente (la première décision) le 3 septembre 2002. Il y déclarait les syndic coupables d'inconduite professionnelle. Avant cette audition, les syndic avaient reçu communication d'un nombre restreint de documents, dont diverses notes de l'analyste principale et le premier rapport.

[10] Après que le surintendant eut rendu sa décision, mais avant qu'il ne prononçât des sanctions, les syndic ont appris l'existence d'un rapport émanant d'un autre syndic, M. Michalos. Ce rapport, établi en avril 2002, portait sur l'inconduite de M^{me} Lezette Armshaw, une ex-employée des syndic. M. Michalos avait employé M^{me} Armshaw après qu'elle eut été congédiée par Segal & Partners Inc. pour détournement de fonds d'actif. Le rapport de M. Michalos reprochait à M^{me} Armshaw le détournement de sommes en fiducie de son cabinet, soit une faute de même nature que celle qui avait entraîné son congédiement par les syndic.

[11] Les syndic ont affirmé que M^{me} Speers avait délibérément omis de leur communiquer le rapport de M. Michalos parce qu'il n'était pas utile à la poursuite, affirmation qui s'accorde avec la conclusion ultérieure du surintendant selon laquelle le rapport Michalos était manifestement pertinent. Les syndic ont aussi soutenu que le rapport Michalos était d'une pertinence directe concernant M^{me} Armshaw, son rôle dans leur cabinet et la question de savoir s'ils devaient être tenus pour

Had they known of the Michalos report prior to the conclusion of the hearing, the Trustees submitted that they would have called Ms. Armshaw to testify, and would have called Mr. Michalos or other employees of his firm to testify, specifically with respect to the issues of dishonesty.

[12] As a result of the SDA's failure to disclose the Michalos report, the Trustees brought a motion before the Superintendent seeking to stay the proceeding or obtain a new hearing. This motion was heard on November 12, 2002.

[13] In his decision, dated February 12, 2003 (the second decision), the Superintendent dismissed the Trustees' motion. He refused to grant a stay because, in his view, while the document should have been disclosed to the Trustees by Ms. Speers, the undisclosed information would not have led to a different result, nor would it have led the Trustees to pursue different lines of inquiry.

[14] In refusing to grant a new hearing, the Superintendent reviewed the law with respect to pre-hearing disclosure in administrative proceedings, and made a number of observations. In particular, the Superintendent found that the obligation of full disclosure contemplated by the Supreme Court of Canada in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326 in relation to crown counsel in the criminal law context, applied to senior discipline analysts "with the appropriate adaptation." According to the Superintendent "[t]he role of the SDA is to present all relevant evidence to the Superintendent or his adjudicating delegate so that he can determine if misconduct has occurred."

[15] The Superintendent held that the evidence relating to Ms. Armshaw was relevant :

With all due respect for the SDA's counsel, I find that his approach is not in accordance with the one suggested by the case law. The very fact that the SDA's report contained an "under oath" statement from Mrs. Armshaw is clear indication that she thought that Mrs. Armshaw's role was somewhat relevant at the time of the report as well as

indirectement responsables de son inconduite. S'ils avaient eu connaissance du rapport Michalos avant la clôture de l'audition, ont fait valoir les syndics, ils auraient cité M^{me} Armshaw, et ils auraient appelé M. Michalos ou d'autres membres de son cabinet à témoigner, en particulier sur les questions relatives à la malhonnêteté.

[12] Par suite de la non-communication du rapport Michalos par l'analyste principale, les syndics ont présenté au surintendant une requête visant à obtenir un arrêt des procédures ou une nouvelle audition. Cette requête a été entendue le 12 novembre 2002.

[13] Par décision en date du 12 février 2003 (la deuxième décision), le surintendant a rejeté la requête des syndics. Il leur a refusé l'arrêt des procédures demandé au motif que, selon lui, s'il était vrai que M^{me} Speers aurait dû leur communiquer le rapport Michalos, les renseignements non communiqués n'auraient rien changé au résultat ni n'auraient orienté différemment leurs investigations.

[14] Pour motiver son refus d'accorder une nouvelle audition, le surintendant a passé en revue le droit relatif à la communication antérieure à l'audition dans les procédures administratives et a formulé un certain nombre d'observations. En particulier, il a conclu que l'obligation de communication pleine et entière assignée en droit pénal au ministère public par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, s'appliquait aux analystes principaux aux affaires disciplinaires « avec les adaptations nécessaires ». Selon le surintendant, le rôle de l'analyste principale « est de présenter tous les éléments d'information utiles au surintendant ou à son délégué juridictionnel afin qu'il puisse décider s'il y a eu inconduite professionnelle ».

[15] Le surintendant a conclu que les éléments de preuve relatifs à M^{me} Armshaw étaient pertinents :

Sauf son respect, je conclus que la façon de voir de l'avocat représentant l'analyste principale n'est pas conforme à celle qui se dégage de la jurisprudence. Le fait même que le rapport de l'analyste principale fait état d'une déposition faite « sous serment » par M^{me} Armshaw signifie clairement qu'à son avis, le rôle de cette dernière était dans une certaine

at the hearing on May 27th, 2002.

The SDA insisted on keeping Mrs. Armshaw's statements as part of the supporting material despite the objections of the trustees, and while knowing fully about the other trustee firm's report. In view of such insistence, it is difficult to see how a report touching on the conduct of Mrs. Armshaw at another trustee firm could be seen as "clearly irrelevant" when it could easily be of some assistance in further undermining the credibility of any statement from Mrs. Armshaw to be used against the trustees by the SDA. . . .

[16] The Superintendent concluded that in the circumstances of this case, the failure to communicate the other trustee's report to the present appellants constituted a breach of the duty to disclose all relevant information available to the SDA.

[17] In his third decision, on June 23, 2003 [*In the Matter of the Professional Conduct of Todd Y. Sheriff Holder of Trustee Licence and Segal & Partners Inc. Holder of Corporate Trustee Licence for the Province of Ontario*], the Superintendent imposed penalties. After taking into account the findings from the hearing and factors such as the Trustee's failure to appreciate the seriousness of their deficiencies, the Superintendent restricted the corporate appellant's licence for one month. He also suspended Mr. Sheriff's licence for six months with further restrictions for 18 months, as well as a direction that Mr. Sheriff attend certain ethics courses. These sanctions have been stayed until the present appeal is resolved.

[18] The parties then prepared for a hearing by Adjudicator Kaufman in regard to the second report of the SDA. In the course of their preparation, the Trustees continued to seek disclosure or information from Ms. Speers.

[19] Despite the decision of the Superintendent on February 12, 2003, as to the SDA's disclosure obligations, and his finding that the SDA had breached her disclosure obligations, the Trustees received no

mesure un élément à prendre en considération au moment du rapport comme lors de l'audience du 27 mai 2002.

L'analyste principale a tenu à garder les dépositions de M^{me} Armshaw dans les pièces à conviction malgré les objections des syndics, et tout en étant parfaitement au courant du rapport de l'autre cabinet de syndics. Vu cette insistence, il est difficile de voir comment un rapport faisant état de la conduite de M^{me} Armshaw au sein de l'autre cabinet de syndics pouvait être considéré comme « totalement hors de propos » alors qu'il pouvait facilement contribuer à remettre en question la crédibilité de tout témoignage de M^{me} Armshaw que l'analyste principale pouvait utiliser contre les syndics en cause [. . .]

[16] Le surintendant a conclu que, vu les circonstances de l'espèce, la non-communication du rapport de l'autre syndic aux présents appelants constituait un manquement à l'obligation de l'analyste principale de communiquer tous les renseignements pertinents à sa disposition.

[17] Dans sa troisième décision, en date du 23 juin 2003 [*Procédure concernant la conduite professionnelle de Todd Y. Sheriff, détenteur d'une licence de syndic, et de Segal & Partners Inc. détentrice d'une licence syndic corporatif pour la province d'Ontario*], le surintendant a prononcé des sanctions contre les syndics. Ayant pris en considération les conclusions de l'audition et les facteurs tels que la non-appréciation par les syndics de la gravité de leurs manquements, il a appliqué des restrictions à la licence de la personne morale appelante pour un mois. Il a en outre suspendu la licence de M. Sheriff pour six mois et y a appliqué d'autres restrictions pour 18 mois, et il lui a ordonné de suivre certains cours de déontologie. L'exécution de ces sanctions a été suspendue en attendant l'issue du présent appel.

[18] Les parties se sont ensuite préparées à une audition devant le délégué juridictionnel Kaufman concernant le deuxième rapport de l'analyste principale. Dans le cadre de cette préparation, les syndics ont de nouveau demandé la communication des renseignements détenus par M^{me} Speers.

[19] Or, en dépit de la décision du surintendant en date du 12 février 2003 concernant les obligations de communication de l'analyste principale et sa conclusion comme quoi elle y avait manqué, les syndics n'ont pas

additional disclosure from Ms. Speers between February 12, 2003 and March 17, 2004. Ms. Speers testified under cross-examination in October 2003, that the documents that had been disclosed were those that support the findings in the report, and that other documents that were related to the investigation would not be provided. In essence, Ms. Speers took a different view of her disclosure obligations than that of the Superintendent.

[20] During this cross-examination, the Trustees ascertained for the first time that the following additional information was not disclosed by Ms. Speers prior to the May 2002 hearing :

(i) notes regarding communications with witnesses who testified at the hearing, namely, Mr. Ahlborn and Mr. Bill Webster;

(ii) the name of those interviewed by the SDA whose evidence was not included in the report;

(iii) e-mails between Mr. Webster and Ms. Speers; and

(iv) the original draft statement of the witness Bill Webster.

[21] As a result of the SDA's testimony on cross-examination, the Trustees requested further disclosure of any notes made by Ms. Speers regarding Ms. Armshaw that had not been produced to date.

[22] Disclosures from the SDA continued sporadically thereafter on March 17th, April 15th and November 2, 2004, in a process that continued to be somewhat adversarial. These disclosures included various notes and e-mails to and from Ms. Speers and others during the investigation, as well as audits and working papers. The relevance of these materials was strongly debated by the SDA throughout this nine-month period.

reçu communication d'autres renseignements de M^{me} Speers entre le 12 février 2003 et le 17 mars 2004. En octobre 2003, M^{me} Speers a déclaré en contre-interrogatoire qu'elle avait déjà communiqué les documents à l'appui des conclusions de ces rapports et ne fournirait pas les autres pièces relatives à l'enquête. En substance, M^{me} Speers a adopté sur ses obligations de communication un point de vue différent de celui du surintendant.

[20] Au cours du même contre-interrogatoire, les syndics ont établi pour la première fois que les autres renseignements et documents suivants n'avaient pas été communiqués par M^{me} Speers avant l'audition de mai 2002 :

i) des notes touchant les communications avec les témoins ayant déposé à l'audition, soit MM. Ahlborn et Bill Webster;

ii) les noms des personnes interrogées par l'analyste principale dont les déclarations n'avaient pas été incluses dans le rapport;

iii) une correspondance électronique entre M. Webster et M^{me} Speers;

iv) le texte à l'état de projet de la déposition du témoin Bill Webster.

[21] Par suite des déclarations faites par l'analyste principale en contre-interrogatoire, les syndics ont demandé communication de toutes notes de M^{me} Speers touchant M^{me} Armshaw qui n'auraient pas été produites jusqu'alors.

[22] L'analyste principale a par la suite communiqué sporadiquement d'autres renseignements, soit les 17 mars, 15 avril et 2 novembre 2004, dans le cadre d'une procédure qui restait passablement contradictoire. C'est ainsi qu'elle a remis aux syndics diverses notes et des courriels qu'elle avait envoyés ou reçus pendant l'enquête, ainsi que des rapports de vérification et des documents de travail. L'analyste principale a vigoureusement contesté la pertinence de ces pièces tout au long de ces neuf mois.

[23] The Trustees therefore assert in this appeal that they were found to have committed acts of professional misconduct based on a disciplinary proceeding that was fundamentally flawed. As to the judicial review, the Trustees allege serious errors of both fact and law on the part of the applications Judge. They alleged that the applications Judge failed to recognize that the SDA did not make proper and timely disclosure of all relevant evidence and there was a serious misapprehension of the evidence on which the Trustees were found culpable.

II. STANDARD OF REVIEW

[24] It is not disputed that a common-law duty of fairness is owed in proceedings under sections 14.01 and 14.02 of the Act. Accordingly, the standard of review on the disclosure issue is correctness as applied by the applications Judge (see *Ellis-Don Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [2001] 1 S.C.R. 221, at paragraph 65).

III. ANALYSIS

A. DISCLOSURE

(i) *STINCHCOMBE* DISCLOSURE

[25] The first issue to be resolved is whether the learned applications Judge erred in relation to the scope of the disclosure obligations on the part of Ms. Speers. According to the Trustees, they are entitled to a high standard of disclosure similar to that established in a criminal law context in *R. v. Stinchcombe* (at paragraph 15), with adaptations, as found by the Superintendent in his September 3, 2002 decision. In accepting a lower standard of disclosure in this case, which included only the disclosure of the report and the information on which it was based, the applications Judge is said to be in error, leading to procedural unfairness and a flawed decision.

[23] Les syndic affirment donc dans le présent appel qu'ils ont été déclarés coupables de fautes professionnelles sur la base d'une procédure disciplinaire fondamentalement défectueuse. Pour ce qui concerne le contrôle judiciaire, les syndic font état d'erreurs graves de fait aussi bien que de droit de la part du juge des demandes. Selon eux, ce dernier n'a pas tenu compte du fait que l'analyste principale n'avait pas communiqué dans les règles et en temps opportun l'ensemble des éléments de preuve pertinents et qu'on avait commis de graves erreurs d'appréciation de la preuve sur le fondement de laquelle leur conduite avait été déclarée blâmable.

II. LA NORME DE CONTRÔLE

[24] Il n'est pas contesté qu'une obligation d'équité en common law est applicable aux procédures relevant des articles 14.01 et 14.02 de la Loi. Par conséquent, la norme de contrôle relative à la question de la communication est celle de la décision correcte, considérée sous le rapport de son application par le juge des demandes; voir *Ellis-Don Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [2001] 1 R.C.S. 221, au paragraphe 65.

III. ANALYSE

A. LA COMMUNICATION

i) LES PRINCIPES DE L'ARRÊT *STINCHCOMBE*

[25] La première question à trancher est celle de savoir si le distingué juge des demandes a commis une erreur touchant l'étendue des obligations de communication de M^{me} Speers. Les syndic soutiennent avoir droit à la communication suivant une norme rigoureuse, semblable à celle établie au paragraphe 15 de l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, encore qu'avec des adaptations, conformément à la conclusion formulée par le surintendant dans sa décision du 3 septembre 2002. Selon eux, le juge des demandes a commis une erreur en acceptant dans la présente affaire une norme de preuve moins rigoureuse, qui n'obligeait M^{me} Speers à communiquer que le rapport et les renseignements sur lesquels il était fondé, erreur dont découle un manquement à l'équité procédurale et qui vicie la décision.

[26] In support of the applications Judge's decision, the Attorney General first notes that the disciplinary penalties will not prevent the Trustees from continuing as chartered accountants, nor are criminal sanctions involved. In addition, the respondent argues that disciplinary proceedings for licensed trustees cannot be compared to the administrative disclosure procedures for other professionals, such as nurses, doctors or lawyers. This is because the statutory scheme under the Act requires the Superintendent to supervise the administration of all estates with a direct responsibility to license and supervise the conduct of licensed trustees. No such level of supervision exists in these other professional disciplinary settings.

[27] In a decision rendered after that of the applications Judge, the Supreme Court of Canada commented on the use of the *Stinchcombe* principles (at paragraph 15) in an administrative law context in the case of *May v. Ferndale Institution*, [2005] 3 S.C.R. 809.

[28] In that case, prisoners who were challenging their involuntary transfer from a minimum to a medium security facility, claimed, based on the *Stinchcombe* principles, that they had not received sufficient disclosure to adequately challenge the transfer. In dealing with the prisoners' claim that the *Stinchcombe* principles applied, Justices LeBel and Fish stated [at paragraphs 91-92] :

It is important to bear in mind that the *Stinchcombe* principles were enunciated in the particular context of criminal proceedings where the innocence of the accused was at stake. Given the severity of the potential consequences the appropriate level of disclosure was quite high. In these cases, the impugned decisions are purely administrative. These cases do not involve a criminal trial and innocence is not at stake. The *Stinchcombe* principles do not apply in the administrative context.

[26] À l'appui de la décision du juge des demandes, le procureur général fait d'abord observer que les sanctions disciplinaires n'empêcheront pas les syndicis de poursuivre leur travail de comptables agréés et qu'il n'est pas ici question de sanctions pénales. En outre, le défendeur fait valoir que les procédures disciplinaires appliquées aux syndicis autorisés ne peuvent se comparer aux procédures administratives de communication concernant les membres d'autres professions, tels que les infirmiers, les médecins ou les avocats. La raison en est que le régime de la Loi oblige le surintendant à contrôler l'administration de tous les actifs, ainsi qu'à assumer la responsabilité directe de la délivrance de licences aux syndicis et de la surveillance des syndicis ainsi autorisés. Or, on ne trouve pas semblable niveau de surveillance ou de contrôle dans la discipline de ces autres professions.

[27] La Cour suprême du Canada, dans un arrêt rendu après la décision du juge des demandes (*May c. Établissement Ferndale*, [2005] 3 R.C.S. 809), a examiné l'application au contexte du droit administratif des principes énoncés au paragraphe 15 de l'arrêt *Stinchcombe*.

[28] Dans l'affaire *May*, des détenus contestant leur transfèrement involontaire d'un établissement pénitentiaire ouvert à un pénitencier à sécurité moyenne soutenaient, sur le fondement des principes de *Stinchcombe*, qu'on ne leur avait pas communiqué suffisamment de renseignements pour qu'ils pussent faire valoir tous leurs moyens. Concernant la thèse des détenus comme quoi les principes de *Stinchcombe* s'appliquaient à leur cas, M. les juges LeBel et Fish ont formulé les observations suivantes [aux paragraphes 91 et 92] :

Il importe de se rappeler que les principes de l'arrêt *Stinchcombe* ont été énoncés dans le contexte particulier d'une instance criminelle mettant en jeu l'innocence de l'accusé. La gravité des conséquences possibles d'une poursuite criminelle explique l'application d'une obligation de communication assez intense. En l'espèce, les décisions attaquées demeurent de nature purement administrative. On ne trouve pas ici de procès criminel et l'innocence des intéressés n'est pas en jeu. Les principes de l'arrêt *Stinchcombe* ne s'appliquent pas dans ce contexte administratif.

In the administrative context, the duty of procedural fairness generally requires that the decision-maker disclose the information he or she relied upon. The requirement is that the individual must know the case he or she has to meet. If the decision maker fails to provide sufficient information, his or her decision is void for lack of jurisdiction.

[29] While the Court is unequivocal in stating that “[t]he *Stinchcombe* principles do not apply in the administrative context,” it clearly is not referring to a licensing review hearing, where a loss of livelihood and damage to professional reputation are at stake. In contrast, in the present appeal, the innocence, i.e. the reputation of the Trustees, is under review. Accordingly, I would classify a review of a trustee in bankruptcy’s licence by the OSB as an exception to the rule established in *May*.

[30] It must be noted that this Court has on a number of occasions refused requests for disclosure of all documents related to an investigation (see *Ciba-Geigy Canada Ltd. v. Canada (Patented Medicines Prices Review Board)* (1994), 56 C.P.R. (3d) 377 (F.C.A.); *Canada (Director of Investigation and Research, Competition Act) v. D & B Companies of Canada Ltd.* (1994), 58 C.P.R. (3d) 353 (F.C.A.)). However, these cases can be easily distinguished from the case on appeal because of the nature of the action. While both *Ciba* and *D & B* involve potential economic hardship for the appellant companies, neither case involves the individual’s right to work or professional reputation. The interests of the appellants in these cases do not parallel those of the accused in a criminal proceeding; therefore, a lower level of disclosure was appropriate.

[31] In contrast, our Courts have repeatedly recognized a higher standard of procedure for professional discipline bodies when the right to continue in one’s profession or employment is at stake (see *Kane v. Board of Governors (University of British Columbia)*, [1980] 1 S.C.R. 1105, at page 1113; *Brown and Evans, Judicial Review of Administrative Action in Canada*, looseleaf edition (Canvasback Publishing: Toronto, 1998), at pages 9-57 and 9-58). This higher standard of

Par ailleurs, l’obligation d’équité procédurale exige généralement, en matière administrative, que le décideur communique les renseignements sur lesquels il se fonde. Elle exige que l’administré connaisse les faits qu’on entend lui opposer. Si le décideur ne lui fournit pas l’information suffisante, sa décision est frappée de nullité pour défaut de compétence.

[29] Si la Cour suprême déclare sans ambiguïté que « [l]es principes de l’arrêt *Stinchcombe* ne s’appliquent pas dans ce contexte administratif », elle ne veut manifestement pas parler des auditions relatives aux licences de syndic, où les syndicis en cause risquent la perte de leurs moyens d’existence et de leur réputation professionnelle. Or, dans le présent appel, l’innocence des syndicis, c’est-à-dire leur réputation, est en jeu. Par conséquent, je verrais dans l’examen de la licence d’un syndic de faillite par le BSF une exception à la règle établie par l’arrêt *May*.

[30] Il est à noter que notre Cour a rejeté à plusieurs reprises des requêtes en communication de la totalité des documents afférents à une enquête; voir *Ciba-Geigy Canada Ltée c. Canada (Conseil d’examen du prix des médicaments brevetés)*, [1994] A.C.F. n° 884 (C.A.) (QL); et *Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Loi sur la concurrence) c. D & B Companies of Canada Ltd.*, [1994] A.C.F. n° 1643 (C.A.) (QL). Cependant, ces affaires peuvent être facilement distinguées du présent appel du fait de la nature de l’action. S’il est vrai que *Ciba* et *D & B* comportaient la possibilité de difficultés économiques pour les sociétés appelantes, aucune de ces affaires ne mettait en jeu le droit de travailler ou la réputation professionnelle d’une personne physique. Les intérêts des appelantes dans ces affaires ne pouvaient se comparer à ceux des accusés dans une procédure pénale; par conséquent, une norme de communication moins rigoureuse s’imposait.

[31] Par contre, nos tribunaux judiciaires ont à plusieurs reprises reconnu la nécessité d’une norme de procédure plus rigoureuse pour les instances disciplinaires des professions lorsque est en jeu le droit de poursuivre l’exercice de sa profession ou de conserver son emploi; voir *Kane c. Conseil d’administration (Université de la Colombie-Britannique)*, [1980] 1 R.C.S. 1105, à la page 1113; et *Brown et Evans, Judicial Review of Administrative*

disclosure exists regardless of whether the provincial jurisdiction recognizes the application of section 7 of the Charter in these cases [*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]].

[32] The requirement for increased disclosure is justified by the significant consequences for the professional person's career and status in the community. Some Courts have noted that a finding of professional misconduct may be more serious than a criminal conviction (see *Howe v. Institute of Chartered Accountants of Ontario* (1994), 19 O.R. (3d) 483 (C.A.), per Laskin J.A. in dissent, at pages 495-496; *Re Emerson and Law Society of Upper Canada* (1983), 44 O.R. (2d) 729 (H.C.J.), at page 744).

[33] The scope of disclosure in professional hearings continues to be expanded by provincial courts, which have applied the *Stinchcombe* principles in cases where the administrative body might terminate or restrict the right to practice or seriously impact on a professional reputation (see *Hammami v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [1977] 9 W.W.R. 301 (B.C.S.C.), at paragraph 75; *Milner v. Registered Nurses Assn. of British Columbia* (1999), 71 B.C.L.R. (3d) 372 (S.C.)). In *Stinchcombe*, the Supreme Court of Canada held that there is a general duty on Crown prosecutors to disclose all evidence that may assist the accused, even if the prosecution did not plan to adduce it. While these principles originally only applied in the criminal law context, the similarities between a criminal prosecution and a disciplinary hearing are such that the objectives are, in my analysis, the same, i.e. the search for truth and finding the correct result.

[34] In this case, the Trustees face a suspension of their licence and injury to their professional reputation.

Action in Canada, édition à feuilles mobiles Toronto, Canvasback Publishing, 1998, aux pages 9-57 et 9-58. Cette norme de communication plus rigoureuse doit être suivie, que la province en question reconnaisse ou non l'applicabilité aux affaires en question de l'article 7 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]].

[32] La rigueur plus grande de la norme de communication se justifie par les conséquences sérieuses des procédures dont il s'agit pour la carrière et la position sociale de la personne qui en fait l'objet. Certains tribunaux judiciaires ont fait observer qu'une déclaration d'inconduite professionnelle peut se révéler plus grave qu'une condamnation au pénal; voir *Howe v. Institute of Chartered Accountants of Ontario* (1994), 19 O.R. (3d) 483 (C.A.), le juge Laskin, dissident, aux pages 495 et 496; et *Re Emerson and Law Society of Upper Canada* (1983), 44 O.R. (2d) 729 (H.C.J.), à la page 744.

[33] Les tribunaux judiciaires provinciaux continuent d'étendre les obligations de communication dans les auditions disciplinaires des professions, appliquant les principes de *Stinchcombe* aux affaires où l'organisme administratif pourrait retirer ou restreindre le droit d'exercice de la profession ou porter gravement atteinte à la réputation professionnelle; voir *Hammami v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [1977] 9 W.W.R. 301 (C.S.C.-B.), au paragraphe 75; et *Milner v. Registered Nurses Assn. of British Columbia* (1999), 71 B.C.L.R. (3d) 372 (C.S.). Dans l'arrêt *Stinchcombe*, la Cour suprême du Canada a statué que le ministère public est soumis à l'obligation générale de communiquer à l'accusé tous les éléments de preuve qui pourraient l'aider dans sa défense, même ceux que l'accusation ne prévoit pas de produire. Si ces principes ne s'appliquaient à l'origine qu'au contexte du droit pénal, les analogies entre les poursuites au pénal et les auditions disciplinaires s'avèrent telles que les objectifs sont, selon mon analyse, les mêmes, soit la recherche de la vérité et l'obtention du résultat juste.

[34] Dans la présente espèce, les syndics risquent la suspension de leur licence et une atteinte à leur

In order to fully understand the case against them and to ensure a fair disciplinary proceeding, the Trustees must have access to all relevant material which may assist them. This is consistent with the Superintendent's earlier ruling in this case that the SDA had a duty to disclose all documents unless they were "clearly irrelevant."

(ii) STATUTORY DISCLOSURE REQUIREMENTS

[35] I am further comforted that the *Stinchcombe* principles do apply in the present appeal, when one considers the obligation of the Superintendent pursuant to subsections 14.01(1), 14.02(1) and (2), as well as the procedures established by the Superintendent in a document entitled "Disciplinary Process under sections 14.01 and 14.02 of the Act" (hereinafter the Superintendent's Directive).

[36] The above-mentioned subsections of the Act are reproduced in part as follows:

14.01 (1) Where, after making or causing to be made an investigation into the conduct of a trustee, it appears to the Superintendent that

(a) a trustee has not properly performed the duties of a trustee or has been guilty of any improper management of an estate,

...

the Superintendent may do one or more of the following:

(d) cancel or suspend the licence of the trustee;

(e) place such conditions or limitations on the licence as the Superintendent considers appropriate including a requirement that the trustee successfully take an exam or enrol in a proficiency course, ...

...

14.02 (1) Where the Superintendent intends to exercise any of the powers referred to in subsection 14.01(1), the

réputation professionnelle. Afin qu'ils puissent bien comprendre les faits qui leur sont opposés et que leur soit garantie une procédure disciplinaire équitable, ils doivent avoir accès à tous les éléments pertinents susceptibles de les aider. Cette conclusion est conforme à la décision qu'a déjà rendue le surintendant, selon laquelle l'analyste principale était tenue de communiquer tous les documents à moins qu'ils n'aient « visiblement rien à voir avec l'affaire ».

ii) LES OBLIGATIONS DE COMMUNICATION D'ORIGINE LÉGISLATIVE

[35] Je suis conforté dans ma conviction que les principes de *Stinchcombe* s'appliquent effectivement au présent appel par la prise en considération des obligations que prévoient pour le surintendant les paragraphes 14.01(1), 14.02(1) et (2), ainsi que des procédures établies par ce dernier dans un document intitulé « Processus disciplinaire prévu aux articles 14.01 et 14.02 de la Loi » (la Directive du surintendant).

[36] Voici les passages pertinents des paragraphes susdits de la Loi :

14.01 (1) Après avoir tenu ou fait tenir une enquête sur la conduite du syndic, le surintendant peut prendre l'une ou plusieurs des mesures énumérées ci-après, soit lorsque le syndic ne remplit pas adéquatement ses fonctions ou a été reconnu coupable de mauvaise administration de l'actif [. . .]

a) annuler ou suspendre la licence du syndic

[. . .]

b) soumettre sa licence aux conditions ou restrictions qu'il estime indiquées, et notamment l'obligation de se soumettre à des examens et de les réussir ou de suivre des cours de formation;

[. . .]

14.02 (1) Lorsqu'il se propose de prendre l'une des mesures visées au paragraphe 14.01(1), le surintendant envoie

Superintendent shall send the trustee written notice of the powers that the Superintendent intends to exercise and the reasons therefore and afford the trustee a reasonable opportunity for a hearing.

(2) At a hearing referred to in subsection (1), the Superintendent

...

(c) shall deal with the matters set out in the notice of the hearing as informally and expeditiously as the circumstances and a consideration of fairness permit; [Emphasis added.]

[37] The Superintendent's Directive describes the procedure to be followed by the OSB in examining the conduct of a trustee which may lead to disciplinary measures involving his or her licence. While such directives do not have the force of an Act or regulation, they can be used to provide legal context and inform decisions. Here, the Superintendent's Directive is a helpful source of interpretive opinion and should be accorded some weight (see Ruth Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. (Toronto: Butterworths, 2002), at pages 503-504). The objectives are established in section 2 of the Superintendent's Directive as follows:

2. The objectives of this procedure are to:

a) ensure efficient and open conduct of disciplinary procedure

b) ensure that it is conducted in compliance with the statutory and other obligations provided for under the *Bankruptcy and Insolvency Act*, the General Rules, the Directive issued by the Superintendent of Bankruptcy, the *Charter of Rights and Freedoms* and the rules of administrative law.

c) maintain the confidence of the principal parties and the general public in the integrity of the bankruptcy and insolvency system; and

d) maintain consistency in the standard applied. [Emphasis added.]

[38] Section 8 of the Superintendent's Directive further requires the Superintendent to provide a

au syndic un avis écrit et motivé de la mesure qu'il entend prendre et lui donne la possibilité de se faire entendre.

(2) Lors de l'audition, le surintendant :

[. . .]

c) règle les questions exposées dans l'avis d'audition avec célérité et sans formalisme, eu égard aux circonstances et à l'équité; [Je souligne.]

[37] La Directive du surintendant expose la procédure que doit suivre le BSF quand il soumet la conduite d'un syndic à un examen susceptible de donner lieu à des mesures disciplinaires touchant sa licence. S'il est vrai que de telles directives n'ont pas l'effet d'une loi ou d'un règlement, on peut s'en servir pour définir le contexte juridique et éclairer les décisions. En l'occurrence, la Directive du surintendant est un instrument utile d'interprétation et il convient de lui accorder un certain poids; voir Ruth Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4^e éd., Toronto : Butterworths, 2002, aux pages 503 et 504. Les objectifs de la procédure administrative qu'expose la Directive du surintendant sont définis à sa section 2 dans les termes suivants :

2. Les objectifs du processus sont les suivants :

a) assurer un déroulement efficace et transparent du processus disciplinaire;

b) assurer le plein respect des obligations légales et autres prévue par la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, les Règles générales d'application, les Instructions du surintendant des faillites, la *Charte des droits et libertés* et les règles de droit administratif;

c) maintenir la confiance des principaux intervenants et du public en général dans l'intégrité du régime de la faillite et de l'insolvabilité; et

d) assurer l'uniformité des normes appliquées. [Je souligne.]

[38] La section 8 du même document exige en outre du surintendant qu'il offre au syndic une possibilité

reasonable opportunity to a trustee to prepare for a public hearing following written notice to the trustee of an investigation as to his conduct that may justify a “disciplinary sanction”. (See Appendix 1, appeal book, page 1578.)

[39] Some of the factors that are relevant in determining the level of procedural fairness in a given case were set out by the Supreme Court of Canada in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817.

[40] First, as to the nature of the decision being made, the Court in *Baker* commented that the closer an administrative process is to a judicial process, the more procedural fairness is likely to be required. While the procedures before the Superintendent are informal (depending on the circumstances and a consideration of fairness), the Trustees do face the possible cancellation or suspension of their licences; consequences that affect both their income and professional reputation. Accordingly, the importance of the decision to the Trustees does, as *per Baker*, suggest that a higher level of procedural fairness is required (see *Kane*, at paragraph 31).

[41] The remaining contextual factors identified in *Baker* did not impact on the duty of fairness in the present appeal. Based on the facts before me, the other considerations from *Baker*, which include the nature of the statutory scheme, legitimate expectations and the choice of procedure, do not militate towards a higher or lower level of procedural fairness accorded to the Trustees.

[42] In sum, the procedural requirements for disciplinary proceedings pursuant to sections 14.01 and 14.02 which give rise to sanctions, as well as the Superintendent’s Directive, collectively give rise to a clear duty to afford the Trustees fulsome disclosure, similar to the *Stinchcombe* principles. Accordingly, I am respectfully of the view that the applications Judge erred in law when he restricted disclosure to the first report and the information upon which it was based.

suffisante de se préparer à une audition publique après avoir reçu avis de l’ouverture, sur sa conduite, d’une enquête susceptible de donner lieu à une « sanction disciplinaire ». (Voir le dossier d’appel, appendice 1, page 1578.)

[39] La Cour suprême du Canada a énuméré certains des facteurs à prendre en considération pour établir le niveau d’équité procédurale qu’exige une affaire donnée dans *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817.

[40] Premièrement, pour ce qui concerne la nature de la décision à rendre, la Cour suprême postule dans *Baker* que plus la procédure administrative se rapproche de la procédure judiciaire, plus l’exigence d’équité procédurale sera en principe rigoureuse. S’il est vrai que les affaires soumises au surintendant doivent être réglées sans formalisme (eu égard aux circonstances et à l’équité), les syndic n’en risquent pas moins l’annulation ou la suspension de leur licence—conséquences qui influent aussi bien sur leur revenu que sur leur réputation professionnelle. Il s’ensuit que l’importance de la décision pour les syndic donne à penser, si l’on en juge d’après *Baker*, qu’un niveau plus élevé d’équité procédurale s’impose dans ce cas (voir *Kane*, au paragraphe 31).

[41] Les autres facteurs contextuels relevés dans *Baker* n’influent pas sur l’obligation d’équité à établir dans le présent appel. Vu les faits qui m’ont été présentés, les autres facteurs énumérés dans *Baker*—la nature du régime applicable, les attentes légitimes et le choix de la procédure—ne militent ni dans un sens ni dans l’autre pour ce qui est du niveau d’équité procédurale à garantir au syndic.

[42] Tout bien considéré, des prescriptions applicables aux procédures disciplinaires susceptibles de donner lieu à des sanctions sous le régime des articles 14.01 et 14.02, ainsi que de la Directive du surintendant, découle l’obligation manifeste de communication pleine et entière aux syndic, analogue à celle que définissent les principes de l’arrêt *Stinchcombe*. En conséquence, le juge des demandes, à mon humble avis, a commis une erreur de droit en limitant l’obligation de communica-

B. THE UNDISCLOSED MATERIAL AND ITS EFFECT ON THE RESULTS OF THE HEARING (THE REASONABLE POSSIBILITY TEST)

[43] Once it is established that relevant materials were not disclosed, it must be determined whether that failure to disclose impaired the trustee's right to explore possible avenues of investigation and to make full answer and defence. The Supreme Court of Canada in *R. v. Dixon*, [1998] 1 S.C.R. 244, at paragraph 36 set out a two-step analysis in order to establish impairment:

First, in order to assess the reliability of the result, the undisclosed information must be examined to determine the impact it might have had on the decision to convict. . . . If at the first stage an appellate court is persuaded that there is a reasonable possibility that, on its face, the undisclosed information affects the reliability of the conviction, a new trial should be ordered. Even if the undisclosed information does not itself affect the reliability of the result at trial, the effect of the non-disclosure on the overall fairness of the trial process must be considered at the second stage of analysis. This will be done by assessing, on the basis of a reasonable possibility, the lines of inquiry with witnesses or the opportunities to garner additional evidence that could have been available to the defence if the relevant information had been disclosed. In short, the reasonable possibility that the undisclosed information impaired the right to full answer and defence relates not only to the content of the information itself, but also to the realistic opportunities to explore possible uses of the undisclosed information for purposes of investigation and gathering evidence.

[44] After considering all of the disclosure materials in the appeal record, I agree with the applications Judge that the additional disclosure was not relevant for a review of the decisions of the Superintendent. In my view, there is no reasonable possibility that the result of this proceeding would be different if the Michalos report and the other materials had been disclosed or that it would open new lines of inquiry.

tion au premier rapport et aux renseignements sur la base desquels il a été établi.

B. L'EFFET DE LA NON-COMMUNICATION SUR LE RÉSULTAT DE L'AUDITION (LE CRITÈRE DE LA POSSIBILITÉ RAISONNABLE)

[43] Une fois établi que des éléments pertinents n'ont pas été communiqués, il faut répondre à la question de savoir si la non-communication a porté atteinte au droit du syndic d'examiner les possibilités d'investigation et de présenter une défense pleine et entière. La Cour suprême du Canada, au paragraphe 36 de *R. c. Dixon*, [1998] 1 R.C.S. 244, a exposé une méthode d'analyse en deux étapes pour établir s'il y a eu atteinte à ce droit :

Premièrement, pour évaluer le bien-fondé du résultat, il faut examiner les renseignements non divulgués pour déterminer l'incidence qu'ils auraient pu avoir sur la décision de rendre un verdict de culpabilité [. . .] Si, à la première étape, une cour d'appel est convaincue qu'il y a une possibilité raisonnable que les renseignements non divulgués influent, à première vue, sur le bien-fondé de la déclaration de culpabilité, un nouveau procès devrait être ordonné. Même si les renseignements non divulgués n'influencent pas eux-mêmes sur le bien-fondé du résultat atteint au procès, l'incidence de la non-divulgaration sur l'équité globale du procès doit être prise en considération à la deuxième étape de l'analyse. On le fera en évaluant, sous l'angle d'une possibilité raisonnable, les questions qui auraient pu être posées aux témoins ou les possibilités de recueillir d'autres éléments de preuve que la défense aurait pu avoir si les renseignements pertinents avaient été divulgués. Bref, la possibilité raisonnable que les renseignements non divulgués aient porté atteinte au droit à une défense pleine et entière a trait non seulement au contenu des renseignements eux-mêmes, mais encore aux possibilités réalistes d'examiner les utilisations possibles des renseignements non divulgués aux fins de l'enquête et de la cueillette d'éléments de preuve.

[44] Ayant examiné l'ensemble des pièces non communiquées que contient le dossier d'appel, je souscris à l'opinion du juge des demandes selon laquelle ces pièces n'étaient pas pertinentes pour le contrôle des décisions du surintendant. Il n'y avait pas à mon sens de possibilité raisonnable que la communication du rapport Michalos et des autres pièces refusées aux syndicats changeât le résultat de la procédure ou leur ouvrît de nouvelles possibilités d'investigation.

[45] A review of the two key issues before the Superintendent is in order. In the first decision, the Superintendent accepted the testimony of Mr. Sheriff regarding the role of Ms. Armshaw. Had the Superintendent relied on the role or credibility of Ms. Armshaw in his findings against the Trustees, or if she had been called and her testimony given more credibility than Mr. Sheriff, then the undisclosed report by Mr. Michalos might be of significance, but those are not the facts here.

[46] As to the issue of the solicitation of proxies, a review of the transcripts of the testimony of Mrs. Won and Mr. Sheriff indicates that Ms. Armshaw did not instruct Mrs. Won to demand proxies and there is nothing to suggest that Mr. Sheriff's initial instructions were distorted by Ms. Armshaw or Mrs. Won. Again, early disclosure of all of the material surrounding the proxies would not have altered the result.

[47] In my respectful view, the applications Judge erred in deciding that *Stinchcombe* principles do not apply in this case. However, given a careful review of the record, the breach of the duty of disclosure does not require this Court to intervene in the applications Judge's decision because there is not a reasonable possibility that the information contained in the disclosure documents would affect the final outcome or otherwise impair a trustee's right to make full answer and defence.

C. REASONABLE APPREHENSION OF BIAS

[48] It should also be noted that the Trustees argued that a reasonable apprehension of bias existed because the Superintendent sat as the adjudicator and his office investigated and prosecuted the case. This submission is without merit. The fact that the same person has the statutory power to investigate and adjudicate allegations of misconduct is not sufficient to create a reasonable apprehension of bias as long as that person does not both prosecute and participate in adjudicating the case (*Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General*

[45] L'examen des deux questions principales que le surintendant avait à trancher s'impose ici. Dans sa première décision, le surintendant a accepté le témoignage de M. Sheriff concernant le rôle joué par M^{me} Armshaw. Si le surintendant avait fondé ses conclusions défavorables aux syndicats sur le rôle ou la crédibilité de M^{me} Armshaw, ou si elle avait été appelée à témoigner et qu'il eût attribué plus de crédibilité à son témoignage qu'à celui de M. Sheriff, le rapport non communiqué établi par M. Michalos pourrait se révéler important; mais tel n'est pas le cas ici.

[46] Quant à la question de la sollicitation de procurations, l'examen des transcriptions des témoignages de M^{me} Won et de M. Sheriff révèle que M^{me} Armshaw n'avait pas donné pour instructions à M^{me} Won d'exiger des procurations, et rien ne laisse à penser que M^{me} Armshaw ou M^{me} Won aient déformé les instructions initialement données par M. Sheriff. Ici encore, la communication dès le départ de l'ensemble des pièces afférentes à la question des procurations n'aurait rien changé au résultat.

[47] À mon humble avis, le juge des demandes a commis une erreur en statuant que les principes de *Stinchcombe* ne s'appliquaient pas à la présente affaire. Cependant, l'examen attentif du dossier m'amène à conclure que le manquement constaté à l'obligation de communication n'exige pas que la Cour remette en cause la décision du juge des demandes, étant donné l'absence de possibilité raisonnable que la non-communication des pièces en question ait influé sur le résultat final ou autrement porté atteinte au droit des syndicats à une défense pleine et entière.

C. LA CRAINTE RAISONNABLE DE PARTIALITÉ

[48] Les syndicats, il faut également le noter, ont fait valoir l'existence d'une crainte raisonnable de partialité au motif que le surintendant a rempli la fonction juridictionnelle alors que son service se chargeait de l'enquête et des poursuites. Ce moyen n'est pas fondé. Le fait qu'une loi confère à la même personne les pouvoirs d'enquêter et de prononcer sur les allégations d'inconduite ne suffit pas à faire naître une crainte raisonnable de partialité, pour autant que cette personne ne remplisse pas à la fois les fonctions de poursuite et

Manager, Liquor Control & Licensing Branch), [2001] 2 S.C.R. 781, at paragraphs 40-41; *Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Association*, [2003] 1 S.C.R. 884).

[49] In this case the Superintendent did not conduct the investigation; it was delegated to the SDA. A similar situation pertaining to the Superintendent and his duties under sections 14.01 and 14.02 of the Act was reviewed by the Quebec Court of Appeal in *Métivier v. Mayrand*, [2003] R.J.Q. 3035 and the Court concluded that there was no apprehension of bias.

IV. CONCLUSION

[50] In summary, the appeal should be dismissed and the order of the applications Judge dated February 25, 2005 confirmed, but for different reasons. The Attorney General should be awarded his costs on appeal.

DÉCARY J.A.: I agree.

EVANS J.A.: I agree.

juridictionnelle : *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control & Licensing Branch)*, [2001] 2 R.C.S. 781, aux paragraphes 40 et 41; et *Bell Canada c. Association canadienne des employés de téléphone*, [2003] 1 R.C.S. 884.

[49] Dans la présente espèce, le surintendant n'a pas mené l'enquête, mais a délégué son pouvoir d'enquête à l'analyste principale. La Cour d'appel du Québec a examiné un cas analogue, mettant en jeu le surintendant et les pouvoirs que lui confèrent les articles 14.01 et 14.02 de la Loi, dans l'arrêt *Métivier c. Mayrand*, [2003] J.Q. n° 15389 (QL), et elle a conclu qu'il n'y avait pas là matière à crainte raisonnable de partialité.

IV. CONCLUSION

[50] En résumé, je rejeterais l'appel et confirmerais, quoique en la motivant différemment, l'ordonnance du juge des demandes en date du 25 février 2005. Le procureur général devrait se voir octroyer les dépens en appel.

LE JUGE DÉCARY, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.

LE JUGE EVANS, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.

T-2728-96
2006 FC 446

T-2728-96
2006 CF 446

Robert Châteauneuf, personally and in his capacity as representative of all the natural persons, employees of the Singer company, who are registered in group pension contract G-522 and who on December 12, 1966 or after have acquired and retained the right to receive from the Pensions Branch of the Canadian federal government an annuity consisting of their contributions and those of their employer, and any beneficiaries who may have succeeded to the said natural persons on account of their death. (Plaintiff)

v.

Her Majesty the Queen (Defendant)

INDEXED AS: CHÂTEAUNEUF v. CANADA (F.C.)

Federal Court, Tremblay-Lamer J.—Montréal, March 30; Ottawa, April 6, 2006.

Practice — Class Actions — Agreements respecting fees and disbursements between representative plaintiff, solicitor — Such agreements to be approved by Court, but Federal Court Rules, 1998, previous judgments silent re: factors to consider on motion for approval — Case law from Quebec, Ontario, British Columbia reviewed, applied — Whether fees agreement reasonable in light of circumstances, efforts devoted to case — Relevant factors to consider — Motion allowed.

This was a motion for approval of the fees agreement reached between the representative of the group and his attorneys in the context of a class action.

Held, the motion should be allowed.

The case law of various other jurisdictions (Quebec, Ontario and British Columbia) was considered as the *Federal Court Rules, 1998* and the case law of the Court were silent concerning the appropriate factors for consideration on a motion for approval of a fees agreement. Ultimately, the Federal Court may approve a fees agreement only if it is satisfied that the agreement is reasonable in light of the circumstances and the efforts devoted to the case. The tests

Robert Châteauneuf, en son nom personnel et en qualité de représentant de toutes les personnes physiques qui, employées de la compagnie Singer, se sont enrégistrées au contrat collectif de rentes G-522 et ont acquis et conservé, au 12 décembre 1966 ou après, le droit de recevoir du service des Rentes sur l'État du gouvernement fédéral canadien, une rente viagère composée de leurs contributions et de celles de leur employeur, ainsi que les ayants droit ayant pu naître à ces personnes physiques en raison de leur décès. (demanderesse)

c.

Sa Majesté la Reine (défenderesse)

RÉPERTORIÉ : CHÂTEAUNEUF c. CANADA (C.F.)

Cour fédérale, juge Tremblay-Lamer—Montréal, 30 mars; Ottawa, 6 avril 2006.

Pratique — Recours collectifs — Conventions relatives aux honoraires et aux débours entre le représentant de la partie demanderesse et ses procureurs — Ces conventions devaient être approuvées par la Cour, mais les Règles de la Cour fédérale (1998) et la jurisprudence antérieure étaient silencieuses quant aux facteurs à considérer dans le cadre d'une requête visant l'approbation d'une convention d'honoraires — La jurisprudence du Québec, de l'Ontario et de la Colombie-Britannique a été examinée et appliquée — Il s'agissait de savoir si la convention d'honoraires était raisonnable compte tenu des circonstances et des efforts consacrés au dossier — Facteurs pertinents à examiner — Requête accueillie.

Il s'agissait d'une requête visant l'approbation de la convention d'honoraires intervenue entre le représentant du groupe et ses procureurs dans le cadre d'un recours collectif.

Jugement : la requête doit être accueillie.

La jurisprudence de diverses autres juridictions (Québec, Ontario et Colombie-Britannique) a été passée en revue puisque les *Règles de la Cour fédérale (1998)* et la jurisprudence de la Cour étaient silencieuses quant aux facteurs à considérer lorsque la Cour est saisie d'une requête visant l'approbation d'une convention d'honoraires. En dernier ressort, il ne fait aucun doute que la Cour ne peut approuver une convention d'honoraires que si elle est

adopted in other jurisdictions are fully applicable to guide the Court in making this determination.

In the case at bar, the experience of counsel, the time devoted to the matter, counsel's present fees and charges, the difficulty of the question involved, the importance of the matter, the result obtained, the responsibility assumed by the representative's counsel, the risk undertaken, and the fees in similar cases were considered. The fees agreement was reasonable, taking into account the work performed by the representative's counsel, the fact that these counsel assumed the financial risk in the case almost totally for about 10 years, and that their work was appreciably successful given the uncertainty of the result at trial. It constituted an adequate financial incentive that allowed access to justice for a group of persons who did not have the resources to undertake an action of this scope.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

An Act respecting the class action, R.S.Q., c. R-2.1, ss. 30, 32, 37.1 (as enacted by S.Q. 1999, c. 70, s. 1).
Class Proceedings Act, 1992, S.O. 1992, c. 6, ss. 33(7),(8).
Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, c. 50, s. 38(2).
Code of ethics of advocates, R.R.Q., 1981, c. B-1, r. 1, s. 3.08.02.
Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 4, 299.1-299.42 (as enacted by SOR/2002-417, s. 17).
Government Annuities Act, R.S.C. 1970, c. G-6.
Rules of practice of the Superior Court of Québec in civil matters, R.R.Q., 1981, c. C-25, r. 8, rules 63, 65.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

Caumartin c. Bordet, 500-06-000002-838, August 23, 1984 (Que. Sup. Ct.); *Endean v. Canadian Red Cross Society*, [2000] 8 W.W.R. 294; (2000), 78 B.C.L.R. (3d) 28; 45 C.P.C. (4th) 39; 2000 BCSC 971.

REFERRED TO:

Nault c. Jarmark, [1985] R.D.J. 180 (Que. Sup. Ct.); *Page c. Canada (Procureur général)*, [2000] J.Q. No. 3020 (Sup. Ct.) (QL); *Vitapharm Canada Ltd. v. F. Hoffmann-La Roche Ltd.*, [2005] O.J. No. 1117 (S.C.J.); *Windisman v. Toronto College Park Ltd.* (1996), 3 C.P.C. (4th) 369 (Ont. Gen. Div.); *Cardozo v. Becton, Dickinson and Co.*, 2005 BCSC 1612; *Doyer v. Dow Corning Corp.*, [1999] Q.J. No. 6203 (Sup. Ct.) (QL).

satisfaite que celle-ci est raisonnable compte tenu des circonstances et des efforts consacrés au dossier. Les facteurs retenus dans les autres juridictions reçoivent pleine application pour guider la Cour dans cette détermination.

En l'espèce, l'expérience des procureurs, le temps consacré à l'affaire, les tarifs actuels des procureurs, la difficulté du problème soumis, l'importance de l'affaire, le résultat obtenu, la responsabilité assumée par les procureurs du représentant, le risque encouru et les honoraires dans des cas semblables ont été examinés. La convention d'honoraires était raisonnable compte tenu du travail accompli par les procureurs du représentant, que ces procureurs ont assumé presque totalement le risque financier du dossier pendant environ 10 ans et que leur travail a été couronné d'un succès appréciable vu le résultat incertain du procès. Elle constituait une incitation financière adéquate qui a permis l'accès à la justice à un groupe de personnes qui n'avait pas les moyens d'entreprendre ce recours d'envergure.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, ch. 50, art. 38(2).
Code de déontologie des avocats, R.R.Q., 1981, ch. B-1, r. 1, art. 3.08.02.
Loi de 1992 sur les recours collectifs, L.O. 1992, ch. 6, art. 33(7),(8).
Loi relative aux rentes sur l'État, S.R.C. 1970, ch. G-6.
Loi sur le recours collectif, L.R.Q., ch. R-2.1, art. 30, 32, 37.1 (édicte par L.Q. 1999, ch. 70, art. 1).
Règlement de procédure civile, R.R.Q., 1981, ch. C-25, r. 8, règles 63, 65.
Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 4, 299.1 à 299.42 (édictees par DORS/2002-417, art. 17).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Caumartin c. Bordet, 500-06-000002-838, 23 août 1984 (C.S. Qué.); *Endean v. Canadian Red Cross Society*, [2000] 8 W.W.R. 294; (2000), 78 B.C.L.R. (3d) 28; 45 C.P.C. (4th) 39; 2000 BCSC 971.

DÉCISIONS CITÉES :

Nault c. Jarmark, [1985] R.D.J. 180 (C.S. Qué.); *Page c. Canada (Procureur général)*, [2000] J.Q. n° 3020 (C.S.) (QL); *Vitapharm Canada Ltd. v. F. Hoffmann-La Roche Ltd.*, [2005] O.J. n° 1117 (C.S.J.); *Windisman v. Toronto College Park Ltd.* (1996), 3 C.P.C. (4th) 369 (Div. gén. Ont.); *Cardozo v. Becton, Dickinson and Co.*, 2005 BCSC 1612; *Doyer v. Dow Corning Corp.*, [1999] Q.J. n° 6203 (C.S.) (QL).

AUTHORS CITED

Mulheron, Rachael. *The Class Action in Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective*. Oxford: Hart, 2004.
 Saunders, Brian J. *et al. Federal Courts Practice 2006*. Toronto: Thomson/Carswell, 2005.

Motion for approval of the fees agreement reached between the representative of the group and his attorneys in the context of a class action. Motion allowed.

APPEARANCES:

Marcel Rivest and Guy Desautels for plaintiff.

Carole Bureau and Linda S. Mercier for defendant.

SOLICITORS OF RECORD:

Rivest, Schmidt et associés, Montréal, for plaintiff.

Deputy Attorney General of Canada for defendant.

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

[1] TREMBLAY-LAMER J.: This is a motion for approval of the fees agreement reached between the representative of the group and his attorneys in the context of a class action under rule 4 and rule 299.42 [as enacted by SOR/2002-417, s. 17] of the *Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106 (the Rules), sections 30, 32 and 37.1 [as enacted by S.Q. 1999, c. 70, s. 1] of *An Act respecting the class action*, R.S.Q., c. R-2.1, and rules 63 and 65 of the *Rules of practice of the Superior Court of Québec in civil matters*, R.R.Q., 1981, c. C-25, r. 8.

[2] Since November 21, 2002, rules 299.1-299.42 [as enacted by SOR/2002-417, s. 17], establish a comprehensive scheme governing class actions. But there are no transitional provisions governing actions commenced prior to the new scheme. According to Brian J. Saunders *et al.*, *Federal Courts Practice 2006* (Toronto: Thomson/Carswell, 2005), at page 666,

DOCTRINE CITÉE

Mulheron, Rachael. *The Class Action in Common Law Legal Systems : A Comparative Perspective*. Oxford : Hart, 2004.
 Saunders, Brian J. *et al. Federal Courts Practice 2006*. Toronto : Thomson/Carswell, 2005.

Requête visant l'approbation de la convention d'honoraires intervenue entre le représentant du groupe et ses procureurs dans le cadre d'un recours collectif. Requête accueillie.

ONT COMPARU :

Marcel Rivest et Guy Desautels pour la demanderesse.

Carole Bureau et Linda S. Mercier, pour la défenderesse.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Rivest, Schmidt et associés, Montréal, pour la demanderesse.

Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse.

Voici les motifs de l'ordonnance rendus en français par

[1] LA JUGE TREMBLAY-LAMER : Il s'agit d'une requête visant l'approbation de la convention d'honoraires intervenue entre le représentant du groupe et ses procureurs dans le cadre d'un recours collectif en vertu de la règle 4 et la règle 299.42 [édicte par DORS/2002-417, art. 17] des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106 (les Règles), des articles 30, 32 et 37.1 [édicte par L.Q. 1999, ch. 70, art. 1] de la *Loi sur le recours collectif*, L.R.Q., ch. R-2.1 ainsi que des règles 63 et 65 du *Règlement de procédure civile*, R.R.Q., 1981, ch. C-25, r. 8.

[2] Les règles 299.1 à 299.42 [édictees par DOR/2002-417, art. 17], depuis le 21 novembre 2002, établissent un régime compréhensif à l'égard des recours collectifs. Cependant, il n'existe pas de dispositions transitoires gouvernant les recours commencés avant le nouveau régime, mais selon Brian J. Saunders et autres, *Federal Courts Practice 2006*, Toronto : Thomson/

however, these actions will as a general rule be governed by the new scheme.

[3] With respect to agreements pertaining to extrajudicial fees that are reached between the representative and his or her counsel, subparagraph 299.18(1)(e)(iv) of the Rules provides that when the action is being certified as a class action, the representative plaintiff shall provide to the judge certifying the action a summary of any agreements respecting fees and disbursements between the representative and the representative's solicitor. However, at the time when the present action was commenced, no such condition existed.

[4] It is important to note that although there is a fees agreement between the representative and his counsel, the payments are not automatic. Rule 299.42 provides that no payments, including indirect payments, shall be made to a solicitor from the proceeds recovered in a class action unless they are approved by a judge. Furthermore, as a general rule no costs may be awarded to any party at any stage of the proceeding (subsection 299.41(1) of the Rules).

[5] However, the Rules, and previous judgments of this Court, are silent concerning the appropriate factors for consideration on a motion for approval of a fees agreement. This being the case, I think it is useful to conduct a short review of the precedents in various jurisdictions.

Applicable test in Quebec

[6] In Quebec, in relation to a fees agreement between the representative plaintiff and his or her counsel, and provided the representative has been deemed qualified to represent the group, the Court is loath to exercise its discretion and confines itself to approving the fees agreement unless it considers it unreasonable: *Nault c. Jarmark*, [1985] R.D.J. 180 (Que. Sup. Ct.).

[7] *Caumartin c. Bordet*, Quebec Sup. Ct., No. 500-06-000002-838, August 23, 1984, sets out the guiding principle that has been adopted in assessing

Carswell, 2005, à la page 666, en règle générale, ces recours seront gouvernés par le nouveau régime.

[3] Quant aux ententes relatives aux honoraires extrajudiciaires qui sont intervenus entre le représentant et son avocat, le sous-alinéa 299.18(1)e(iv) des Règles prévoit qu'au moment de l'action comme recours collectif, le représentant doit communiquer un sommaire au juge autorisant l'action aux honoraires et débours qui sont intervenus entre lui et son avocat. Cependant, à l'époque où la présente action a été entamée, une telle condition n'existait pas.

[4] Il est important de noter que bien que la convention d'honoraires intervienne entre le représentant et ses procureurs, les paiements ne sont pas automatiques. La règle 299.42 prévoit que tout paiement direct ou indirect à un avocat prélevé sur les sommes recouvrées à l'issue du recours collectif doit être approuvé par un juge. De plus, de façon générale, les dépens ne sont adjugés aux parties à quelque étape de l'instance que ce soit (paragraphe 299.41(1) des Règles).

[5] Cependant, les Règles, ainsi que la jurisprudence de cette Cour, sont silencieuses quant aux facteurs à considérer lorsque la Cour est saisie d'une requête visant l'approbation d'une convention d'honoraires. Dans un tel cas, je crois qu'il est utile de faire une brève revue de la jurisprudence des différentes juridictions.

Le test applicable au Québec

[6] Au Québec, relativement à une convention d'honoraires convenue entre le représentant et ses procureurs et étant donné que le représentant a été jugé apte à représenter le groupe, la Cour exerce peu son pouvoir discrétionnaire et se borne à entériner la convention d'honoraires à moins qu'elle ne la juge déraisonnable : *Nault c. Jarmark*, [1985] R.D.J. 180 (C.S. Qué.).

[7] L'arrêt *Caumartin c. Bordet*, C.S. Québec, n° 500-06-000002-838, 23 août 1984, énonce le principe directeur retenu pour évaluer le caractère raisonnable ou

whether or not a fees agreement is reasonable. Mr. Justice Greenberg adopted the tests of time and effort devoted to the case in preference to the test of a fixed percentage of the amount of the claim or the sums recovered for the benefit of the group members (see, likewise, *Page c. Canada (Procureur général)*, [2000] J.Q. No. 3020 (Sup. Ct) (QL)).

[8] The factors listed in the *Code of ethics of advocates*, R.R.Q., 1981, c. B-1, r. 1, are also used to guide the Court in the determination of the reasonableness of the fees agreement:

3.08.02. The fees are fair and reasonable if they are warranted by the circumstances and correspond to the professional services rendered. In determining his fees, the advocate must in particular take the following factors into account:

- (a) experience;
- (b) the time devoted to the matter;
- (c) the difficulty of the question involved;
- (d) the importance of the matter;
- (e) the responsibility assumed;
- (f) the performance of unusual professional services or professional services requiring exceptional competence or celerity;
- (g) the result obtained;
- (h) the judicial and extrajudicial fees fixed in the tariffs.

Applicable test in Ontario

[9] Class actions were instituted in this province in 1992, in the wake of a report by the Ontario Law Reform Commission that emphasized the importance of providing adequate financial incentives to encourage lawyers to accept the inherent risks in such proceedings, which facilitate access to justice of persons lacking the resources to engage in large-scale proceedings on their own.

[10] The system adopted in Ontario is covered in subsection 33(7) of the *Class Proceedings Act, 1992*, S.O. 1992, c. 6. On the motion of a solicitor who has entered into an agreement, the court shall determine the

non de la convention d'honoraires. Le juge Greenberg retient les critères du temps et des efforts consacrés au dossier de préférence à celui d'un pourcentage fixe du montant de la réclamation ou des sommes recouvrées au bénéfice des membres du groupe (voir au même effet *Page c. Canada (Procureur général)*, [2000] J.Q. n° 3020 (C.S.) (QL)).

[8] Les facteurs énumérés au *Code de déontologie des avocats*, R.R.Q., 1981, ch. B-1, r. 1 sont également utilisés pour guider la Cour dans la détermination du caractère raisonnable de la convention d'honoraires :

3.08.02. Les honoraires sont justes et raisonnables s'ils sont justifiés par les circonstances et proportionnés aux services professionnels rendus. L'avocat doit notamment tenir compte des facteurs suivants pour la fixation de ses honoraires :

- a) l'expérience;
- b) le temps consacré à l'affaire;
- c) la difficulté du problème soumis;
- d) l'importance de l'affaire;
- e) la responsabilité assumée;
- f) la prestation de services professionnels inhabituels ou exigeant une compétence ou une célérité exceptionnelles;
- g) le résultat obtenu;
- h) les honoraires judiciaires et extrajudiciaires prévus aux tarifs.

Le test applicable en Ontario

[9] Le recours collectif dans cette province a été institué en 1992. Il faisait suite à un rapport de la Commission de réforme du droit de l'Ontario qui faisait valoir l'importance de prévoir des incitations financières adéquates pour encourager les procureurs à accepter les risques inhérents à un tel recours, lequel facilite l'accès à la justice aux personnes n'ayant pas les moyens d'entreprendre des recours d'envergure.

[10] Le système retenu en Ontario est prévu au paragraphe 33(7) de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs*, L.O. 1992, ch. 6. Le tribunal saisi de la requête du procureur qui a conclu l'entente décide du montant des

amount of the solicitor's base fee. The base fee is calculated by multiplying the hours worked by the solicitor's usual hourly rate, to which the court may add an additional fee, calculated by multiplying the base fee by a multiplier to reflect the risks incurred by the solicitor. The case law recognizes that a multiplier of between 1.5 and 3.5 is appropriate: Rachael Mulheron, *The Class Action in Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective* (Oxford: Hart, 2004), at page 474. Finally, the court determines the amount of disbursements to which the solicitor is entitled, including interest calculated on the disbursements incurred, as totalled at the end of each six-month period following the date of the agreement.

[11] Subsection 33(8) provides that the base fee must be reasonable. The Ontario courts have laid down tests for assessing the reasonableness of the base fee, which are appreciably similar to those in Quebec:

- (a) the factual and legal complexities of the matters dealt with;
- (b) the risk undertaken, including the risk that the matter might not be certified;
- (c) the degree of responsibility assumed by class counsel;
- (d) the monetary value of the matters in issue;
- (e) the importance of the matter to the class;
- (f) the degree of skill and competence demonstrated by class counsel;
- (g) the results achieved;
- (h) the ability of the class to pay;
- (i) the expectations of the class as to the amount of the fees; and
- (j) the opportunity cost to class counsel in the expenditure of time in pursuit of the litigation and settlement.

(See: *Vitapharm Canada Ltd. v. F. Hoffmann-La Roche Ltd.*, [2005] O.J. No. 1117 (S.C.J.) (QL), at paragraph 67; *Windisman v. Toronto College Park Ltd.* (1996), 3 C.P.C. (4th) 369 (Ont. Gen. Div.), at paragraph 8.)

honoraires de base « *base fee* » du procureur. L'honoraire de base est calculé en multipliant les heures travaillées par leur tarif horaire habituel auquel le tribunal pourra ajouter un honoraire supplémentaire, calculé en multipliant l'honoraire de base par un multiplicateur afin de tenir compte des risques encourus par le procureur. La jurisprudence reconnaît qu'un multiplicateur entre 1.5 et 3.5 est approprié : Rachael Mulheron, *The Class Action in Common Law Legal Systems : A Comparative Perspective* (Oxford : Hart, 2004), à la page 474. Le tribunal décide finalement du montant des débours auquel a droit le procureur, y compris les intérêts calculés sur les débours effectués, selon le total fait à la fin de chaque semestre suivant la date de l'entente.

[11] Le paragraphe 33(8) prévoit que l'honoraire de base doit être raisonnable. Les tribunaux de l'Ontario ont énoncé des critères pour évaluer si l'honoraire de base est raisonnable, lesquels sont sensiblement les mêmes qu'au Québec :

[TRADUCTION]

- a) les complexités d'ordre factuel et juridique des affaires en cause;
- b) les risques courus, notamment celui que l'instance ne soit pas certifiée à titre de recours collectif;
- c) le degré de responsabilité exercé par l'avocat du groupe;
- d) la valeur pécuniaire attribuée aux questions en litige;
- e) l'importance de l'affaire pour le groupe;
- f) les qualités et la compétence dont fait preuve l'avocat du groupe;
- g) les résultats obtenus;
- h) la capacité de payer du groupe;
- i) les attentes du groupe quant au montant des honoraires;
- j) le coût de renonciation que supporte l'avocat du groupe quand il consacre du temps à la conduite et au règlement du litige.

(Voir : *Vitapharm Canada Ltd. v. F. Hoffmann-La Roche Ltd.*, [2005] O.J. n° 1117 (C.S.J.) (QL), au paragraphe 67; *Windisman v. Toronto College Park Ltd.*, [1996] O.J. n° 2897 (Div. gén.) (QL), au paragraphe 8.)

Applicable test in British Columbia

[12] Subsection 38(2) of the *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50 provides that a fees agreement must be approved by the court.

[13] As in the other jurisdictions, British Columbia's courts have developed tests for determining whether fees are reasonable. These are similar to those laid down by the courts in Ontario and Quebec (*Cardozo v. Becton, Dickinson and Co.*, 2005 BCSC 1612). However, in *Endean v. Canadian Red Cross Society*, [2000] 8 W.W.R. 294 (B.C.S.C.), the British Columbia Supreme Court rejected the use of the base fee/multiplier, holding that this approach was undesirable mainly because of its insufficient objectivity, the possibility of abuse by counsel who might bill excessive, unjustified hours or increase their normal rate, and the lack of predictability in its application.

The Federal Court

[14] It is clear that the Federal Court may approve a fees agreement only if it is satisfied that the agreement is reasonable in light of the circumstances and the efforts devoted to the case. The tests adopted in the other jurisdictions are fully applicable to guide us in making this determination. These tests do not constitute an exhaustive list, but serve as examples. Each case is *sui generis* and must be analysed in light of the particular facts and circumstances.

[15] I will now turn, in succession, to the factors that are relevant in the circumstances of this case.

1. Experience of counsel

[16] The representative's counsel have been pension plan specialists since 1988 and are well versed in class actions. They argued the first class action against Singer and won. They have argued successfully in numerous pension plan cases, many of them in the form of class actions. I am satisfied that the positive outcome obtained

Le test applicable en Colombie-Britannique

[12] Le paragraphe 38(2) de la *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 50 prévoit qu'une convention d'honoraires doit être approuvée par le tribunal.

[13] Comme les autres juridictions, les tribunaux de la Colombie-Britannique ont développé des facteurs à considérer afin de déterminer si les honoraires sont raisonnables. Les facteurs sont similaires à ceux énoncés par les tribunaux en Ontario et au Québec (*Cardozo v. Becton, Dickinson and Co.*, 2005 BCSC 1612). Cependant, dans l'arrêt *Endean v. Canadian Red Cross Society*, [2000] 8 W.W.R. 294 (C.S.C.-B.), la Cour suprême de la Colombie-Britannique a rejeté l'usage de l'honoraire de base/multiplicateur concluant que cette approche était peu désirable compte tenu principalement de l'objectivité insuffisante de l'approche, de la possibilité d'abus de la part des avocats qui pourraient facturer des heures excessives injustifiées ou augmenter leur taux normal, ainsi que le manque de prévisibilité dans son application.

La Cour fédérale

[14] Il ne fait aucun doute que la Cour ne peut approuver une convention d'honoraires que si elle est satisfaite que celle-ci est raisonnable compte tenu des circonstances et des efforts consacrés au dossier. Les facteurs retenus dans les autres juridictions reçoivent pleine application pour nous guider dans cette détermination. Ces facteurs ne constituent pas une liste exhaustive, mais plutôt exemplative. Chaque cas est un cas d'espèce et doit être analysé à la lumière des faits et des circonstances du dossier.

[15] Je reprendrai maintenant successivement les facteurs qui sont pertinents dans les circonstances du présent dossier.

1. L'expérience des procureurs

[16] Les procureurs du représentant sont à la fois spécialisés en matière de régime de retraite depuis 1988 et très versés dans les recours collectifs. Ils ont plaidé le premier recours collectif contre Singer et ont obtenu gain de cause. Ils ont plaidé avec succès de nombreuses causes de régimes de retraite, dont un grand nombre

is due in large part to the competence of these counsel.

2. Time devoted to the matter

[17] As of December 31, 2005, the representative's counsel had docketed 1,620 hours of work since January 1, 2000, to which they added 200 hours for work to come after December 31, 2005. The representative's counsel argue that the number of hours devoted to the case is explained by the following facts: the case involves new law, since there are no documented cases involving the Canadian Government Annuities; the moving party's counsel had to examine hundreds of exhibits that the Government Annuities filed, most of which were photocopies of carbon copies that had to be "deciphered"; the case was relatively complex both legally and technically; the representative's counsel prepared the trial almost completely in 2005, negotiated the settlement and prepared the relevant documents including the motions for approval.

[18] Having examined the summary of the total work performed in this case by the representative's counsel over about 10 years, I am satisfied that the number of hours devoted to the case is reasonable in the circumstances.

3. Counsel's present fees and charges

[19] Given the figure of 1,820 total hours of work at an average rate of \$225/hour, the fees of the representative's counsel would amount to \$409,500. But the fees agreement provides for fees and disbursements of \$350,000. Since the disbursements amount to \$17,000, that leaves \$333,000, which represents 81% of the fees actually logged in the case. I note as well that counsel received no bonus for the risk incurred or for financing the action that they had assumed for 10 years.

4. Difficulty of the question involved

[20] The representative's counsel argue that although the facts go back as far as 1947, they involve new law

était sous la forme de recours collectifs. Je suis satisfaite que le résultat positif obtenu est dû en grande partie à la compétence de ceux-ci.

2. Le temps consacré à l'affaire

[17] En date du 31 décembre 2005, les procureurs du représentant ont répertorié 1 620 heures de travail depuis le 1^{er} janvier 2000, chiffre auquel ils ont ajouté 200 heures pour le travail à venir après le 31 décembre 2005. Les procureurs du représentant soutiennent que le nombre d'heures consacrées au dossier s'explique par les faits suivants : il s'agit de droit nouveau puisqu'il n'existe aucune affaire recensée mettant en cause les Rentes sur l'État; les procureurs du requérant ont eu à étudier des centaines de pièces que les Rentes sur l'État ont déposées dont le plus grand nombre était constitué de photocopies de copies « carbone » qu'il a fallu « décrypter »; le dossier était relativement complexe tant sur le plan juridique que sur le plan technique; les procureurs du représentant ont préparé le procès presque au complet en 2005, ont négocié le règlement et ont préparé les documents y afférents incluant les requêtes en approbation.

[18] Ayant étudié le résumé de la somme de travail effectuée dans le présent dossier par les procureurs du représentant pendant environ 10 ans, je suis satisfaite que le nombre d'heures consacrées au dossier est raisonnable dans les circonstances.

3. Les tarifs actuels des procureurs

[19] Étant donné le chiffre de 1 820 heures de travail en total, à un taux moyen de 225 \$/heure, les honoraires des procureurs du représentant s'élèveraient à 409 500 \$. Or, la convention d'honoraires prévoit des honoraires et déboursés de 350 000 \$. Comme les déboursés s'élèvent à 17 000 \$, il reste 333 000 \$, ce qui représente 81 % des honoraires réellement investis dans le dossier. Je note également que les procureurs ne reçoivent aucune prime pour le risque encouru ni aucune prime pour le financement du recours qu'ils ont assumé pendant 10 ans.

4. La difficulté du problème soumis

[20] Les procureurs du représentant soutiennent que même si les faits remontent aussi loin que 1947, il s'agit

since there is no documented case involving the Canadian Government Annuities. Furthermore, the operations of the Government Annuities are almost completely unknown in the Quebec legal community since the Government Annuities stopped issuing new group annuities policies around 1979. Finally, the case was complex both legally and technically. Legally, in addition to the difficulties concerning the limitation period, it was necessary to determine the scope of the articulation between provincial and federal law in the application of the *Government Annuities Act* [R.S.C. 1970, c. G-6]. And it was necessary to interpret this Act and the regulations thereunder, which is not easy given that they refer to a reality that no longer exists. Technically, it was necessary to understand the procedure by which group policies under the Government Annuities operated, without the benefit of technical works, legal authorities or case law on the subject. There were also some difficulties in terms of witnesses—deceased, “disappeared” or unable to testify.

5. Importance of the matter

[21] For the representative, Mr. Châteauneuf, it was of great importance. Following the company’s closure in 1986, he set himself the objective of restoring justice in the context of the Singer company’s pension plan for the benefit of his former co-workers. After succeeding on an initial class action in respect of the funded pension plan in force in the Singer company from 1964 to 1986, he commenced this class action.

[22] For the members, the importance of the case pertains mainly to the benefit they will derive from the settlement reached between the parties. The group includes 342 members, about 60 of whom are still alive and will automatically receive a share. About 280 are deceased and their successors will have to come forward in order to receive a share. Since the settlement is confidential, the potential share of each individual cannot be disclosed. It suffices to say that the amount is not insignificant in comparison with the members’ current annual pension.

ici de droit nouveau puisqu’il n’existe aucune affaire recensée mettant en cause les Rentes sur l’État. De plus, le fonctionnement des Rentes sur l’État est presque totalement inconnu de la communauté juridique québécoise, puisque les Rentes sur l’État ont cessé d’émettre de nouvelles polices collectives de rentes autour de 1979. Finalement, le dossier était complexe tant sur le plan juridique que sur le plan technique. Sur le plan juridique, outre des difficultés quant à la prescription, il fallait déterminer la portée de l’articulation entre le droit provincial et le droit fédéral dans le cadre de l’application de la *Loi relative aux rentes sur l’État* [S.R.C. 1970, ch. G-6]. De plus, il fallait interpréter cette Loi et ses règlements d’application, ce qui n’est pas facile étant donné qu’ils font référence à une réalité aujourd’hui disparue. Sur le plan technique, il fallait comprendre le mécanisme de fonctionnement des polices collectives des Rentes sur l’État sans pouvoir bénéficier d’ouvrages techniques, de doctrine ou de jurisprudence sur le sujet. Il y avait aussi des difficultés au niveau des témoins—décédés, « disparus » ou incapables de témoigner.

5. L’importance de l’affaire

[21] Pour le représentant, M. Châteauneuf, elle revêtait une grande importance. Celui-ci s’était donné comme objectif, après la fermeture de la compagnie en 1986, de rétablir la justice dans le contexte du régime de retraite de la compagnie Singer et ce, au bénéfice de ces anciens collègues de travail. Après avoir réussi un premier recours collectif à l’égard du régime de retraite avec caisse en vigueur dans la compagnie Singer de 1964 à 1986, il a entrepris le présent recours collectif.

[22] Pour les membres, l’importance du dossier se rapporte surtout au bénéfice qu’ils tireront du règlement intervenu entre les parties. Le groupe compte 342 membres, dont environ 60 sont toujours vivants et recevront une part automatiquement. Environ 280 sont décédés et leurs ayants droits devront se manifester pour recevoir une part. Puisque le règlement est confidentiel, la part éventuelle de chacun ne peut être dévoilée. Il suffit de mentionner que le montant n’est pas négligeable par rapport à la rente annuelle actuelle des membres.

6. Result obtained

[23] In the decision approving the settlement, I found that the proposed settlement was reasonable and equitable given the risks of a trial, the difficulties raised, the uncertainty of the result and the quantum that was sought. I note as well that the mode of distribution among the members of the group is simple and will allow them quick recovery. Another indicator of success is that there will be nothing left over in this case since the total amount provided for the eligible members will be distributed to them in full.

7. Responsibility assumed by the representative's counsel

[24] This factor concerns only the financial risk assumed by the representative's counsel. They argue that in this regard this case must be divided into two stages. The first concerns the years 1996 to 2000, the second the years 2000 to 2006.

[25] For the first stage, the representative's counsel assumed 100% of the financial risk in respect of both their fees and disbursements and the funding of the case. In fact, at the time the Fonds d'aide aux recours collectifs was not allowed, under its enabling legislation, to assist the funding of class actions in the Federal Court. This meant that had the action failed, the representative's counsel would have lost the fees invested, the disbursements incurred and the interest lost on the fees not received during this period. According to the plaintiff's thesis, the limitation period ended on December 31, 1996. Had the representative's counsel not agreed to handle this case in these conditions, the action would never have been commenced and the group members would have obtained nothing at all.

[26] As a result of representations made to Quebec's Ministère de la Justice, the representative's counsel obtained some amendments to *An Act respecting the class action* of Quebec so that, from 2000 on, the representative was able to obtain financial assistance, and this reduced some of the risk.

6. Le résultat obtenu

[23] Dans la décision approuvant le règlement, j'ai conclu que le règlement proposé était raisonnable et équitable compte tenu des risques d'un procès, des difficultés soulevées, du résultat plus qu'incertain ainsi que du quantum recherché. Je retiens également que le mode de distribution entre les membres du groupe est simple et leur permettra un recouvrement rapide. Une autre mesure de succès est qu'il n'y aura pas de reliquat dans le présent dossier puisque la somme totale prévue pour les membres éligibles leur sera entièrement distribuée.

7. La responsabilité assumée par les procureurs du représentant

[24] Ce facteur concerne uniquement le risque financier pris par les procureurs du représentant. Les procureurs du représentant soutiennent qu'à cet égard, le présent dossier doit être divisé en deux étapes. La première étape porte sur les années 1996 à 2000, la seconde sur les années 2000 à 2006.

[25] Pour la première étape, les procureurs du représentant ont assumé le risque financier à 100 % tant pour leurs honoraires et les déboursés que pour le financement. En effet, à cette époque, le Fonds d'aide aux recours collectifs n'avait pas le droit, en vertu de sa loi constituante, d'aider au financement de recours collectifs devant la Cour fédérale. Cela signifiait qu'en cas d'échec du recours les procureurs du représentant auraient perdu les honoraires investis, les déboursés encourus et les intérêts perdus sur les honoraires non reçus au cours de cette période. Selon la thèse de la partie demanderesse, la prescription prenait fin le 31 décembre 1996. Si les procureurs du représentant n'avaient pas accepté d'occuper dans le présent dossier dans ces conditions, le recours n'aurait jamais été entrepris et les membres du groupe n'auraient rien obtenu du tout.

[26] Suite à des représentations au ministère de la Justice du Québec, les procureurs du représentant ont obtenu des modifications à la *Loi sur le recours collectif* au Québec de sorte que, à compter de l'an 2000, le représentant a pu obtenir de l'aide financière, ce qui a diminué une partie du risque.

[27] For the second period, the Fonds d'aide aux recours collectifs authorized total assistance to the representative of \$87,750 for his counsels' fees and their professional disbursements. Since the total amount of the counsels' fees and disbursements is \$409,600, the fees corresponding to the 450 hours worked (for the first period), or \$101,250, must be subtracted from this amount, which leaves fees and disbursements of \$308,250 for the second period. Because the Fonds authorized \$87,750 in assistance, the Fonds assumed a 28.5% share in the risk. The representative's counsel continued to bear 71.5% of the risk. If the \$101,250 for the first period is added to the \$220,500 for the second period, the total amount is \$321,750, a substantial financial risk for the representative's counsel, who will receive no bonus for the financing of the action that they assumed for 10 years.

8. Risk undertaken

[28] In this case counsel assumed a high risk, as the matter involves new law, there being no documented cases on Canadian Government Annuities group policies. As I stated in the reasons for decision approving the settlement, the probabilities of success in the litigation were modest, and entailed a relatively large risk. Moreover, there was a risk in terms of the trial since there were no longer many witnesses owing to the time elapsed and the advanced age of the participants. I have no hesitation in concluding that the result of this action was uncertain and the risk was high.

11. Fees in similar cases

[29] The British Columbia Supreme Court held that 20% was consistent with the percentage allowed in a number of decisions where they ranged from 10% to 33%, and that this represented a reasonable figure. The Quebec and Ontario courts have reached similar conclusions (see: *Doyer v. Dow Corning Corp.*, [1999] Q.J. No. 6203 (Sup. Ct.) (QL), at paragraph 14).

[27] Pour la seconde période, le Fonds d'aide aux recours collectifs a autorisé au représentant une aide totale de 87 750 \$ pour les honoraires de ses procureurs et pour leurs déboursés professionnels. Comme la somme totale des honoraires et déboursés des procureurs est de l'ordre de 409 600 \$, il faut soustraire de ce montant les honoraires correspondants aux 450 heures travaillées (pour la première période), soit 101 250 \$, de sorte qu'il reste pour la seconde période des honoraires et déboursés de l'ordre de 308 250 \$. Comme le Fonds a autorisé une aide de 87 750 \$, cela signifie que le Fonds a assumé une part de risque équivalent à 28,5 %. Les procureurs du représentant continuaient d'assumer un risque équivalent à 71,5 %. Si l'on rajoute la somme de 101 250 \$ pour la première période à 220 500 \$ pour la seconde période, la somme totale est 321 750 \$, un risque financier considérable pour les procureurs du représentant qui ne recevront aucune prime pour le financement du recours qu'ils ont assumé pendant 10 ans.

8. Le risque encouru

[28] En l'espèce, les procureurs assumaient un risque élevé du fait que l'affaire est de droit nouveau, puisqu'il n'existait pas de causes recensées sur les polices collectives des Rentes sur l'État. Comme je l'ai mentionné dans les motifs de la décision approuvant le règlement, les probabilités de succès du litige étaient mitigées et comportaient un risque relativement important. De plus, il existait un risque au niveau du procès puisqu'il n'y avait plus beaucoup de témoins en raison du temps écoulé et de l'âge avancé des participants. Je n'ai aucune hésitation à conclure que le résultat de ce recours était incertain et que le risque était élevé.

11. Les honoraires dans des cas semblables

[29] La Cour suprême de la Colombie-Britannique affirmait que le pourcentage de 20 % était conforme à celui alloué dans plusieurs décisions dont la gamme s'étendait de 10 % à 33 %, ce qui représentait un chiffre raisonnable. Les cours du Québec et de l'Ontario sont arrivés à des conclusions semblables (voir : *Doyer v. Dow Corning Corp.*, [1999] Q.J. n° 6203 (C.S.) (QL), au paragraphe 14).

[30] In class actions, fees agreements are reached between the representative and the counsel chosen by that particular representative. For this reason, the Court's approval is important and necessary to protect the other members of the group who did not negotiate the agreement and to ensure that the fees correspond to the services rendered, taking into account the particular circumstances of the case. It is necessary to avoid a situation in which the representative's counsel are unduly enriched to the detriment of the group's members.

Conclusion

[31] Notwithstanding the fact that the fees in this case represent a high percentage in comparison to the amount of the settlement, I am satisfied that the fees agreement is reasonable, taking into account the work performed by the representative's counsel, the fact that these counsel assumed the financial risk in the case almost totally for about 10 years and that their work was appreciably successful given the uncertainty of the result at trial. It constitutes an adequate financial incentive that allowed access to justice for a group of persons who did not have the resources to undertake an action of this scope. This is not in any way a situation in which the representative's counsel are being unduly enriched to the detriment of the members of the group.

[32] In view of the foregoing, on March 30, 2006, the Court allowed the motion and approved the extrajudicial fees agreement RC-1 reached between the representative of the group and his counsel.

[30] Dans les recours collectifs, les conventions d'honoraires sont conclues entre le représentant et les procureurs choisis par ce représentant particulier. Pour cette raison, l'approbation de la Cour est importante et nécessaire pour protéger les autres membres du groupe qui n'ont pas négocié la convention et pour s'assurer que les honoraires correspondent aux services rendus, en tenant compte des circonstances particulières du dossier. Il faut éviter une situation où les procureurs du représentant s'enrichissent indûment au détriment des membres du groupe.

Conclusion

[31] Dans la présente affaire, malgré le fait que les honoraires représentent un pourcentage élevé par rapport au montant du règlement, je suis satisfaite que la convention d'honoraires est raisonnable compte tenu du travail accompli par les procureurs du représentant, que ces procureurs ont assumé presque totalement le risque financier du dossier pendant environ 10 ans et que leur travail a été couronné d'un succès appréciable vu le résultat incertain du procès. Elle constitue une incitation financière adéquate qui a permis l'accès à la justice à un groupe de personnes qui n'avait pas les moyens d'entreprendre ce recours d'envergure. Il ne s'agit aucunement pas d'une situation où les procureurs du représentant s'enrichissent indûment au détriment des membres du groupe.

[32] Compte tenu de ce qui précède, le 30 mars 2006 la Cour accueille la requête et approuva la convention d'honoraires extrajudiciaires RC-1 intervenue entre le représentant du groupe et ses procureurs.

A-443-04
2006 FCA 87

A-443-04
2006 CAF 87

The Royal Winnipeg Ballet (*Appellant*)

v.

The Minister of National Revenue (*Respondent*)

INDEXED AS: ROYAL WINNIPEG BALLET v. M.N.R. (F.C.A.)

Federal Court of Appeal, Desjardins, Evans and Sharlow, J.J.A.—Toronto, September 28, 2005; Ottawa, March 2, 2006.

Employment Law — Appeal from Tax Court of Canada decision that certain dancers engaged by Royal Winnipeg Ballet (RWB) employees, not independent contractors — Legal relationship between RWB, dancers determined, governed by seasonal Canadian Ballet Agreement, umbrella agreement between Canadian Actors' Equity Association (CAEA), RWB — CAEA, dancers, RWB agreeing dancers covered by Agreement independent contractors — Not written agreement characterizing legal relationship — Principles of law established by case law on whether employee, independent contractor reviewed, applied — Wiebe Door Services Ltd. v. M.N.R. setting out list of factors to be considered in determining individual's status — Tax Court of Canada erring when concluding not necessary to consider parties' intention in determining legal nature of contract — Should have considered factors, particularly control factor, established by case law in determination — While RWB's control over dancers' work extensive in present case, no more than over stage series of ballets in given season — Parties' common understanding of legal relationship supported by contractual terms, facts.

Employment Insurance — Appeal from Tax Court of Canada decision that specific dancers engaged by Royal Winnipeg Ballet (RWB) employees, not independent contractors — Determination of dancers' status having important implications for purposes of Employment Insurance Act (EIA), Canada Pension Plan (CPP) — Tax Court's finding meant work of dancers constituting insurable employment under EIA, not entitled to tax relief for certain expenses usually incurred by dancers — Uncontradicted evidence establishing RWB, Canadian Actors' Equity

Le Royal Winnipeg Ballet (*appelant*)

c.

Le ministre du Revenu national (*intimé*)

RÉPERTORIÉ : ROYAL WINNIPEG BALLET c. M.R.N. (C.A.F.)

Cour d'appel fédérale, juges Desjardins, Evans et Sharlow, J.C.A.—Toronto, 28 septembre 2005; Ottawa, 2 mars 2006.

Droit de l'emploi — Appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt selon laquelle certains danseurs employés par le Royal Winnipeg Ballet (RWB) étaient des employés et non des entrepreneurs indépendants — Les rapports juridiques entre le RWB et les danseurs étaient régis par le Canadian Ballet Agreement en vigueur pendant la saison considérée; il s'agissait de l'accord-cadre auquel étaient parties la Canadian Actors' Equity Association (CAEA) et le RWB — La CAEA, les danseurs et le RWB avaient convenu que les danseurs visés par cet accord étaient des entrepreneurs indépendants — Il n'y avait pas de document contractuel qualifiant la nature des rapports juridiques — Les principes de droit énoncés dans la jurisprudence sur le statut d'employé ou d'entrepreneur indépendant ont été examinés et appliqués — L'arrêt Wiebe Door Services Ltd. c. M.R.N. établit la liste des facteurs à prendre en compte pour déterminer le statut d'une personne — La Cour canadienne de l'impôt a conclu à tort qu'il n'était pas nécessaire de tenir compte de l'intention des parties pour statuer sur la nature juridique du contrat — La Cour aurait dû tenir compte dans sa décision des facteurs énoncés dans la jurisprudence, et notamment du contrôle exercé — Le RWB exerçait en l'espèce un contrôle étroit sur le travail des danseurs, mais ce contrôle ne dépassait pas ce qu'exigeait la présentation d'une série de ballets pendant une saison de spectacles — La façon dont les parties interprétaient la nature de leur relation juridique était étayée par les clauses contractuelles et les faits.

Assurance-emploi — Appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt selon laquelle certains danseurs employés par le Royal Winnipeg Ballet (RWB) étaient des employés et non des entrepreneurs indépendants — Aux fins de la Loi sur l'assurance-emploi (LAE) et du Régime de pensions du Canada (RPC), le statut des danseurs avait d'importantes répercussions — Il ressortait de la conclusion de la Cour canadienne de l'impôt que le travail des danseurs constituait un emploi assurable aux termes de la Loi sur l'assurance-emploi et que les danseurs n'avaient pas le droit

Association, dancers all believing dancers self-employed, acted accordingly — Dancers therefore independent contractors.

Contracts — Appeal from Tax Court of Canada decision that specific dancers engaged by Royal Winnipeg Ballet employees, not independent contractors — Freedom of contract constituting fundamental principle of common law of contracts — Principles of law of contracts stated in Civil Code of Québec (Arts. 1425, 1426) also present in common law — Common intention of parties sought in interpretation of contract — Evidence of parties' understanding of contract must always be examined, given appropriate weight, but parties' declaration as to legal character of contract not determinative — Terms of contract must reflect parties' legal relationship in factual context.

This was an appeal from a decision of the Tax Court of Canada that certain dancers engaged by the Royal Winnipeg Ballet (RWB) for a particular period were employees and not independent contractors. The RWB had asked the Minister of National Revenue (Minister) for a ruling on this point to determine its legal obligations to the dancers under the *Canada Pension Plan (CPP)* and the *Employment Insurance Act (EIA)*. A Minister's delegate concluded that the dancers were employees of the RWB. The RWB, along with the three dancers at issue, filed separately two appeals each to the Tax Court of Canada: one under section 28 of the CPP and one under section 103 of the EIA. The eight appeals were dismissed. Only the RWB appealed the Tax Court judgment.

The legal relationship between the RWB and each dancer is determined and governed by the Canadian Ballet Agreement in force for that season. The Canadian Ballet Agreement is an umbrella agreement between the Canadian Actors' Equity Association (CAEA) and the RWB. The RWB agrees to engage only persons who are members thereof. The record established that the understanding of the CAEA, the dancers, and the RWB was that the dancers covered by the Canadian Ballet Agreement are independent contractors and not employees of the RWB. However, there was no contractual instrument that purported to characterize the dancers either as employees of the RWB or as independent contractors. The Canadian Ballet Agreement sets minimum rates of

de déduire certains frais qu'ils acquittaient habituellement — Rien ne contredisait la preuve selon laquelle le RWB, la Canadian Actors' Equity Association et les danseurs croyaient que les danseurs étaient des entrepreneurs indépendants et agissaient en conséquence — Les danseurs étaient donc des entrepreneurs indépendants.

Contrats — Appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt selon laquelle certains danseurs employés par le Royal Winnipeg Ballet étaient des employés et non des entrepreneurs indépendants — La liberté contractuelle est un principe fondamental du droit des contrats en common law — Les principes du droit des contrats sont énoncés dans le Code civil du Québec (art. 1425, 1426) et se retrouvent également en common law — Pour interpréter un contrat, il faut rechercher l'intention commune des parties — Il faut toujours examiner les éléments de preuve qui reflètent la façon dont les parties ont compris leur contrat et leur accorder une force probante appropriée, mais les affirmations que font les parties quant à la nature juridique de leur contrat ne sont pas concluantes — Les modalités du contrat, examinées dans le contexte factuel approprié, doivent refléter la relation juridique des parties.

Il s'agissait d'un appel de la décision de la Cour canadienne de l'impôt selon laquelle certains danseurs employés par le Royal Winnipeg Ballet (RWB) pendant une période donnée étaient des employés et non des entrepreneurs indépendants. Le RWB avait demandé au ministre du Revenu national (le ministre) de se prononcer sur ce point pour connaître ses obligations juridiques envers les danseurs aux termes du *Régime de pensions du Canada (RPC)* et de la *Loi sur l'assurance-emploi (LAE)*. Un délégué du ministre a conclu que les danseurs étaient des employés du RWB. Le RWB et trois des danseurs visés ont interjeté appel séparément à la Cour canadienne de l'impôt; le premier des deux appels interjetés par chacun était fondé sur l'article 28 du RPC, et le second, sur l'article 103 de la LAE. Les huit appels ont été rejetés. Seul le RWB a interjeté appel du jugement de la Cour canadienne de l'impôt.

Les rapports juridiques qui existent entre le RWB et chacun des danseurs sont régis par le Canadian Ballet Agreement en vigueur pendant la saison considérée. Le Canadian Ballet Agreement est un accord-cadre auquel sont parties la Canadian Actors' Equity Association (la CAEA) et le RWB. Le RWB convient d'engager uniquement des membres de la CAEA. Le dossier indiquait que la CAEA, les danseurs et le RWB s'étaient entendus sur le fait que les danseurs visés par le Canadian Ballet Agreement étaient des entrepreneurs indépendants et non pas des employés du RWB. Toutefois, il n'existait aucun document contractuel dans lequel les danseurs étaient qualifiés d'employés du RWB ou d'entrepreneurs indépendants. Le Canadian Ballet Agreement

remuneration, contributions to a health care plan and so forth. For all fiscal purposes, the dancers and the RWB acted consistently with their understanding that the dancers are independent contractors. The dancers are registered for GST purposes and charge GST to the RWB for their services. Furthermore, the RWB does not withhold tax from the remuneration paid to a dancer except at the dancer's request.

In finding that the dancers were employees of the RWB, the Tax Court considered it unnecessary to take into account "the intention of the parties" in determining the legal character of the relationship between the dancers and the RWB because the Court's consideration of other relevant factors yielded a conclusive result. The determination of the status of the dancers had important implications both for the RWB and the dancers. The Tax Court's finding meant that the RWB would be obliged to pay employment insurance premiums and make contributions to the CPP. From the point of view of the dancers, it meant, *inter alia*, that their work as dancers for the RWB was insurable employment under the EIA and that they were not entitled to tax relief for certain expenses borne by a dancer. The issue was whether the Tax Court was correct in finding that, for the purposes of the EIA and the CPP, the dancers in question were employees of the RWP.

Held (Evans J.A. dissenting), the appeal should be allowed.

Per Sharlow J.A. (Desjardins J.A. concurring): The state of the law after the 1986 Federal Court of Appeal decision in *Wiebe Door Services Ltd. v. M.N.R.* was that the key question in determining whether an individual is an employee is whether the individual was engaged to provide services as a person in business on his or her own account. It also provided a list of factors, such as the level of control, the ownership of the equipment, the degree of financial risk and the opportunity for profit, aimed at answering that question. In 2001, the Supreme Court stated in *67112 Ontario Ltd. v. Sagaz Industries Canada Inc.*, that there is no one conclusive test which can be universally applied to determine whether a person is an employee or an independent contractor and that the total relationship of the parties must be considered. Another leading case, *Wolf v. Canada*, was rendered by the Federal Court of Appeal in 2002 and involved a mechanical engineer whose working contract was governed by the laws of Quebec. Under the *Civil Code of Québec*, the key distinction between a "contract of employment" and a "contract of enterprise" lies with the element of subordination or control

fixe des taux de rémunération minimaux qui prévoient notamment le paiement de cotisations à un régime d'assurance-maladie. À l'égard du fisc, les danseurs et le RWB ont toujours agi conformément à leur entente selon laquelle les danseurs sont des entrepreneurs indépendants. Les danseurs sont inscrits aux fins de la TPS et facturent la TPS au RWB pour leurs services. En outre, le RWB ne retient aucun impôt sur la rémunération versée aux danseurs, sauf s'ils le demandent.

Lorsqu'elle a statué que les danseurs étaient des employés du RWB, la Cour canadienne de l'impôt a jugé inutile de tenir compte de « l'intention des parties » pour préciser la nature juridique de la relation unissant les danseurs et le RWB parce que son examen des autres facteurs pertinents lui a permis d'en arriver à un résultat concluant. Pour le RWB et les danseurs, le statut des danseurs avait d'importantes répercussions. En effet, la décision de la Cour canadienne de l'impôt imposait au RWB l'obligation de verser des cotisations d'assurance-emploi et des cotisations au RPC. Du point de vue des danseurs, il découlait notamment de cette conclusion que le travail qu'ils effectuaient en qualité de danseurs pour le RWB constituait un emploi assurable aux termes de la *Loi sur l'assurance-emploi* et qu'ils n'avaient pas le droit de déduire certains frais qu'ils acquittaient habituellement. Le présent appel soulevait la question de savoir si la Cour canadienne de l'impôt a eu raison de conclure qu'aux termes de la LAE et du RPC, les danseurs en cause étaient des employés du RWB.

Jugement (le juge Evans, J.C.A., dissident) : l'appel doit être accueilli.

La juge Sharlow, J.C.A. (avec l'appui de la juge Desjardins, J.C.A.) : L'état du droit après la décision rendue par la Cour d'appel fédérale en 1986 dans l'arrêt *Wiebe Door Services Ltd. c. M.R.N.* était le suivant : pour déterminer si une personne était un employé, la question essentielle était de savoir si la personne en question fournissait des services en tant que personne à son compte. La liste des facteurs y figurant, dont le niveau de contrôle, la propriété de l'équipement, l'ampleur du risque financier et la possibilité de faire des bénéfices, avait pour but de fournir une réponse à cette question. En 2001, dans l'arrêt *67112 Ontario Ltd. c. Sagaz Industries Canada Inc.*, la Cour suprême a déclaré qu'aucun critère universel ne permet de déterminer, de façon concluante, si une personne est un employé ou un entrepreneur indépendant et qu'il faut tenir compte de la relation globale qu'entretiennent les parties entre elles. Une autre décision faisant autorité, *Wolf c. Canada*, rendue par la Cour d'appel fédérale en 2002, portait sur un ingénieur mécanicien dont le contrat de travail était régi par le droit québécois. Selon le *Code civil du Québec*, la distinction

but, in the case law, the distinction is also examined in light of the tests now found in the other two cases. Desjardins J.A. applied the principles stated in *Sagaz* and *Wiebe Door* and concluded that the appellant was an independent contractor. Noël J.A. who concurred in the result but on the basis of a different analysis held that the characterization which the parties had placed on their relationship should be given great weight where the relevant factors point in both direction with equal force.

The Tax Court of Canada erred in concluding that it was unnecessary to take into account the intention of the parties. The Judge's apparent concern that parties may escape the legal consequences of creating an employment relationship simply by denying that they had created an employment relationship was unfounded. Indeed, there is ample authority for the proposition that parties to a contract cannot change the legal nature of that contract merely by asserting that it is something else. He also misunderstood Noël J.A.'s reasons in *Wolf* as treating the parties' contractual description of their legal relationship as a tie-breaker, to be taken into account only if the *Wiebe Door* factors fail to yield a conclusive result. In determining the legal nature of a contract, a search for the common intention of the parties is the object of the exercise. Décary J.A. expressed the same idea in *Wolf* when he referred to the *Civil Code of Quebec*, articles 1425 and 1426 which state principles of the law of contract that are also present in the common law. One such principle is that in interpreting a contract, what is sought is the common intention of the parties rather than the adherence to the literal meaning of the words. Another principle is that the circumstances in which a contract was formed, the interpretation the parties have already given it and usage must all be taken into account in interpreting a contract. In short, the evidence of the parties' understanding of their contract must always be examined and given appropriate weight. This however does not mean that the parties' declaration as to the legal character of their contract is determinative. If it is established that the terms of the contract, considered in the appropriate factual context, do not reflect the legal relationship that the parties profess to have intended, then their stated intention will be disregarded.

Given the uncontradicted evidence as to the parties' understanding of their legal relationship, the Tax Court should

essentielle entre un « contrat de travail » et un « contrat d'entreprise » consiste dans l'élément de subordination ou de contrôle mais, selon la jurisprudence, cette distinction doit également être examinée à la lumière des critères que l'on retrouve dans les deux autres arrêts. La juge Desjardins, J.C.A., a appliqué les principes exposés dans les arrêts *Sagaz* et *Wiebe Door* et a conclu que l'appelant était un entrepreneur indépendant. Le juge Noël, J.C.A., qui a souscrit au résultat, mais en se fondant sur une analyse différente, était d'avis qu'il s'agissait d'un cas où la qualification que les parties avaient donnée à leur relation devrait se voir accorder un grand poids si les facteurs pertinents pointaient dans les deux directions avec autant de force.

La Cour canadienne de l'impôt a conclu à tort qu'il n'était pas nécessaire de tenir compte de l'intention des parties. La crainte manifeste du juge que les parties puissent échapper aux conséquences juridiques de l'existence d'une relation employeur-employé en niant tout simplement avoir établi une telle relation n'était pas fondée. En effet, il existe de nombreuses décisions qui énoncent que les parties à un contrat ne peuvent en modifier la nature juridique simplement en le qualifiant d'autre chose. En outre, le juge a mal compris les motifs du juge Noël, J.C.A., dans l'arrêt *Wolf*, croyant à tort que la description que donnaient les parties dans le contrat de leur relation juridique était un genre de critère de démarcation, qui ne devait être pris en compte que si les facteurs exposés dans l'arrêt *Wiebe Door* ne débouchaient pas sur un résultat concluant. Lorsqu'il s'agit de qualifier la nature juridique d'un contrat, l'exercice consiste en fait à rechercher l'intention commune des parties. Le juge Décary, J.C.A., a exprimé la même idée dans l'arrêt *Wolf* en faisant référence aux articles 1425 et 1426 du *Code civil du Québec*, qui énoncent des principes du droit des contrats que l'on retrouve également en common law. Un de ces principes veut que, lorsqu'il s'agit d'interpréter un contrat, il faut rechercher l'intention commune des parties plutôt que de s'en remettre uniquement au sens littéral des mots utilisés. Un autre principe est que, pour interpréter un contrat, il convient de tenir compte des circonstances dans lesquelles il a été conclu, de l'interprétation que lui ont déjà donnée les parties, ainsi que de l'usage. Bref, il faut toujours examiner les éléments de preuve qui reflètent la façon dont les parties ont compris leur contrat et leur accorder une force probante appropriée. Or cela ne veut pas dire que les affirmations que font les parties quant à la nature juridique de leur contrat sont concluantes. S'il est prouvé que les modalités du contrat, examinées dans le contexte factuel approprié, ne reflètent pas la relation juridique que les parties affirment avoir souhaité établir, alors il ne faut pas tenir compte de leur intention déclarée.

Étant donné le témoignage non contredit des parties quant à la façon dont elles ont compris leur relation juridique, la

have considered the *Wiebe Door* factors and asked himself whether, on balance, the facts were consistent with the conclusion that the dancers were self-employed or were more consistent with the conclusion that the dancers were employees. Failing to take that approach led the Court to an incorrect conclusion. The control factor required particular attention in this case. While the degree of control exercised by the RWB over the work of the dancers is extensive, it is no more than is needed to stage a series of ballets over a well-planned season of performances. The elements of control in this case could not reasonably be considered to be inconsistent with the parties' understanding that the dancers were independent contractors. The common understanding of the parties as to the nature of their legal relationship was borne out by the contractual terms and the other relevant facts.

Per Evans J.A. (dissenting): The particular issue raised in this case was the weight that a court should give to the parties' understanding of the legal nature of their relationship when determining into which category a contract to supply services falls.

Freedom of contract is a fundamental principle of the common law of contract. With some specific limitations, parties may contract on whatever terms they think will best advance their interests. It also means that the courts must give effect to the terms on which the parties intended to contract. Whether a contract falls into a particular legal category is an inference of law, drawn from the terms of the agreement and the conduct of the parties. It does not rest on the legal label attached to the agreement by the parties or on their purpose in entering into it. The intention of the parties is relevant to determining the terms of the transaction, not to its legal characterization, nor to whether the parties attained their ultimate objective. Neither *Wiebe Door* nor *Sagaz* states that the common intention or understanding of the parties about the legal nature of their contract is a relevant factor in the analysis of the characterization of a contract. The reasons in both cases focus on objective factors for determining whether the individuals concerned were in business on their own account or were employees. When a dispute arises over the proper legal character of a contract, there are good reasons to attach little if any weight to the parties' understanding of it, or to their objective in entering into the contract. The only significant role of the parties' stated intention or understanding about the legal nature of their contract is as part of the interpretative context in which the Court views the contract in order to resolve ambiguities and fill in silences in its terms. With respect to the present case, the fact that the

Cour canadienne de l'impôt aurait dû examiner les facteurs de l'arrêt *Wiebe Door* et se demander si, dans l'ensemble, les faits étaient compatibles avec la conclusion selon laquelle les danseurs étaient des travailleurs indépendants ou s'ils étaient davantage compatibles avec la conclusion selon laquelle les danseurs étaient des employés. C'est parce que la Cour n'a pas adopté cette approche qu'elle en est arrivée à une conclusion erronée. En l'espèce, le facteur du contrôle méritait une attention particulière. Le RWB exerçait un contrôle étroit sur le travail des danseurs, mais ce contrôle ne dépassait pas ce qu'exigeait la présentation d'une série de ballets pendant une saison de spectacles bien planifiée. Il s'ensuivait qu'on ne pouvait raisonnablement considérer le contrôle exercé en l'espèce sur les danseurs comme incompatible avec l'intention des parties d'attribuer aux danseurs le statut d'entrepreneur indépendant. La façon dont les parties interprétaient la nature de leur relation juridique était étayée par les clauses contractuelles et les autres faits pertinents.

Le juge Evans, J.C.A. (dissident) : La question précise soulevée en l'espèce concernait l'importance que la Cour devait attribuer à la façon dont les parties ont compris la nature juridique de leur relation lorsqu'il s'agissait de décider à quelle catégorie appartenait le contrat d'entreprise qui les liait.

La liberté contractuelle est un principe fondamental du droit du contrat en common law. Sous réserve de certaines restrictions précises, les parties ont la liberté de conclure le contrat qui correspond le mieux à leurs intérêts. La liberté contractuelle implique également que la tâche qui consiste à donner effet aux clauses sur lesquelles les parties s'étaient entendues incombe aux tribunaux. La question de savoir si un contrat entre dans une catégorie juridique particulière est une conclusion de droit, fondée sur les clauses du contrat et la conduite des parties, et non pas sur l'étiquette juridique que les parties ont apposée au contrat ou sur l'objectif recherché par les parties lorsqu'elles l'ont conclu. L'intention des parties est un élément pertinent lorsqu'il s'agit de préciser les modalités de l'opération. Elle n'est pas un élément pertinent lorsqu'il faut qualifier cette opération sur le plan juridique ou trancher la question de savoir si les parties ont atteint l'objectif recherché. Ni l'arrêt *Wiebe Door* ni l'arrêt *Sagaz* n'énoncent que l'intention commune des parties ou la façon dont elles interprètent la nature juridique de leur contrat est un facteur pertinent pour les besoins de l'analyse à effectuer. Dans ces deux arrêts, les motifs privilégient le recours à des facteurs objectifs pour décider si les personnes concernées exploitaient une entreprise pour leur propre compte ou étaient des employés. Lorsque le différend à trancher porte sur la qualification juridique d'un contrat, il y a de bonnes raisons d'accorder peu de poids, voire aucun, à la façon dont les parties en ont compris la nature ou à l'objectif qu'elles

dancers were registered for and charged GST was not evidence of the legal nature of the contract. It was a legal consequence of characterizing the contract as one for the supply of services, not proof of its legal character, and the law attaches little or no weight to the fact that the parties' conduct is consistent therewith. At most, this fact was evidence that the parties believed that they were not in an employment relationship.

Wiebe Door was decided 20 years ago, at a time when the contextual approach to legal analysis was less well established in Canadian case law than it is now. The four factors enumerated in *Wiebe Door* are drawn largely from the law of tort. The test was devised before the rapid growth of outsourcing and privatization of work had occurred and the effects of the globalization of the economy had become so apparent. The changing nature of the workplace, and the increasing complexity and diversity of the relationships under which labour is supplied, are apt to reduce further whatever value the *Wiebe Door* test may once have had to determine who is an employee for EI and CPP purposes and thus entitled to the benefits that these statutory schemes provide.

The Tax Court Judge did not err in law when, in applying the *Wiebe Door/Sagaz* considerations to the terms of the contracts, he did not consider the parties' understanding of, or stated intention about, the legal nature of their relationship. The Judge was able to reach a clear conclusion about the proper characterization of the contracts on the basis of the *Wiebe Door/Sagaz* factors and a contextual examination of the terms of the contracts. He was also properly alert to the fact that an application of those factors had to be sensitive to the nature of the dancers' work. He declined to consider some aspects of the contractual relationship as indicative of control because they were inherent in the production and performance of a ballet as a coherent work of art.

The legal test for determining whether a contract is one of employment or for services is multi-factored. Unless a judge commits some egregious error in its application, it will be

recherchaient en concluant le contrat en question. Le seul rôle important que peut jouer l'intention déclarée des parties au sujet de la nature juridique de leur contrat est d'influencer le contexte interprétatif dans lequel la Cour examine le contrat en vue d'en élucider les ambiguïtés et d'en combler les lacunes. En l'espèce, le fait que les danseurs étaient inscrits aux fins de la TPS et avaient facturé cette taxe n'était pas une preuve qui déterminait la nature juridique du contrat. Il s'agissait d'une conséquence juridique qui découlait du fait que le contrat avait été qualifié de contrat d'entreprise, mais ne constituait pas une preuve de sa nature juridique, et le droit attache peu de poids, sinon aucun, au fait que la conduite des parties est compatible avec les conséquences découlant de la conclusion d'un tel contrat. Cela prouvait tout au plus que les parties estimaient qu'elles n'avaient pas conclu un contrat de travail.

L'arrêt *Wiebe Door* a été rendu il y a 20 ans, à une époque où l'approche contextuelle à l'analyse juridique était beaucoup moins solidement établie dans la jurisprudence canadienne qu'elle ne l'est aujourd'hui. Les quatre facteurs énumérés dans l'arrêt *Wiebe Door* sont principalement tirés des règles de la responsabilité délictuelle. Le critère a été élaboré avant l'essor de la privatisation et de la sous-traitance des tâches et avant que se fassent sentir aussi nettement les effets de la mondialisation de l'économie. Les changements survenus dans le monde du travail et la complexité et la diversité croissantes des relations dans lesquelles le travail est exécuté ne peuvent que diminuer l'importance qu'a pu avoir le critère élaboré dans l'arrêt *Wiebe Door* dans le passé pour déterminer qui est un employé aux fins de l'assurance-emploi et du RPC et qui a, par conséquent, droit aux prestations qui sont fournies dans le cadre de ces deux régimes établis par la loi.

Le juge de la Cour canadienne de l'impôt n'a pas commis une erreur de droit en ne tenant compte ni de la façon dont les parties comprenaient la nature juridique de leur relation ni de l'intention qu'elles ont exprimée à ce sujet lorsqu'il a appliqué les facteurs décrits dans les arrêts *Wiebe Door* et *Sagaz*. Le juge a pu en arriver à une conclusion claire au sujet de la qualification des contrats en se fondant sur les facteurs exposés dans les arrêts *Wiebe Door* et *Sagaz* et sur un examen contextuel des modalités des contrats. Il a été sensible, comme il devait l'être, au fait que l'application de ces facteurs devait être compatible avec la nature du travail des danseurs. Il a refusé de considérer certains aspects de la relation contractuelle comme indiquant l'existence d'un contrôle, parce qu'il s'agissait d'exigences étroitement liées à la production et à la présentation d'une œuvre d'art cohérente comme le ballet.

Le critère juridique qui permet de décider si un contrat donné est un contrat de travail ou un contrat d'entreprise fait appel à de nombreux facteurs. Tant que le juge ne commet pas

difficult to establish palpable and overriding error. As the Tax Court Judge pointed out, the contracts in the present case contained terms that subjected dancers to controls that went well beyond the requirement of artistic performance.

une erreur flagrante dans son application, il est difficile d'établir l'existence d'une erreur dominante et manifeste. Comme le juge de la Cour canadienne de l'impôt l'a fait remarquer, les contrats actuels contenaient des conditions qui assujettissaient les danseurs à un contrôle qui allait largement au-delà de ce qu'exigeait la présentation d'un spectacle artistique.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canada Pension Plan, R.S.C., 1985, c. C-8, s. 28 (as am. by S.C. 1997, c. 40, s. 65; 1998, c. 19, s. 255).
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, Arts. 1425, 1426.
Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, s. 103 (as am. by S.C. 1998, c. 19, s. 268).
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 8.1 (as enacted by S.C. 2001, c. 4, s. 8).
Labour Relations Act, C.C.S.M., c. L10.
Status of the Artist Act, S.C. 1992, c. 33.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

671122 Ontario Ltd. v. Sagaz Industries Canada Inc., [2001] 2 S.C.R. 983; (2001), 204 D.L.R. (4th) 542; 17 B.L.R. (3d) 1; 11 C.C.E.L. (3d) 1; 8 C.C.L.T. (3d) 60; 12 C.P.C. (5th) 1; 274 N.R. 366; 150 O.A.C. 12; 2001 SCC 59; *Wiebe Door Services Ltd. v. M.N.R.*, [1986] 3 F.C. 553; [1986] 5 W.W.R. 450; (1986), 46 Alta. L.R. (2d) 83; [1986] 2 C.T.C. 200; 87 DTC 5025; 70 N.R. 214 (C.A.); *Wolf v. Canada*, [2002] 4 F.C. 396; [2002] 3 C.T.C. 3; 2002 DTC 6853; 288 N.R. 67; 2002 FCA 96; *Montreal v. Montreal Locomotive Works Ltd.*, [1947] 1 D.L.R. 161; [1946] 3 W.W.R. 748 (P.C.); affg [1945] S.C.R. 621; [1945] 4 D.L.R. 225; [1945] CTC 386; revg in part *sub nom. Montreal Locomotive Works Ltd. v. Montreal and Attorney-General for Canada*, [1945] 2 D.L.R. 373; [1945] CTC 349 (Que. K.B.).

DISTINGUISHED:

Eli Lilly & Co. v. Novopharm Ltd., [1998] 2 S.C.R. 129; (1998), 161 D.L.R. (4th) 1; 80 C.P.R. (3d) 321.

CONSIDERED:

Stevenson Jordan and Harrison, Ltd. v. Macdonald and Evans, [1952] 1 T.L.R. 101 (C.A.); *Market Investigations, Ltd. v. Minister of Social Security*, [1968] 3 All E.R. 732 (Q.B.D.); *Lee Ting Sang v. Chung Chi-keung*, [1990] 2

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1425, 1426.
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 8.1 (édicte par L.C. 2001, ch. 4, art. 8).
Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23, art. 103 (mod. par L.C. 1998, ch. 19, art. 268).
Loi sur le statut de l'artiste, L.C. 1992, ch. 33.
Loi sur les relations du travail, C.P.L.M., ch. L10.
Régime de pensions du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-8, art. 28 (mod. par L.C. 1997, ch. 40, art. 65; 1998, ch. 19, art. 255).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

671122 Ontario Ltd. c. Sagaz Industries Canada Inc., [2001] 2 R.C.S. 983; 2001 CSC 59; *Wiebe Door Services Ltd. c. M.R.N.*, [1986] 3 C.F. 553 (C.A.); *Wolf c. Canada*, [2002] 4 C.F. 396; 2002 CAF 96; *Montreal v. Montreal Locomotive Works Ltd.*, [1947] 1 D.L.R. 161; [1946] 3 W.W.R. 748 (C.P.); conf. [1945] R.C.S. 621; [1945] 4 D.L.R. 225; [1945] CTC 386; infirmé en partie *sub nom. Montreal Locomotive Works Ltd. v. Montreal and Attorney-General for Canada*, [1945] 2 D.L.R. 373; [1945] CTC 349 (B.R. Qué.).

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

Eli Lilly & Co. c. Novopharm Ltd., [1998] 2 R.C.S. 129.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Stevenson Jordan and Harrison, Ltd. v. Macdonald and Evans, [1952] 1 T.L.R. 101 (C.A.); *Market Investigations, Ltd. v. Minister of Social Security*, [1968] 3 All E.R. 732 (Q.B.D.); *Lee Ting Sang v. Chung Chi-keung*, [1990] 2

A.C. 374 (P.C.); *Backman v. Canada*, [2001] 1 S.C.R. 367; (2001), 196 D.L.R. (4th) 193; 11 B.L.R. (3d) 165; [2001] 2 C.T.C. 11; 2001 DTC 5149; 266 N.R. 246; 2001 SCC 10; *Continental Bank Leasing Corp. v. Canada*, [1998] 2 S.C.R. 298; (1998), 163 D.L.R. (4th) 385; 98 DTC 6505; 222 N.R. 58; *Hayes v. Canada*, [2005] 3 C.T.C. 241; 2005 DTC 5373; (2005), 336 N.R. 141; 2005 FCA 227.

REFERRED TO:

Hôpital Notre-Dame de l'Espérance and Théoret v. Laurent, [1978] 1 S.C.R. 605; (1977), 3 C.C.L.T. 109; 17 N.R. 593; *Curley v. Latreille* (1920), 60 S.C.R. 131; 55 D.L.R. 461; *Spire Freezers Ltd. v. Canada*, [2001] 1 S.C.R. 391; (2001), 196 D.L.R. (4th) 210; 12 B.L.R. (3d) 1; [2001] 2 C.T.C. 40; 2001 DTC 5158; 266 N.R. 305; 2001 SCC 11; *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888; (1979), 112 D.L.R. (3d) 49; [1980] I.L.R. 595; 32 N.R. 488; *Family Insurance Corp. v. Lombard Canada Ltd.*, [2002] 2 S.C.R. 695; (2002), 212 D.L.R. (4th) 193; 167 B.C.A.C. 161; 38 C.C.L.I. (3d) 165; 288 N.R. 373; 2002 SCC 48; *Minister of National Revenue v. Standing* (1992), 147 N.R. 238 (F.C.A.); *9041-6868 Québec Inc. v. M.N.R.*, 2005 FCA 334.

AUTHORS CITED

Anson's Law of Contract, 28th ed. by J. Beatson. Oxford: Oxford University Press, 2002.
 Friedlander, Laura. "What Has Tort Law Got To Do With It? Distinguishing Between Employees and Independent Contractors in the Federal Income Tax, Employment Insurance, and Canada Pension Plan Contexts" (2003), 51 *Can. Tax J.* 1467.
 Furnston, Michael. *Cheshire, Fifoot & Furnston's Law of Contract*, 14th ed. London: Butterworths, 2001.
 Lewison, Kim. *The Interpretation of Contracts*, 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 1997.
 Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 5th ed. Toronto: Canada Law Book, 2005.

APPEAL from a Tax Court of Canada decision ((2004), 35 C.C.E.L. (3d) 101; 2004 TCC 390) that certain dancers engaged by the Royal Winnipeg Ballet were employees and not independent contractors. Appeal allowed.

APPEARANCES:

Peter H. Harris, Q.C. and *Harry C. G. Underwood* for appellant.
Gérald L. Chartier for respondent.

A.C. 374 (P.C.); *Backman c. Canada*, [2001] 1 R.C.S. 367; 2001 CSC 10; *Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, [1998] 2 R.C.S. 298; *Hayes c. Canada*, 2005 CAF 227.

DÉCISIONS CITÉES :

Hôpital Notre-Dame de l'Espérance et Théoret c. Laurent, [1978] 1 R.C.S. 605; *Curley v. Latreille* (1920), 60 R.C.S. 131; 55 D.L.R. 461; *Spire Freezers Ltd. c. Canada*, [2001] 1 R.C.S. 391; 2001 CSC 11; *Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888; *Family Insurance Corp. c. Lombard du Canada ltée*, [2002] 2 R.C.S. 695; 2002 CSC 48; *Ministre du Revenu national c. Standing*, [1992] A.C.F. n° 890 (C.A.) (QL); *9041-6868 Québec Inc. c. M.R.N.*, 2005 CAF 334.

DOCTRINE CITÉE

Anson's Law of Contract, 28th ed. by J. Beatson. Oxford : Oxford University Press, 2002.
 Friedlander, Laura. « What Has Tort Law Got To Do With It? Distinguishing Between Employees and Independent Contractors in the Federal Income Tax, Employment Insurance, and Canada Pension Plan Contexts » (2003), 51 *Rev. fiscale can.* 1467.
 Furnston, Michael. *Cheshire, Fifoot & Furnston's Law of Contract*, 14th ed. London : Butterworths, 2001.
 Lewison, Kim. *The Interpretation of Contracts*, 2nd ed. London : Sweet & Maxwell, 1997.
 Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 5th ed. Toronto : Canada Law Book, 2005.

APPEL d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (2004 CCI 390) selon laquelle certains danseurs employés par le Royal Winnipeg Ballet étaient des employés et non des entrepreneurs indépendants. Appel accueilli.

ONT COMPARU :

Peter H. Harris, c.r. et *Harry C. G. Underwood* pour l'appelant.
Gérald L. Chartier pour l'intimé.

SOLICITORS OF RECORD:

McCarthy Tétrault LLP, Toronto, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] SHARLOW J.A.: The Royal Winnipeg Ballet (the RWB) is appealing a decision of the Tax Court of Canada that Tara Birtwhistle, Johnny Wright and Kerrie Souster, when engaged by the RWB as dancers during the period from January 1 to July 29, 2001, were employees of the RWB and not independent contractors. The decision is reported as *Royal Winnipeg Ballet v. Canada (Minister of National Revenue—M.N.R.)* (2004), 35 C.C.E.L. (3d) 101.

[2] The RWB asked the Minister for a ruling on this point for the purpose of determining whether it had any legal obligation, in relation to the dancers, to pay contributions under the *Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8 (CPP), and premiums under the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23 (EIA). Such obligations would exist only if the dancers were employees of the RWB.

[3] A delegate of the Minister concluded that the dancers were employees of the RWB. The RWB, Ms. Birtwhistle, Mr. Wright and Ms. Souster appealed separately to the Tax Court of Canada. Each of them commenced two appeals, one pursuant to section 28 [as am. by S.C. 1997, c. 40, s. 65; 1998, c. 19, s. 255] of the CPP, and the other pursuant to section 103 [as am. by S.C. 1998, c. 19, s. 268] of the EIA.

[4] The eight appeals were heard together on common evidence. In judgments dated June 3, 2004, all of the appeals were dismissed.

[5] The RWB has appealed the Tax Court judgment. The dancers have not appealed. Their bargaining agent, Canadian Actors' Equity Association (the CAEA), sought leave to intervene in support of the appeal of the RWB. Leave was denied on the basis that the CAEA did

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

McCarthy Tétrault LLP, Toronto, pour l'appellant.
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 SHARLOW, J.C.A. : Le Royal Winnipeg Ballet (le RWB) interjette appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt dans laquelle celle-ci a jugé que Tara Birtwhistle, Johnny Wright et Kerrie Souster étaient, lorsqu'ils étaient employés par le RWB en qualité de danseurs pendant la période allant du 1^{er} janvier au 29 juillet 2001, des employés du RWB et non des entrepreneurs indépendants. La décision a été publiée sous l'intitulé *Royal Winnipeg Ballet c. Canada (Ministre du Revenu national—M.R.N.)*, 2004 CCI 390.

[2] Le RWB a demandé au ministre de se prononcer sur ce point pour savoir s'il était juridiquement tenu de verser à l'égard des danseurs des cotisations au *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-8 (RPC), et des cotisations aux termes de la *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23 (LAE), le RWB n'étant obligé d'effectuer ces versements que si les danseurs étaient des employés.

[3] Un délégué du ministre a conclu que les danseurs étaient des employés du RWB. Le RWB, M^{me} Birtwhistle, M. Wright et M^{me} Souster ont interjeté appel séparément devant la Cour canadienne de l'impôt. Ils ont tous interjeté deux appels, le premier conformément à l'article 28 [mod. par L.C. 1997, ch. 40, art. 65; 1998, ch. 19, art. 255] du RPC et le second conformément à l'article 103 [mod. par L.C. 1998, ch. 19, art. 268] de la LAE.

[4] Les huit appels ont été entendus conjointement sur preuve commune. Tous les appels ont été rejetés par des jugements datés du 3 juin 2004.

[5] Le RWB a interjeté appel du jugement de la Cour canadienne de l'impôt. Les danseurs n'ont pas interjeté appel. Leur agent de négociation, la Canadian Actors' Equity Association (la CAEA), a demandé l'autorisation d'intervenir pour appuyer l'appel du RWB.

not represent a point of view that would not otherwise be adequately represented (order of Pelletier J.A. dated March 16, 2005).

The Facts

[6] The facts are not in dispute. The RWB is a world-renowned ballet company. In a typical season, running approximately from September to May, the RWB produces four ballets, which it performs in Winnipeg and on tour in Canada and abroad. Approximately 25 dancers are engaged by the RWB for a season. The RWB may also engage guest artists and other dancers, referred to as “local jobbers,” for limited periods within a season. The dancers are supported by numerous staff who work behind the scenes.

[7] The performances for a season are planned two to three years in advance. In February of each year, the recruitment of dancers begins for the following season. A dancer who is engaged for a particular season cannot be assured of an offer of engagement for the next season, but normally will be advised by the end of February if no new engagement offer is to be made. Ms. Birtwhistle, Mr. Wright and Ms. Souster were engaged for the season covered by the period in issue in this case.

[8] The RWB recruits dancers from those engaged for the current season, from its affiliated ballet school, and from an open audition process. The dancers the RWB wishes to engage are chosen by the artistic director, who also decides which dancers are assigned to particular roles.

[9] The rehearsal and performance of a ballet is an artistic collaboration involving the choreographer who creates the dance movements, the dancers who perform the dance, the ballet masters and ballet mistresses who instruct and coach the dancers, and the artistic director who co-ordinates the work of the dancers with the work of others, including the musicians and designers. A dancer is not free to dance his or her assigned role in a

L'autorisation a été refusée pour le motif que la CAEA ne représentait pas un point de vue qui, sans son intervention, ne serait pas représenté de façon appropriée (ordonnance du juge Pelletier datée du 16 mars 2005).

Les faits

[6] Les faits ne sont pas contestés. Le RWB est une compagnie de ballet de renommée mondiale. Au cours d'une saison normale, qui va de septembre à mai environ, le RWB produit quatre ballets, qu'il présente à Winnipeg et en tournée au Canada et à l'étranger. Le RWB embauche près de 25 danseurs par saison. Le RWB retient également les services d'artistes invités et d'autres danseurs, qualifiés de « travailleurs locaux », pour des périodes limitées pendant la saison. Les danseurs sont appuyés par un personnel nombreux qui travaille dans les coulisses.

[7] Les spectacles présentés au cours d'une saison sont planifiés deux ou trois ans à l'avance. Le recrutement des danseurs commence au mois de février pour la saison suivante. Le danseur qui est engagé pour une saison particulière n'est pas sûr d'être réengagé pour la saison suivante, mais il est habituellement informé avant la fin du mois de février qu'aucune nouvelle offre d'embauche ne lui sera faite. M^{me} Birtwhistle, M. Wright et M^{me} Souster avaient été engagés pour la saison visée par la période en cause en l'espèce.

[8] Le RWB recrute ses danseurs parmi ceux qui ont été engagés pour la saison en cours, dans les écoles de ballet affiliées et en tenant des auditions. Les danseurs que le RWB souhaite engager sont choisis par le directeur artistique, qui attribue également les rôles aux différents danseurs.

[9] Les répétitions et la présentation d'un ballet sont le fruit d'une collaboration artistique à laquelle participent le chorégraphe qui crée les mouvements de danse, les danseurs qui exécutent le ballet, les maîtres et les maîtresses de ballet qui forment les danseurs et les entraînent et le directeur artistique qui coordonne le travail des danseurs et celui des autres participants, notamment des musiciens et des décorateurs. Les

manner that departs from the choreography or the artistic vision of the artistic director. However, each dancer's artistic expression is necessarily unique, even while performing choreographed dance movements.

[10] The artistic director chooses dancers for particular roles based on their individual artistic qualities. Dancers considered for lead roles generally are so advised when they are offered an engagement for the season. Discussions and negotiations ensue and, if fruitful, result in a written contract.

[11] The legal relationship between the RWB and each dancer is determined and governed by the Canadian Ballet Agreement in force for that season, which may in some cases be supplemented by an individual contract between the dancer and the RWB. The Minister does not argue, and there is no evidence that the RWB or the dancers have acted in any way that is inconsistent with any of those contracts.

[12] The Canadian Ballet Agreement is an umbrella agreement between the CAEA and the RWB. It is negotiated every three years. Under the Canadian Ballet Agreement, the RWB recognizes the CAEA as the exclusive bargaining agent for all dancers, narrators, singers, choreographers, stage managers, assistant stage managers, ballet masters and ballet mistresses that the RWB engages. The RWB agrees to engage only members of the CAEA for those positions.

[13] The record establishes that the understanding of the CAEA, the dancers, and the RWB is that dancers covered by the Canadian Ballet Agreement are independent contractors and not employees of the RWB. It is also generally understood that stage managers engaged by the RWB under the Canadian Ballet Agreement are employees of the RWB.

[14] The understanding that dancers are self-employed exists in relation to all but one of the

danseurs ne sont pas libres de danser le rôle qui leur est assigné en s'éloignant de la chorégraphie ou de la vision artistique du directeur artistique. Cependant, l'expression artistique de chaque danseur est nécessairement unique, même lorsqu'il exécute des mouvements de danse chorégraphiés.

[10] Le directeur artistique choisit les danseurs pour les divers rôles en se fondant sur les qualités individuelles des artistes. Les danseurs à qui on pense proposer des rôles principaux en sont généralement informés au moment où on leur offre un engagement pour la saison. Viennent ensuite des discussions et des négociations qui, si elles débouchent sur une entente, entraînent la rédaction d'un contrat.

[11] Les rapports juridiques qui existent entre le RWB et chacun des danseurs sont régis par le Canadian Ballet Agreement en vigueur pendant la saison considérée, qui est parfois complété par un contrat individuel conclu entre le danseur et le RWB. Le ministre ne soutient pas, et aucune preuve n'indique, que le RWB ou les danseurs aient jamais agi de façon incompatible avec ces différents contrats.

[12] Le Canadian Ballet Agreement est un accord-cadre auquel sont parties la CAEA et le RWB. Il est négocié tous les trois ans. Aux termes du Canadian Ballet Agreement, le RWB reconnaît que la CAEA est l'agent de négociation exclusif pour tous les danseurs, les narrateurs, les chanteurs, les chorégraphes, les régisseurs de plateau, les régisseurs de plateau adjoints, les maîtres de ballet et les maîtresses de ballet qu'engage le RWB. Le RWB convient d'engager uniquement des membres de la CAEA pour combler ces postes.

[13] Le dossier indique que la CAEA, les danseurs et le RWB se sont entendus sur le fait que les danseurs visés par le Canadian Ballet Agreement sont des entrepreneurs indépendants et non pas des employés du RWB. Il est également généralement reconnu que les régisseurs de plateau engagés par le RWB aux termes du Canadian Ballet Agreement sont des employés du RWB.

[14] L'entente selon laquelle les danseurs sont considérés comme des travailleurs autonomes concerne

ballet agreements to which the CAEA is a party. The one exception is the ballet agreement between the CAEA and the Alberta Ballet in Calgary. Dancers with the Alberta Ballet were employees before they were represented by the CAEA and remain so even though they are covered by a ballet agreement negotiated with the CAEA.

[15] There is no evidence that there are any practical considerations relating to the activities of the RWB, or the work environment of dancers engaged by the RWB, that compels dancers to be employees of the RWB, or that compels them to be independent contractors.

[16] There is no contractual instrument that purports to characterize the dancers as employees of the RWB or as independent contractors. The Canadian Ballet Agreement is silent on that point. Although the record does not disclose a reason for that silence, the omission may be deliberate because the Canadian Ballet Agreement covers some members of the CAEA (stage managers) who are understood to be employees and some (dancers) who are understood to be independent contractors.

[17] The Canadian Ballet Agreement sets minimum rates of remuneration, including overtime and vacation pay, contributions to a health care plan and a disability insurance plan, and minimum standards for a large number of working conditions for dancers of varying levels of experience. A dancer may be classified under the Canadian Ballet Agreement as apprentice, corps de ballet (levels 1 to 6), second soloist (levels 1 to 2), first soloist (levels 1 to 5), or principal dancer. Among the dancers' working conditions covered by the Canadian Ballet Agreement are rehearsal and performance conditions, periods of rest between performances, and travel arrangements and allowances.

[18] A dancer is free to negotiate with the RWB terms of engagement that are better than those set out in the

tous les accords que la CAEA a conclus avec des compagnies de ballet, à une seule exception près. Cette unique exception est l'accord conclu entre la CAEA et l'Alberta Ballet de Calgary. Les danseurs de l'Alberta Ballet étaient des employés avant d'être représentés par la CAEA, et ils le sont demeurés même s'ils sont désormais régis par le contrat négocié avec la CAEA.

[15] Il n'existe aucune preuve indiquant qu'il existe des considérations pratiques découlant des activités du RWB ou des conditions de travail des danseurs engagés par le RWB qui obligerait ces derniers à être des employés du RWB ou des entrepreneurs indépendants.

[16] Il n'existe aucun document contractuel dans lequel les danseurs sont qualifiés d'employés du RWB ou d'entrepreneurs indépendants. Le Canadian Ballet Agreement est muet sur ce point. Le dossier ne contient pas d'éléments susceptibles d'expliquer cette omission, mais il est possible qu'elle ait été délibérée, étant donné que le Canadian Ballet Agreement régit certains membres de la CAEA (les régisseurs de plateau) qui sont reconnus comme étant des employés et d'autres membres (les danseurs) qui sont reconnus comme étant des entrepreneurs indépendants.

[17] Le Canadian Ballet Agreement fixe des taux de rémunération minimaux, qui prévoient la rémunération des heures supplémentaires et des congés payés, le paiement de cotisations à un régime d'assurance-maladie et à un régime d'assurance-invalidité et établit des normes minimales pour toute une série de conditions de travail visant les danseurs ayant différents niveaux d'expérience. Aux termes du Canadian Ballet Agreement, les danseurs peuvent être apprentis, membres du corps de ballet (niveaux 1 à 6), deuxièmes solistes (niveaux 1 à 2), premiers solistes (niveaux 1 à 5) ou danseurs principaux. Les conditions de travail des danseurs régis par le Canadian Ballet Agreement concernent les modalités applicables aux répétitions et aux représentations, les périodes de repos entre les représentations ainsi que les déplacements et les indemnités.

[18] Les danseurs ont la faculté de négocier avec le RWB des conditions d'engagement plus favorables que

Canadian Ballet Agreement. Normally, the soloists and principal dancers are the individuals who are most likely to obtain such terms, which generally include a slightly better rate of remuneration, better billing, and special concessions of a relatively minor nature.

[19] A dancer who is engaged by the RWB may accept an engagement for a live performance with another company after the start of rehearsals for the season, if there is a permissive term in the individual contract or the RWB consents. A dancer has the right to accept other engagements that do not conflict with the fulfilment of his or her contractual obligations, if the RWB consents. A principal dancer or soloist engaged by the RWB is free to accept any radio or television broadcast engagement but is required to ensure that his or her engagement with the RWB is publicized.

[20] The RWB is obliged to display the names of all dancers prominently on its premises, and to list in programmes distributed to its audiences the names of all dancers performing in a principal or soloist role. Dancers retain ownership of their images, subject to the limited licence given to the RWB under the Canadian Ballet Agreement to use them for certain purposes.

[21] The RWB cannot require a dancer to perform any tasks that are not stipulated in the Canadian Ballet Agreement or in the dancer's individual contract. For example, a performance cannot be filmed or broadcast unless a separate agreement is negotiated.

[22] Dancers personally bear certain costs in order to carry out their contractual obligations, including the cost of fitness and rehearsal wear, physical conditioning (including gym memberships), orthopedic devices, makeup and certain health-related items. The RWB is required by the Canadian Ballet Agreement to purchase pointe shoes, specialized belts and costumes. The RWB, as a bulk purchaser, is able to obtain

celles du Canadian Ballet Agreement. Habituellement, les solistes et les danseurs principaux sont les mieux placés pour obtenir ce genre de conditions, qui comprennent généralement des taux de rémunération légèrement plus élevés, la mise en vedette du danseur et des concessions spéciales de nature relativement mineure.

[19] Les danseurs qui sont engagés par le RWB peuvent accepter de participer à une représentation en direct avec une autre compagnie après le début des répétitions pour la saison, s'il existe dans leur contrat individuel une clause qui les y autorise ou si le RWB y consent. Les danseurs ont le droit d'accepter d'autres engagements, avec le consentement du RWB, pourvu que cela ne les empêche pas d'exécuter leurs obligations contractuelles. Le danseur principal ou le soliste engagé par le RWB est libre d'accepter des engagements pour des représentations radiodiffusées ou télédiffusées, mais il doit veiller à ce que soit clairement mentionné le fait qu'il a été engagé par le RWB.

[20] Le RWB est tenu d'afficher de façon bien visible dans ses locaux les noms de tous les danseurs et de faire figurer dans les programmes distribués au public les noms de tous les danseurs qui exécutent des rôles de soliste ou un rôle principal. Les danseurs conservent un droit de propriété sur leur image, sous réserve d'une autorisation prévue au Canadian Ballet Agreement permettant au RWB de l'utiliser à certaines fins.

[21] Le RWB ne peut obliger un danseur à exécuter une tâche qui n'est pas prévue par le Canadian Ballet Agreement ou par le contrat individuel signé par le danseur. Par exemple, une représentation ne peut être filmée ou télédiffusée que si un accord distinct a été négocié à ce sujet.

[22] Les danseurs acquittent personnellement certains frais découlant de l'exécution de leurs obligations contractuelles, notamment les coûts suivants : les costumes d'exercice et de répétition, le conditionnement physique (y compris les frais d'adhésion à des clubs d'entraînement), les appareils orthopédiques, le maquillage et certains articles de santé. Selon les termes du Canadian Ballet Agreement, le RWB est tenu

discounts for such items.

[23] For all fiscal purposes, the dancers and the RWB have acted consistently with their understanding that the dancers are independent contractors. The dancers are registered for GST [Goods and Services Tax] purposes and charge GST to the RWB for their services. The RWB does not withhold tax from the remuneration paid to a dancer, except at the dancer's request. If a dancer requests that tax be withheld, the dancer also stipulates the amount to be withheld. The RWB complies with any such request by a dancer.

[24] A dancer may choose to contribute to a fund called the "Dancer's Resource Transition Plan" operated by a not-for-profit organization called the Dancer Transition Resource Centre. The fund is used to assist dancers moving from a dancing career to their next endeavour. If a dancer contributes to that fund, the RWB makes a matching contribution although it has no obligation to do so under the Canadian Ballet Agreement or the dancers' individual engagement contracts.

The Tax Court Decision

[25] The Judge found that the dancers were employees of the RWB. He provided a lengthy account of the legal principles upon which he based his decision, and an extensive explanation of his application of those principles to the facts. I do not propose to restate the Judge's reasons, but I observe that he considered it unnecessary to take into account what he referred to as "the intention of the parties" in determining the legal character of the relationship between the dancers and the RWB, because his consideration of other relevant factors yielded what he found to be a conclusive result (see paragraph 82 of the Judge's reasons). For the reasons that are discussed below, I must respectfully disagree with the Judge that the intention of the parties was irrelevant in this case. In my view, his error in that regard led him to an incorrect conclusion.

d'acheter les chaussons de pointe, les ceintures spéciales et les costumes. Le RWB se procure ces articles en gros et est en mesure d'obtenir des prix réduits.

[23] À l'égard du fisc, les danseurs et le RWB ont toujours agi conformément à leur entente selon laquelle les danseurs sont des entrepreneurs indépendants. Les danseurs sont inscrits aux fins de la TPS [Taxe sur les produits et services] et facturent la TPS au RWB pour leurs services. Le RWB ne retient aucun impôt sur la rémunération versée aux danseurs, sauf s'ils le demandent. Le danseur qui demande que le RWB retienne de l'impôt précise également le montant à retenir. Le RWB donne toujours suite aux demandes de ce genre présentées par les danseurs.

[24] Les danseurs peuvent choisir de cotiser à un fonds appelé « Dancer's Resource Transition Plan », qui est exploité par un organisme sans but lucratif appelé le Dancer Transition Resource Centre. Ce fonds a pour but d'aider financièrement les danseurs lorsqu'ils décident de changer de carrière. Lorsqu'un danseur cotise à ce fonds, le RWB verse une contribution de contrepartie même s'il n'est pas tenu de le faire aux termes du Canadian Ballet Agreement ou du contrat d'engagement individuel conclu avec le danseur.

La décision de la Cour canadienne de l'impôt

[25] Le juge a statué que les danseurs étaient des employés du RWB. Il a longuement décrit les principes juridiques sur lesquels il a fondé sa décision et expliqué en détail la façon dont ces principes s'appliquaient aux faits. Je n'ai pas l'intention de reproduire les motifs du juge, mais je note qu'il a considéré qu'il était inutile de tenir compte de ce qu'il a appelé « l'intention des parties » pour préciser la nature juridique de la relation unissant les danseurs et le RWB, parce que son examen des autres facteurs pertinents lui avait permis d'en arriver à un résultat concluant (voir le paragraphe 82 des motifs du juge). Pour les motifs exposés ci-dessous, je ne peux souscrire à l'affirmation du juge selon laquelle l'intention des parties n'était pas pertinente dans cette affaire. À mon avis, l'erreur qu'il a commise sur ce point l'a amené à tirer une conclusion erronée.

Discussion

1. Preliminary points

(a) Consequences of the status of the dancers as employees or independent contractors

[26] It is common ground that the RWB is entitled to succeed in this appeal if the dancers were not employees of the RWB during the relevant period. The importance of this to the RWB is that the RWB has no obligation to pay employment insurance premiums or make contributions to the CPP for the dancers unless they are employees of the RWB. Although this case deals with only three dancers for a limited period of time, it is anticipated that as a practical matter the conclusions reached in this case will be applied in later periods to all dancers engaged by the RWB, unless the facts change significantly.

[27] From the point of view of the dancers, the finding of the Tax Court that they are employees of the RWB means that their work as dancers for the RWB is insurable employment under the EIA. Also, if the dancers are employees of the RWB, they are obliged to make only a portion of the required contributions under the *Canada Pension Plan* (the “employee’s share”), because the RWB must pay the “employer’s share.” An independent contractor is required to pay both portions (although the earnings upon which the required contribution is based may be reduced by certain deductions that are not available to employees).

[28] If the RWB’s appeal to this Court is successful, the dancers whose cases were before the Tax Court would not necessarily be at risk of any negative consequences, at least in relation to the EIA and the CPP for the period in issue, because they did not appeal their Tax Court judgments. However, as indicated above, they and other dancers engaged by the RWB may be affected for later periods, unless the facts change significantly.

Analyse

1. Aspects préliminaires

a) Conséquences du statut d’employé ou d’entrepreneur indépendant des danseurs

[26] Il est admis que le RWB doit obtenir gain de cause dans le présent appel si les danseurs n’étaient pas des employés du RWB au cours de la période pertinente. L’effet d’une telle conclusion pour le RWB est que celui-ci n’est pas tenu de verser des cotisations d’assurance-emploi ou des cotisations au RPC à l’égard des danseurs si ceux-ci ne sont pas des employés. La présente affaire concerne uniquement trois danseurs pour une période limitée, mais on s’attend à ce qu’en pratique les conclusions tirées par la Cour dans le présent arrêt soient appliquées pour des périodes postérieures à tous les danseurs engagés par le RWB, à moins que les faits ne soient sensiblement différents.

[27] Du point de vue des danseurs, il découle de la conclusion de la Cour canadienne de l’impôt selon laquelle ils sont des employés du RWB que le travail qu’ils effectuent en qualité de danseurs pour le RWB constitue un emploi assurable aux termes de la LAE. En outre, si les danseurs sont des employés du RWB, ils sont tenus de ne verser qu’une partie des cotisations prévues par le RPC (la « part de l’employé »), étant donné que le RWB doit payer la « part de l’employeur ». Les entrepreneurs indépendants sont tenus de verser les deux parts de cette cotisation (quoique les gains à partir desquels sont calculées les cotisations peuvent faire l’objet de certaines déductions dont les employés ne bénéficient pas).

[28] S’il est fait droit à l’appel qu’a interjeté le RWB, cela n’aura pas nécessairement des répercussions défavorables pour les danseurs dont les demandes ont été entendues par la Cour canadienne de l’impôt, du moins pour ce qui est de la LAE et du RPC pour la période en cause, parce qu’ils n’ont pas interjeté appel des jugements de la Cour canadienne de l’impôt les concernant. Cependant, comme cela a été mentionné ci-dessus, ces danseurs ainsi que les autres danseurs engagés par le RWB pourraient être touchés à l’avenir par la présente décision à moins que les faits ne diffèrent sensiblement.

(b) Potential tax issues

[29] A question may arise as to the extent to which the dancers, if they are employees, are entitled to tax relief for certain expenses typically borne by a dancer, such as agent's fees, special clothing, shoes and equipment, and physical training costs. Generally, a self-employed person may claim tax relief for all expenses reasonably incurred to earn his or her income from self-employment. By contrast, the tax relief available to an employee is restricted to a permitted list of items, most of which would not be applicable to a dancer who is an employee. This differential treatment assumes that essential employment expenses generally are borne by the employer. It is generally recognized that in particular cases, that assumption may not be valid.

[30] The record of this case contains no particulars on the extent to which any dancer could be adversely affected by being found to be an employee, rather than an independent contractor. Nor does the record disclose whether the RWB would be amenable to a change in the terms of engagement to ameliorate the potential negative income tax consequences of a finding that the dancers are employees.

(c) Provincial employment laws

[31] The record does not disclose whether and in what respect the labour and employment laws of Manitoba would affect the RWB or the dancers if the dancers are employees of the RWB rather than independent contractors. Neither party made any submissions about whether the Canadian Ballet Agreement is or should be governed by the *Labour Relations Act*, C.C.S.M., c. L10, or any other provincial legislation that establishes employment standards or authorizes collective bargaining for employees. Since no argument was presented in this regard, I have assumed that the scope of provincial labour legislation is not relevant to the issues raised in this case.

b) Questions fiscales susceptibles de se poser

[29] Il est possible de se demander dans quelle mesure les danseurs, dans le cas où ils seraient des employés, ont le droit de déduire certains frais qu'ils acquittent habituellement, comme les honoraires de leur agent, les dépenses liées aux vêtements, aux chaussures et à l'équipement spéciaux ainsi que les frais liés à leur entraînement physique. D'une façon générale, les travailleurs indépendants peuvent déduire toutes les dépenses raisonnablement engagées pour gagner un revenu provenant d'un travail indépendant. Par contre, les déductions dont bénéficient les employés se limitent à des articles figurant sur une liste, dont la plupart ne concernent pas les danseurs qui seraient employés. Cette différence de traitement repose sur le principe que les dépenses essentielles liées à un emploi sont généralement payées par l'employeur. Il est généralement reconnu que, dans certains cas particuliers, cette hypothèse ne tient pas.

[30] Le présent dossier ne contient pas d'éléments indiquant quelles seraient les répercussions défavorables que subiraient les danseurs s'ils étaient qualifiés d'employés plutôt que d'entrepreneurs indépendants. Le dossier ne révèle pas non plus si le RWB serait disposé à modifier les conditions d'engagement des danseurs en vue de réduire les conséquences fiscales négatives qui pourraient découler d'une conclusion selon laquelle les danseurs sont des employés.

c) Les lois provinciales en matière de travail

[31] Le dossier ne révèle pas dans quelle mesure les lois du travail du Manitoba toucheraient le RWB ou les danseurs si ces derniers étaient qualifiés d'employés du RWB plutôt que d'entrepreneurs indépendants. Les parties n'ont pas présenté d'observations sur la question de savoir si le Canadian Ballet Agreement est ou devrait être régi par la *Loi sur les relations du travail*, C.P.L.M., ch. L10, ou par toute autre loi provinciale qui fixe des normes en matière d'emploi ou autorise les employés à recourir à la négociation collective. Étant donné qu'aucun argument n'a été présenté sur ce point, j'ai tenu pour acquis que les lois du travail de la province n'avaient pas d'incidence sur les questions soulevées dans la présente affaire.

(d) *The Status of the Artist Act*

[32] The *Status of the Artist Act*, S.C. 1992, c. 33, was referred to in argument in the Tax Court and in this Court. It deals with a number of issues relating to self-employed artists engaged in work that is within federal legislative jurisdiction. It contemplates collective agreements between self-employed artists and federal government organizations, and between self-employed artists and broadcasting undertakings within the jurisdiction of the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC). The *Status of the Artist Act* has no application in this case because the RWB is not an organization that is regulated by a federal authority.

[33] The only relevance of the *Status of the Artist Act* in these proceedings is that it represents a formal recognition by the Parliament of Canada that performing artists may be independent contractors whose minimum terms of engagement are the subject of a collective agreement. The existence of the *Status of the Artist Act* does not and cannot establish that performing artists are always self-employed or that they cannot be employees.

2. The jurisprudence

[34] *67112 Ontario Ltd. v. Sagaz Industries Canada Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 983 (*Sagaz*) is the leading case from the Supreme Court of Canada on the determination of the status of a person as an employee or an independent contractor. However, before discussing *Sagaz*, it is useful to consider *Wiebe Door Services Ltd. v. M.N.R.*, [1986] 3 F.C. 553 (C.A.), because it forms an important part of the jurisprudential foundation for *Sagaz*.

(a) *Wiebe Door*

[35] The issue in *Wiebe Door* was whether certain installers and repairers of overhead doors were employees of a corporation, even though the corporation hired them on the basis that they would be running their own businesses. If the installers were employees, the

d) *La Loi sur le statut de l'artiste*

[32] La *Loi sur le statut de l'artiste*, L.C. 1992, ch. 33, a été mentionnée dans les plaidoiries présentées devant la Cour canadienne de l'impôt et devant la Cour. Elle traite d'un certain nombre de questions qui touchent les artistes indépendants qui effectuent un travail relevant des compétences législatives fédérales. Il y est question de conventions collectives entre les artistes indépendants et les organismes gouvernementaux fédéraux ainsi qu'entre les artistes indépendants et les entreprises de radiodiffusion relevant du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (le CRTC). La *Loi sur le statut de l'artiste* ne s'applique pas au présent litige étant donné que le RWB n'est pas un organisme qui relève d'une autorité fédérale.

[33] Le seul intérêt de la *Loi sur le statut de l'artiste* pour la présente instance est qu'elle constitue une reconnaissance formelle par le Parlement du Canada du fait que les artistes de spectacle peuvent être des entrepreneurs indépendants dont les clauses d'engagement minimales peuvent faire l'objet d'une convention collective. L'existence de la *Loi sur le statut de l'artiste* n'établit pas et ne peut pas établir que les artistes de spectacle sont toujours des travailleurs indépendants ou qu'ils ne peuvent pas être des employés.

2. La jurisprudence

[34] *67112 Ontario Ltd. c. Sagaz Industries Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 983 (*Sagaz*) est l'arrêt de la Cour suprême du Canada qui fait autorité sur la notion d'employé et d'entrepreneur indépendant. Cependant, avant d'examiner l'arrêt *Sagaz*, il est utile d'étudier l'arrêt *Wiebe Door Services Ltd. c. M.R.N.*, [1986] 3 C.F. 553 (C.A.), parce qu'il constitue un élément important de la fondation jurisprudentielle sur laquelle repose l'arrêt *Sagaz*.

a) *Wiebe Door*

[35] Dans l'arrêt *Wiebe Door*, il s'agissait de savoir si les installateurs et réparateurs de portes basculantes étaient des employés d'une société, même si la société les avait embauchés en se fondant sur le fait qu'ils exploitaient leurs propres entreprises. Si la Cour avait

result would have been to confirm an assessment against the corporation for the payment of unemployment insurance premiums and CPP contributions for the years 1979, 1980 and 1981.

[36] The Tax Court Judge had determined that the installers were employees, citing the “integration test” from *Stevenson Jordan and Harrison, Ltd. v. Macdonald and Evans*, [1952] 1 T.L.R. 101 (C.A.) [at page 111], *per* Denning L.J. The key part of that case is quoted in *Wiebe Door* [at page 560], and reads as follows:

One feature which seems to run through the instances is that, under a contract of service, a man is employed as part of the business and his work is done as an integral part of the business: whereas, under a contract for services his work, although done for the business, is not integrated into it but is only accessory to it.

[37] MacGuigan J.A. said that the Tax Court Judge had misapplied this statement by treating it as though it stated a single test for distinguishing between an employee and an independent contractor. He found that test not to be a fair one because it will necessarily result in a finding of employment if the parties have developed a relationship of mutual dependence. MacGuigan J.A. [at page 564] adopted instead the following analytical framework from the decision of Cooke J. in *Market Investigations, Ltd. v. Minister of Social Security*, [1968] 3 All E.R. 732 (Q.B.D.) [at pages 737-738]:

The observations of LORD WRIGHT, of Denning, L.J., and of the judges of the Supreme Court in the U.S.A. suggest that the fundamental test to be applied is this: “Is the person who has engaged himself to perform these services performing them as a person in business on his own account?”. If the answer to that question is “yes”, then the contract is a contract for services. If the answer is “no” then the contract is a contract of service. No exhaustive list has been compiled and perhaps no exhaustive list can be compiled of considerations which are relevant in determining that question, nor can strict rules be laid down as to the relative weight which the various considerations should carry in particular cases. The most that can be said is that control will no doubt always have to be

déclaré que les installateurs étaient des employés, cela aurait eu pour effet de confirmer la cotisation établie à l’égard de la société en question qui l’obligeait à verser des cotisations d’assurance-chômage et des cotisations au RPC pour les années 1979, 1980 et 1981.

[36] Le juge de la Cour canadienne de l’impôt avait jugé que les installateurs étaient des employés, en citant le « critère de l’intégration » tiré de l’arrêt *Stevenson Jordan and Harrison, Ltd. v. Macdonald and Evans*, [1952] 1 T.L.R. 101 (C.A.) [à la page 111], par le lord juge Denning. La partie essentielle de cet arrêt est citée dans l’arrêt *Wiebe Door* [à la page 560] et est ainsi rédigée :

[TRADUCTION] Une particularité semble se répéter dans la jurisprudence : en vertu d’un contrat de louage de services, une personne est employée en tant que partie d’une entreprise et son travail fait partie intégrante de l’entreprise; alors qu’en vertu d’un contrat d’entreprise, son travail, bien qu’il soit fait pour l’entreprise, n’y est pas intégré mais seulement accessoire.

[37] Le juge MacGuigan a déclaré que le juge de la Cour canadienne de l’impôt avait mal appliqué cet énoncé en considérant qu’il s’agissait d’un critère unique permettant de différencier l’employé de l’entrepreneur indépendant. Il a jugé que ce critère n’était pas équitable parce qu’il amenait nécessairement le tribunal à juger qu’il y avait une relation employeur-employé dès qu’il existait un lien de dépendance mutuelle entre les parties. Le juge MacGuigan [à la page 564] a plutôt adopté le cadre analytique suivant qui est tiré des motifs du juge Cooke dans l’arrêt *Market Investigations, Ltd. v. Minister of Social Security*, [1968] 3 All E.R. 732 (Q.B.D.) [aux pages 737 et 738] :

[TRADUCTION] Les remarques de LORD WRIGHT, du Lord Juge Denning et des juges de la Cour suprême des États-Unis laissent à entendre que le critère fondamental à appliquer est celui-ci : « La personne qui s’est engagée à accomplir ces tâches les accomplit-elle en tant que personne dans les affaires à son compte ». Si la réponse à cette question est affirmative, alors il s’agit d’un contrat d’entreprise. Si la réponse est négative, alors il s’agit d’un contrat de service personnel. Aucune liste exhaustive des éléments qui sont pertinents pour trancher cette question n’a été dressée, peut-être n’est-il pas possible de le faire; on ne peut non plus établir de règles rigides quant à l’importance relative qu’il faudrait attacher à ces divers éléments dans un cas particulier.

considered, although it can no longer be regarded as the sole determining factor; and that factors, which may be of importance, are such matters as whether the man performing the services provides his own equipment, whether he hires his own helpers, what degree of financial risk he takes, what degree of responsibility for investment and management he has, and whether and how far he has an opportunity of profiting from sound management in the performance of his task. The application of the general test may be easier in a case where the person who engages himself to perform the services does so in the course of an already established business of his own; but this factor is not decisive, and a person who engages himself to perform services for another may well be an independent contractor even though he has not entered into the contract in the course of an existing business carried on by him.

[38] MacGuigan J.A. concluded that the Tax Court Judge had erred in law in determining the matter on the basis of the integration test alone, when he should have considered all of the relevant factors as taught in *Market Investigations*. MacGuigan J.A. did not engage anew in a detailed review of the relevant factors, but returned the matter to the Tax Court for reconsideration based on the correct law. I have been unable to find a published report of a decision of the Tax Court on the reconsideration.

[39] Some years after the decision in *Wiebe Door*, the Judicial Committee of the Privy Council considered the same issue in the context of a mason who was injured on a construction site in Hong Kong: *Lee Ting Sang v. Chung Chi-keung*, [1990] 2 A.C. 374. The mason was entitled to compensation from the principal construction contractor only if he was its employee. The District Court in Hong Kong found him not to be an employee, based essentially on the integration test from *Stevenson Jordan*. The Hong Kong Court of Appeal upheld the decision. The Judicial Committee reversed the decision, citing as the correct law the statement of Cooke J. quoted above.

[40] Thus, the state of the law after *Wiebe Door* was that, in determining whether an individual is an

Tout ce qu'on peut dire, c'est qu'il faudra toujours tenir compte du contrôle même s'il ne peut plus être considéré comme le seul facteur déterminant; et que des facteurs qui peuvent avoir une certaine importance sont des questions comme celle de savoir si celui qui accomplit la tâche fournit son propre outillage, s'il engage lui-même ses aides, quelle est l'étendue de ses risques financiers, jusqu'à quel point il est responsable des mises de fond et de la gestion, et jusqu'à quel point il peut tirer profit d'une gestion saine dans l'accomplissement de sa tâche. L'utilisation du critère général peut être plus facile dans un cas où la personne qui s'engage à rendre le service le fait dans le cadre d'une affaire déjà établie; mais ce facteur n'est pas déterminant. Une personne qui s'engage à rendre des services à une autre personne peut bien être un entrepreneur indépendant même si elle n'a pas conclu de contrat dans le cadre d'une entreprise qu'elle dirige actuellement.

[38] Le juge MacGuigan a conclu que le juge de la Cour canadienne de l'impôt avait commis une erreur de droit parce qu'il s'était prononcé uniquement en fonction du critère de l'intégration alors qu'il aurait dû tenir compte de tous les facteurs pertinents, comme l'énonçait le juge Cooke dans l'arrêt *Market Investigations*. Le juge MacGuigan n'a pas procédé à un nouvel examen détaillé des facteurs pertinents mais a renvoyé la décision à la Cour canadienne de l'impôt pour qu'elle rende une nouvelle décision fondée sur les règles juridiques applicables. Je n'ai pas réussi à trouver une publication contenant la décision qu'a prononcée la Cour canadienne de l'impôt à la suite du réexamen de l'affaire.

[39] Quelques années après le prononcé de l'arrêt *Wiebe Door*, le Comité judiciaire du Conseil privé a examiné la même question dans l'arrêt *Lee Ting Sang v. Chung Chi-keung*, [1990] 2 A.C. 374, une affaire où un maçon s'était blessé sur un chantier à Hong Kong. Le maçon n'avait le droit de recevoir une indemnité de la part du principal entrepreneur de construction que s'il était l'employé de ce dernier. La Cour de district de Hong Kong a jugé qu'il n'était pas un employé, en se fondant essentiellement sur le critère de l'intégration tiré de l'arrêt *Stevenson Jordan*. La Cour d'appel de Hong Kong a confirmé la décision. Le Comité judiciaire a infirmé la décision, en citant en les approuvant les observations du juge Cooke reproduites ci-dessus.

[40] Ainsi, l'état du droit après l'arrêt *Wiebe Door* était le suivant : pour déterminer si une personne était un

employee, the key question is whether the individual has been engaged to provide services as a person in business on his or her own account. The list of factors from *Wiebe Door*, cited in practically every case of this kind, are aimed at finding an answer to that question.

(b) *Sagaz*

[41] The problem of determining whether a party was an independent contractor arose in *Sagaz*. Although that case did not involve employment insurance, the analysis in *Wiebe Door* was approved and adopted.

[42] The issue in *Sagaz* was whether Sagaz Industries Canada Inc. and Sagaz Industries Inc. (collectively, Sagaz) could be held liable for the tortious conduct of a New York corporation called American Independent Marketing Inc. (AIM) and its controlling shareholder, Stewart Landow. Sagaz had engaged AIM to assist in marketing synthetic sheepskin seat covers to Canadian Tire Corporation. For approximately 30 years, those products had been supplied to Canadian Tire by 671122 Ontario Limited, formerly called Design Dynamics Limited (Design). Sagaz was initially successful in replacing Design as a supplier to Canadian Tire because Mr. Landow bribed Robert Summers, a Canadian Tire official, who was fired from his job and eventually went to prison. By the time the bribe was discovered, Canadian Tire had concluded that the Sagaz product was superior to the Design product. As a result, Design was not awarded a new contract with Canadian Tire. Design's fortunes declined as a result and its assets were sold. Design sued 13 defendants, including Sagaz, AIM and Mr. Landow. Canadian Tire was sued, but settled. Mr. Summers was sued, but the action was discontinued when he went bankrupt. By the time of the trial, the only remaining defendants were Sagaz and its president, AIM and Mr. Landow.

[43] Design's claim against Sagaz could succeed only if Sagaz could be held vicariously liable for the tortious

employé, la question essentielle était de savoir si la personne en question fournissait des services en tant que personne à son compte. La liste des facteurs tirés de l'arrêt *Wiebe Door*, qui est cité dans pratiquement tous les jugements de ce genre, a pour but de fournir une réponse à cette question.

b) *Sagaz*

[41] La question de savoir si une partie est un entrepreneur indépendant a été soulevée dans la cause *Sagaz*. Cette cause ne portait pas sur l'assurance-emploi, mais l'analyse exposée dans l'arrêt *Wiebe Door* a été acceptée et adoptée.

[42] Dans le dossier *Sagaz*, il s'agissait de savoir si Sagaz Industries Canada Inc. et Sagaz Industries Inc. (désignées ensemble par la société Sagaz) pouvaient être tenues responsables du fait délictueux commis par une société de l'État de New York appelée American Independent Marketing Inc. (AIM) et son actionnaire contrôlant, Stewart Landow. La société Sagaz avait retenu les services d'AIM pour qu'elle l'aide à vendre des housses de siège en peau de mouton synthétique à la Société Canadian Tire. Pendant près de 30 ans, c'était la société 671122 Ontario Limited, anciennement appelée Design Dynamics Limited (Design), qui fournissait ces produits à Canadian Tire. La société Sagaz a réussi au départ à se substituer à Design comme fournisseur de Canadian Tire parce que M. Landow a versé un pot-de-vin à Robert Summers, un représentant de Canadian Tire, qui a été congédié et qui a, par la suite, purgé une peine d'emprisonnement. Au moment où le versement du pot-de-vin a été découvert, Canadian Tire avait déjà conclu que le produit de Sagaz était supérieur à celui de Design. Design n'a donc pas obtenu de nouveau contrat avec Canadian Tire. Design a ensuite périçlité et ses actifs ont été vendus. Design a poursuivi 13 défendeurs, notamment la société Sagaz, AIM et M. Landow. Canadian Tire a été poursuivie, mais a conclu une transaction avec Design. M. Summers a été poursuivi, mais la demanderesse s'est désistée de cette poursuite lorsqu'il a fait faillite. Au moment du procès, les seuls défendeurs restants étaient la société Sagaz, son président, AIM et M. Landow.

[43] La poursuite intentée par Design contre la société Sagaz ne pouvait réussir que si le tribunal déclarait que

conduct of AIM. In the Supreme Court of Canada, the determination of that issue turned on whether AIM was an independent contractor of Sagaz. The Court found that AIM was in business on its own account and thus an independent contractor. The result was that Sagaz could not be held vicariously liable for the tortious conduct of AIM.

[44] The conclusion that AIM was an independent contractor of Sagaz was based on the application of the principles stated by MacGuigan J.A. in *Wiebe Door*. Those principles were quoted and endorsed by Major J., writing for the Supreme Court of Canada. Major J. provided this summary of the relevant principles (at paragraphs 46-48):

In my opinion, there is no one conclusive test which can be universally applied to determine whether a person is an employee or an independent contractor. Lord Denning stated in *Stevenson Jordan, supra*, that it may be impossible to give a precise definition of the distinction (p. 111) and, similarly, Fleming [John G. Fleming, in *The Law of Torts*, 9th ed. Sydney, Australia: LBC Information Services, 1998] observed that “no single test seems to yield an invariably clear and acceptable answer to the many variables of ever changing employment relations . . .” (p. 416). Further, I agree with MacGuigan J.A. in *Wiebe Door*, at p. 563, citing Atiyah [P.S. Atiyah, in *Vicarious Liability in the Law of Torts*. London: Butterworths, 1967] at p. 38, that what must always occur is a search for the total relationship of the parties:

[I]t is exceedingly doubtful whether the search for a formula in the nature of a single test for identifying a contract of service any longer serves a useful purpose. . . . The most that can profitably be done is to examine all the possible factors which have been referred to in these cases as bearing on the nature of the relationship between the parties concerned. Clearly not all of these factors will be relevant in all cases, or have the same weight in all cases. Equally clearly no magic formula can be propounded for determining which factors should, in any given case, be treated as the determining ones.

Although there is no universal test to determine whether a person is an employee or an independent contractor, I agree

la responsabilité du fait d’autrui de la société Sagaz était engagée en raison de la conduite délictueuse d’AIM. Pour trancher cette question, la Cour suprême du Canada a examiné la question de savoir si AIM était un entrepreneur indépendant de la société Sagaz. La Cour a jugé qu’AIM était en affaires pour son propre compte et était, par conséquent, un entrepreneur indépendant. La responsabilité du fait d’autrui de la société Sagaz n’était donc pas engagée en raison de la conduite délictueuse d’AIM.

[44] La Cour a conclu qu’AIM était un entrepreneur indépendant de la société Sagaz en se fondant sur les principes exposés par le juge MacGuigan dans l’arrêt *Wiebe Door*. Ces principes ont été cités et approuvés par le juge Major, qui s’exprimait au nom de la Cour suprême du Canada. Le juge Major a résumé ainsi les principes applicables (aux paragraphes 46 à 48) :

À mon avis, aucun critère universel ne permet de déterminer, de façon concluante, si une personne est un employé ou un entrepreneur indépendant. Lord Denning a affirmé, dans l’arrêt *Stevenson Jordan*, précité, qu’il peut être impossible d’établir une définition précise de la distinction (p. 111) et, de la même façon, Fleming signale que [John G. Fleming, dans *The Law of Torts*, 9th ed. Sydney, Australia : LBC Information Services, 1998] [TRADUCTION] « devant les nombreuses variables des relations de travail en constante mutation, aucun critère ne semble permettre d’apporter une réponse toujours claire et acceptable » (p. 416). Je partage en outre l’opinion du juge MacGuigan lorsqu’il affirme—en citant Atiyah [P. S. Atiyah, dans *Vicarious Liability in the Law of Torts*. London : Butterworths, 1967], p. 38, dans l’arrêt *Wiebe Door*, p. 563—qu’il faut toujours déterminer quelle relation globale les parties entretiennent entre elles :

[TRADUCTION] [N]ous doutons fortement qu’il soit encore utile de chercher à établir un critère unique permettant d’identifier les contrats de louage de services [. . .] La meilleure chose à faire est d’étudier tous les facteurs qui ont été considérés dans ces causes comme des facteurs influant sur la nature du lien unissant les parties. De toute évidence, ces facteurs ne s’appliquent pas dans tous les cas et n’ont pas toujours la même importance. De la même façon, il n’est pas possible de trouver une formule magique permettant de déterminer quels facteurs devraient être tenus pour déterminants dans une situation donnée.

Bien qu’aucun critère universel ne permette de déterminer si une personne est un employé ou un entrepreneur

with MacGuigan J.A. that a persuasive approach to the issue is that taken by Cooke J. in *Market Investigations*, *supra*. The central question is whether the person who has been engaged to perform the services is performing them as a person in business on his own account. In making this determination, the level of control the employer has over the worker's activities will always be a factor. However, other factors to consider include whether the worker provides his or her own equipment, whether the worker hires his or her own helpers, the degree of financial risk taken by the worker, the degree of responsibility for investment and management held by the worker, and the worker's opportunity for profit in the performance of his or her tasks.

It bears repeating that the above factors constitute a non-exhaustive list, and there is no set formula as to their application. The relative weight of each will depend on the particular facts and circumstances of the case.

(c) *Wolf*

[45] In 2002, this Court decided *Wolf v. Canada*, [2002] 4 F.C. 396 (C.A.), another leading case on the problem of distinguishing an employee from an independent contractor.

[46] Mr. Wolf was a mechanical engineer specializing in aerospace. Many aerospace companies that might have employed his services did not hire mechanical engineers as employees. They often preferred to engage independent contractors because their contracts could be terminated at any time without incurring liabilities. For the contractors, the pay generally was higher but there was less job security. Mr. Wolf sought out such contracts because of the prospect of higher pay. A company called Kirk-Mayer of Canada Ltd. (Kirk-Mayer), located in Calgary, had a contract with Canadair Limited under which it provided Canadair with personnel. Mr. Wolf signed a contract with Kirk-Mayer under which he agreed to provide his services to Canadair. The expected duration of the assignment was one year, renewable at Canadair's discretion, but dependent entirely on the workload available at Canadair. The agreement provided that if, in the opinion of Kirk-Mayer and its client Canadair, Mr. Wolf did not provide his services in a workmanlike and professional manner, Kirk-Mayer could terminate the agreement.

indépendant, je conviens avec le juge MacGuigan que la démarche suivie par le juge Cooke dans la décision *Market Investigations*, précitée, est convaincante. La question centrale est de savoir si la personne qui a été engagée pour fournir les services les fournit en tant que personne travaillant à son compte. Pour répondre à cette question, il faut toujours prendre en considération le degré de contrôle que l'employeur exerce sur les activités du travailleur. Cependant, il faut aussi se demander, notamment, si le travailleur fournit son propre outillage, s'il engage lui-même ses assistants, quelle est l'étendue de ses risques financiers, jusqu'à quel point il est responsable des mises de fond et de la gestion et jusqu'à quel point il peut tirer profit de l'exécution de ses tâches.

Ces facteurs, il est bon de le répéter, ne sont pas exhaustifs et il n'y a pas de manière préétablie de les appliquer. Leur importance relative respective dépend des circonstances et des faits particuliers de l'affaire.

c) L'arrêt *Wolf*

[45] En 2002, la Cour a rendu le jugement *Wolf c. Canada*, [2002] 4 C.F. 396 (C.A.), une autre décision faisant autorité sur la façon de distinguer l'employé de l'entrepreneur indépendant.

[46] M. Wolf était un ingénieur mécanicien spécialisé en aérospatiale. De nombreuses sociétés d'aérospatiale susceptibles de retenir ses services n'embauchaient pas comme employés les ingénieurs mécaniciens dont elles avaient besoin. Elles préféraient souvent retenir les services d'entrepreneurs indépendants parce qu'elles pouvaient mettre fin à leurs contrats à n'importe quel moment sans avoir de responsabilités à leur égard. Pour les entrepreneurs, la rémunération était en général plus élevée, mais la sécurité d'emploi était moindre. M. Wolf recherchait ce genre de contrat parce qu'il souhaitait obtenir une rémunération plus élevée. Une société appelée Kirk-Mayer of Canada Ltd. (Kirk-Mayer), dont le siège social était à Calgary, avait conclu un contrat avec Canadair Limited en vertu duquel elle s'engageait à fournir du personnel à Canadair. M. Wolf a conclu un contrat avec Kirk-Mayer aux termes duquel il acceptait de fournir ses services à Canadair. La durée prévue de l'affectation était d'une année, renouvelable à la discrétion de Canadair, mais uniquement en fonction des besoins de Canadair. Le contrat prévoyait que si, dans l'opinion de Kirk-Mayer et de son client Canadair, M.

Wolf ne fournissait pas ses services selon les règles de l'art et de façon professionnelle, Kirk-Mayer pouvait résilier le contrat.

[47] The contract established an hourly rate of remuneration and provided extra remuneration for overtime, vacations and statutory holidays. It also stipulated a *per diem* allowance payable in certain circumstances and a completion bonus if the contract was completed to Canadair's satisfaction. Canadair was also obliged to pay all travel costs incurred by Mr. Wolf in the performance of the contract. Mr. Wolf invoiced Canadair for his work. Canadair paid Kirk-Mayer, which then paid Mr. Wolf, after deducting income tax, CPP contributions and employment insurance premiums, on the basis that Mr. Wolf was an employee.

[47] Le contrat fixait un taux de rémunération horaire et des primes pour les heures supplémentaires, ainsi que des indemnités de vacances et de jours fériés. Il prévoyait aussi une indemnité journalière payable dans certaines circonstances et une prime d'achèvement du contrat si le contrat était exécuté à la satisfaction de Canadair. Canadair était également tenue d'assumer tous les frais de déplacement engagés par M. Wolf dans l'exécution du contrat. M. Wolf facturait ses heures de travail à Canadair. Canadair payait Kirk-Mayer, qui payait ensuite M. Wolf, après avoir déduit de sa rémunération l'impôt sur le revenu, les cotisations au RPC et les cotisations d'assurance-emploi, M. Wolf étant considéré comme un employé.

[48] Mr. Wolf worked with a team at Canadair involved with the testing of aircraft. He reported to a Canadair project manager. He worked on a number of different projects, to which he was assigned by Canadair as the need arose. Mr. Wolf had no promise of future engagement, no pension and no employee benefits. He was employed in this manner from 1990 until 1995, during which time he worked on nine projects, but there were some periods during that time when he had no work. In 1995 when the time came to terminate the contract, Canadair wrote to Kirk-Mayer asking them to inform Mr. Wolf of the termination.

[48] M. Wolf travaillait chez Canadair avec une équipe qui s'occupait de faire des essais d'aéronefs. Il relevait d'un gestionnaire de projet de Canadair. Il a participé à différents projets, auxquels l'avait affecté Canadair en fonction de ses besoins. M. Wolf n'avait pas de promesse de contrat à l'avenir, il ne recevait aucuns avantages sociaux et ne cotisait pas à un régime de retraite. Il a été employé de cette façon de 1990 à 1995, période au cours de laquelle il a participé à neuf projets, mais il lui est également arrivé pendant cette période de ne pas travailler. En 1995, lorsque Canadair a décidé de mettre fin au contrat, elle a écrit à Kirk-Mayer en lui demandant d'informer M. Wolf de sa décision.

[49] A number of tax disputes arose between Mr. Wolf and the tax authorities. When his case reached this Court, the only issue was whether he was an employee or an independent contractor. I summarize as follows the relevant portion of the lead judgment, written by Desjardins J.A.

[49] Plusieurs litiges fiscaux ont opposé M. Wolf aux autorités fiscales. Lorsque sa cause a été soumise à la Cour, la seule question en litige était celle de savoir s'il était un employé ou un entrepreneur indépendant. Je résume ci-dessous les passages pertinents des motifs principaux rédigés par la juge Desjardins.

[50] The contract in issue was governed by the law of Quebec. It was therefore necessary to consider whether the contract was a "contract of employment" or a "contract of enterprise" as those terms are defined in the *Civil Code of Québec* [S.Q. 1991, c. 64]. It is generally

[50] Le contrat en cause était régi par le droit québécois. Il était par conséquent nécessaire de décider s'il s'agissait d'un « contrat de travail » ou d'un « contrat d'entreprise », selon la définition que donne de ces termes le *Code civil du Québec* [L.Q. 1991, ch. 64].

accepted that, under the Code, the key distinction lies with the element of subordination or control, but in the jurisprudence, the distinction is also examined in light of the tests now found in *Wiebe Door* and *Sagaz*: see *Montreal v. Montreal Locomotive Works Ltd.*, [1947] 1 D.L.R. 161 (P.C.); *Hôpital Notre-Dame de l'Espérance and Théoret v. Laurent*, [1978] 1 S.C.R. 605; and *Curley v. Latreille* (1920), 60 S.C.R. 131. On that basis, Desjardins J.A. considered it appropriate to apply to Mr. Wolf's case the principles stated in *Sagaz* and *Wiebe Door*. She concluded that those factors, considered in the context of the special nature of Mr. Wolf's highly specialized work and the economic environment in which he chose to work, justified his contention that he was an independent contractor.

[51] Décary J.A. rendered separate reasons in which he analysed the issues somewhat differently but reached the same conclusion as Desjardins J.A. He also suggested that it might not even have been necessary to have recourse to *Wiebe Door* and *Sagaz* because the nature of their contract was so clear. He said this, at paragraph 119 (my emphasis):

Taxpayers may arrange their affairs in such a lawful way as they wish. No one has suggested that Mr. Wolf or Canadair or Kirk-Mayer are not what they say they are or have arranged their affairs in such a way as to deceive the taxing authorities or anybody else. When a contract is genuinely entered into as a contract for services and is performed as such, the common intention of the parties is clear and that should be the end of the search. Should that not be enough, suffice it to add, in the case at bar, that the circumstances in which the contract was formed, the interpretation already given to it by the parties and usage in the aeronautic industry all lead to the conclusion that Mr. Wolf is in no position of subordination and that Canadair is in no position of control. The "central question" was defined by Major J. in *Sagaz* as being "whether the person who has been engaged to perform the services is performing them as a person in business on his own account". Clearly, in my view, Mr. Wolf is performing his professional services as a person in business on his own account.

Il est généralement accepté que, selon le Code, la distinction essentielle consiste dans l'élément de subordination ou de contrôle, mais selon la jurisprudence cette distinction doit également être examinée à la lumière des critères que l'on retrouve dans les arrêts *Wiebe Door* et *Sagaz* : voir *Montreal v. Montreal Locomotive Works Ltd.*, [1947] 1 D.L.R. 161 (C.P.); *Hôpital Notre-Dame de l'Espérance et Théoret c. Laurent*, [1978] 1 R.C.S. 605; et *Curley v. Latreille* (1920), 60 R.C.S. 131. La juge Desjardins a ainsi considéré qu'il était approprié d'appliquer les principes exposés dans les arrêts *Sagaz* et *Wiebe Door* à la cause de M. Wolf. Elle a conclu que ces facteurs, considérés dans le contexte de la nature particulière du travail très spécialisé qu'il effectuait et de l'environnement économique dans lequel il avait choisi de travailler, étaient la prétention de M. Wolf voulant qu'il fût un entrepreneur indépendant.

[51] Le juge Décary a rédigé des motifs séparés dans lesquels il a abordé les questions en litige de façon légèrement différente de l'approche retenue par la juge Desjardins, tout en arrivant à la même conclusion. Il a également déclaré qu'il n'aurait peut-être même pas été nécessaire de se fonder sur les arrêts *Wiebe Door* et *Sagaz*, étant donné que la nature du contrat conclu par les parties était très claire. Il a déclaré ceci au paragraphe 119 (non souligné dans l'original) :

Les contribuables peuvent organiser leurs affaires de la façon légale qu'ils désirent. Personne n'a suggéré que M. Wolf ou Canadair ou Kirk-Mayer ne sont pas ce qu'ils disent être ou qu'ils ont arrangé leurs affaires de façon à tromper les autorités fiscales ou qui que ce soit. Lorsqu'un contrat est signé de bonne foi comme un contrat de service et qu'il est exécuté comme tel, l'intention commune des parties est claire et l'examen devrait s'arrêter là. Si ce n'était pas suffisant, il suffit d'ajouter qu'en l'espèce, les circonstances dans lesquelles le contrat a été formé, l'interprétation que lui ont donnée les parties et l'usage dans l'industrie aérospatiale conduisent tous à conclure que M. Wolf n'est pas dans une position de subordination et que Canadair n'est pas dans une position de contrôle. La « question centrale » a été définie par le juge Major dans l'affaire *Sagaz* comme étant : « si la personne qui a été engagée pour fournir les services les fournit en tant que personne travaillant à son compte ». Il est clair, à mon avis, que M. Wolf a exécuté des services professionnels à titre de personne qui travaillait pour son propre compte.

[52] Noël J.A. also concurred in the result, but on the basis of a different analysis. His reasons are short and I quote them in their entirety, at paragraphs 122-124:

I too would allow the appeal. In my view, this is a case where the characterization which the parties have placed on their relationship ought to be given great weight. I acknowledge that the manner in which parties choose to describe their relationship is not usually determinative particularly where the applicable legal tests point in the other direction. But in a close case such as the present one, where the relevant factors point in both directions with equal force, the parties' contractual intent, and in particular their mutual understanding of the relationship cannot be disregarded.

My assessment of the applicable legal tests to the facts of this case is essentially the same as that of my colleagues. I view their assessment of the control test, the integration test and the ownership of tool tests as not being conclusive either way. With respect to financial risk, I respectfully agree with my colleagues that the appellant in consideration for a higher pay gave up many of the benefits which usually accrue to an employee including job security. However, I also agree with the Tax Court Judge that the appellant was paid for hours worked regardless of the results achieved and that in that sense he bore no more risk than an ordinary employee. My assessment of the total relationship of the parties yields no clear result which is why I believe regard must be had to how the parties viewed their relationship.

This is not a case where the parties labelled their relationship in a certain way with a view of achieving a tax benefit. No sham or window dressing of any sort is suggested. It follows that the manner in which the parties viewed their agreement must prevail unless they can be shown to have been mistaken as to the true nature of their relationship. In this respect, the evidence when assessed in the light of the relevant legal tests is at best neutral. As the parties considered that they were engaged in an independent contractor relationship and as they acted in a manner that was consistent with this relationship, I do not believe that it was open to the Tax Court Judge to disregard their understanding (compare *Montreal v. Montreal Locomotive Works Ltd.*, [1947] 1 D.L.R. 161 (P.C.), at page 170).

[53] It is common ground that *Wiebe Door, Sagaz* and *Wolf* establish the principles of law that must be applied

[52] Le juge Noël a également souscrit au résultat, mais en se fondant sur une analyse différente. Ses motifs sont brefs et je les cite intégralement, aux paragraphes 122 à 124 :

J'accueillerais aussi l'appel. À mon avis, il s'agit d'un cas où la qualification que les parties ont donnée à leur relation devrait se voir accorder un grand poids. Je reconnais que la façon dont les parties décident de décrire leur relation n'est pas habituellement déterminante, en particulier lorsque les critères juridiques applicables pointent dans l'autre direction. Mais, dans une issue serrée comme en l'espèce, si les facteurs pertinents pointent dans les deux directions avec autant de force, l'intention contractuelle des parties et en particulier leur compréhension mutuelle de la relation ne peuvent pas être laissées de côté.

Mon évaluation des critères juridiques applicables aux faits de l'espèce est essentiellement la même que celle de mes collègues. J'estime que leur évaluation du critère de contrôle, du critère d'intégration et de la propriété des outils n'est pas concluante, ni dans un sens ni dans l'autre. En ce qui concerne le risque financier, je conviens avec respect avec mes collègues que l'appelant, en contrepartie d'un salaire plus élevé, avait renoncé à bon nombre des prestations qui étaient habituellement dévolues à l'employé, y compris la sécurité d'emploi. Toutefois, je conviens avec la juge de la Cour de l'impôt que l'appelant était payé pour ses heures travaillées, quels que soient les résultats atteints, et qu'en ce sens, il ne supportait pas plus de risques qu'un employé ordinaire. Mon évaluation de l'ensemble de la relation entre les parties ne m'amène pas à une conclusion claire et c'est pourquoi, selon moi, il faut examiner la façon dont les parties voyaient leur relation.

Ce n'est pas un cas où les parties qualifiaient leur relation d'une façon telle que cela leur procure un avantage fiscal. Aucune manœuvre frauduleuse ou aucun maquillage de quelque sorte n'est allégué. Il s'ensuit que la manière dont les parties ont pu voir leur entente doit l'emporter à moins qu'elles ne se soient trompées sur la véritable nature de leur relation. À cet égard, la preuve, lorsqu'elle est évaluée à la lumière des critères juridiques pertinents, est pour le moins neutre. Comme les parties ont estimé qu'elles se trouvaient dans une relation d'entrepreneur indépendant et qu'elles ont agi d'une façon conforme à cette relation, je n'estime pas que la juge de la Cour de l'impôt avait le loisir de ne pas tenir compte de cette entente (à comparer avec l'affaire *Montreal v. Montreal Locomotive Works Ltd.*, [1947] 1 D.L.R. 161 (C.P.), à la page 170).

[53] Il est admis par les parties que les arrêts *Wiebe Door, Sagaz* et *Wolf* exposent les principes juridiques

in determining whether the dancers were employees of the RWB, or independent contractors. Precisely how they apply in this case is the heart of the dispute.

3. The relevance of the intention of the parties

[54] I turn now to the Judge's conclusion that it was unnecessary to take into account the intention of the parties. The Judge does not explain what he meant by the phrase "the intention of the parties," but it seems to me that he considered himself free to disregard the uncontradicted evidence that the parties shared a common understanding that the dancers were self-employed and were not employees of the RWB.

[55] The Judge's explanation for disregarding the intention of the parties appears at paragraph 31 of his reasons:

Intent only becomes a factor in the event the relevant legal tests yield no definitive result, and where no sham or window dressing is suggested. I agree with this approach. In appropriate circumstances intention simply serves as a tie-breaker. This accords with Justice Major's approach; it does not elevate "intention" to a more primary role. If "intention" was given the prominence the Supreme Court of Canada appears to have reserved for the control factor, there would be a risk that payors, employers, employees and independent contractors might view it as some endorsement of a right to opt in or out of the employment insurance scheme. It should be borne in mind this is not a voluntary program.

[56] The Judge apparently was concerned that parties may escape the legal consequences of creating an employment relationship simply by denying that they had created an employment relationship. In my view, the Judge's concern is unfounded. There is ample authority for the proposition that parties to a contract cannot change the legal nature of that contract merely by asserting that it is something else. This is why Major J. said, in *Sagaz* (at paragraph 49):

Although the contract designed AIM as an "independent contractor", this classification is not always determinative for purposes of vicarious liability.

applicables à la question de savoir si les danseurs sont des employés du RWB ou des entrepreneurs indépendants. C'est la façon exacte dont ces principes s'appliquent en l'espèce qui est au cœur du présent litige.

3. La pertinence de l'intention des parties

[54] J'examine maintenant la conclusion du juge selon laquelle il n'était pas nécessaire de tenir compte de l'intention des parties. Le juge n'explique pas ce qu'il entend par l'expression « l'intention des parties », mais il me semble qu'il a jugé qu'il était libre de ne pas tenir compte du témoignage non contredit des parties selon lequel celles-ci s'étaient entendues sur le fait que les danseurs étaient des travailleurs indépendants et non pas des employés du RWB.

[55] Le juge explique la raison pour laquelle il n'a pas tenu compte de l'intention des parties au paragraphe 31 de ses motifs :

L'intention ne devient un facteur que si les critères juridiques pertinents ne permettent pas de tirer une conclusion définitive et qu'aucune manœuvre frauduleuse ou aucun maquillage de quelque sorte n'est allégué. Je souscris à cette idée. Dans les circonstances appropriées, l'intention sert simplement d'élément de démarcation, ce qui concorde avec l'approche du juge Major. L' [TRADUCTION] « intention » ne joue pas un rôle plus important. Si l' [TRADUCTION] « intention » avait l'importance que la Cour suprême du Canada semble avoir accordée au contrôle, les payeurs, les employeurs, les employés et les entrepreneurs indépendants pourraient penser que le droit de participer ou non au régime d'assurance-emploi est reconnu dans une certaine mesure. Or, il faut se rappeler que ce régime n'est pas volontaire.

[56] Le juge craignait apparemment que les parties puissent échapper aux conséquences juridiques de l'existence d'une relation employeur-employé en niant tout simplement avoir établi une telle relation. À mon avis, la crainte du juge n'est pas fondée. Il existe de nombreuses décisions qui énoncent que les parties à un contrat ne peuvent en modifier la nature juridique simplement en le qualifiant d'autre chose. C'est la raison pour laquelle le juge Major a déclaré ce qui suit dans l'arrêt *Sagaz* (au paragraphe 49) :

Bien que AIM y soit désignée comme étant un « entrepreneur indépendant », cette désignation n'est pas toujours déterminante de la responsabilité du fait d'autrui.

Similarly, in *Wiebe Door*, the parties' understanding that the door installers were self-employed was not conclusive. In *Wolf*, this Court respected the parties' declared intention that Mr. Wolf would be an independent contractor but only after determining, after due consideration of all of the relevant evidence, that the parties had succeeded in creating the legal relationship that they intended to create.

[57] The Judge apparently understood the reasons of Noël J.A. in *Wolf* as treating the parties' contractual description of their legal relationship as a kind of tie-breaker, to be taken into account only if the *Wiebe Door* factors fail to yield a conclusive result. In my view, those reasons are not authority for that proposition. I reach that conclusion because of *Montreal Locomotive*, the case cited by Noël J.A. at the end of his reasons.

[58] The issue in *Montreal Locomotive* was whether a manufacturer was liable for taxes imposed by the City of Montréal in 1941 to 1943. The manufacturer had entered into a contract with the Government of Canada, which was stated to be governed by the law of Quebec, to manufacture armaments. The contract stated that the manufacturer would be an agent of the Crown. The manufacturer located the factory in Montréal. The City of Montréal sought to tax the manufacturer in respect of its occupation and its use of the land. It could do so only if the manufacturer held the land and was carrying on business on its own account (that is, as an independent contractor). It would not be liable for any taxes if it owned and used the land in its capacity as agent of the Crown. The Judicial Committee of the Privy Council found that the manufacturer was an agent of the Crown. The Judicial Committee noted that the contract stated that the manufacturer would be an agent of the Crown, but then went on to conduct an extensive and detailed analysis of all of the terms of the contract, and in particular what the contract said about the factors that were later adopted in *Market Investigations*, *Wiebe Door* and *Sagaz*.

De la même façon, dans l'arrêt *Wiebe Door*, l'entente entre les parties selon laquelle les installateurs de portes étaient des travailleurs indépendants n'a pas été jugée déterminante. Dans l'arrêt *Wolf*, la Cour a respecté l'intention déclarée des parties selon laquelle M. Wolf était un entrepreneur indépendant, mais uniquement après avoir décidé, en se fondant sur l'ensemble des preuves pertinentes, que les parties avaient effectivement créé la relation juridique qu'elles avaient l'intention de créer.

[57] Il semble que le juge ait compris qu'il ressortait des motifs du juge Noël dans l'arrêt *Wolf* que la description que donnaient les parties dans le contrat de leur relation juridique était un genre de critère de démarcation, qui ne devait être pris en compte que si les facteurs exposés dans l'arrêt *Wiebe Door* ne débouchaient pas sur un résultat concluant. À mon avis, ces motifs ne permettent pas de faire cette affirmation. J'en arrive à cette conclusion à cause de l'arrêt *Montreal Locomotive*, auquel le juge Noël a renvoyé à la fin de ses motifs.

[58] Dans la cause *Montreal Locomotive*, il s'agissait de savoir si un fabricant était assujéti à des impôts imposés par la Ville de Montréal entre 1941 et 1943. Ce fabricant avait conclu avec le gouvernement du Canada un contrat de fabrication d'armes dans lequel il était précisé que le contrat était régi par le droit québécois. Le contrat énonçait que le fabricant était un mandataire de la Couronne. Le fabricant avait installé l'usine à Montréal. La Ville de Montréal voulait percevoir des impôts fonciers sur le terrain qu'il occupait et utilisait. La Ville n'avait le droit de le faire que si le fabricant était le propriétaire du terrain et exploitait son entreprise en son propre nom (c.-à-d. en qualité d'entrepreneur indépendant). Elle ne pouvait percevoir aucun impôt s'il était propriétaire du terrain et l'utilisait en sa qualité de mandataire de la Couronne. Le Comité judiciaire du Conseil privé a conclu que le fabricant était un mandataire de la Couronne. Le Comité judiciaire a noté que le contrat énonçait que le fabricant était un mandataire de la Couronne, mais a ensuite effectué une analyse approfondie et détaillée de toutes les autres modalités du contrat, et en particulier de ce que disait le contrat au sujet des facteurs qui ont été adoptés par la suite dans les arrêts *Market Investigations*, *Wiebe Door* et *Sagaz*.

[59] It seems to me from *Montreal Locomotive* that in determining the legal nature of a contract, it is a search for the common intention of the parties that is the object of the exercise. The same idea is expressed as follows in the reasons of Dé Cary J.A. in *Wolf*, at paragraph 117:

I say, with great respect, that the courts, in their propensity to create artificial legal categories, have sometimes overlooked the very factor which is the essence of a contractual relationship, i.e. the intention of the parties.

[60] Dé Cary J.A. was not saying that the legal nature of a particular relationship is always what the parties say it is. He was referring particularly to Articles 1425 and 1426 of the *Civil Code of Québec*, which state principles of the law of contract that are also present in the common law. One principle is that in interpreting a contract, what is sought is the common intention of the parties rather than the adherence to the literal meaning of the words. Another principle is that in interpreting a contract, the circumstances in which it was formed, the interpretation which has already been given to it by the parties or which it may have received, and usage, are all taken into account. The inescapable conclusion is that the evidence of the parties' understanding of their contract must always be examined and given appropriate weight.

[61] I emphasize again, that this does not mean that the parties' declaration as to the legal character of their contract is determinative. Nor does it mean that the parties' statements as to what they intended to do must result in a finding that their intention has been realized. To paraphrase Desjardins J.A. (from paragraph 71 of the lead judgment in *Wolf*), if it is established that the terms of the contract, considered in the appropriate factual context, do not reflect the legal relationship that the parties profess to have intended, then their stated intention will be disregarded.

[62] It is common for a dispute to arise as to whether the contractual intention professed by one party is

[59] Il me semble découler de l'arrêt *Montreal Locomotive* que, lorsqu'il s'agit de qualifier la nature juridique d'un contrat, l'exercice consiste en fait à rechercher l'intention commune des parties. La même idée est exprimée de la façon suivante dans les motifs du juge Dé Cary dans l'arrêt *Wolf*, au paragraphe 117 :

Je dirai, avec le plus grand respect, que les tribunaux, dans leur propension à créer des catégories juridiques artificielles, ont parfois tendance à ne pas tenir compte du facteur même qui est l'essence d'une relation contractuelle, à savoir l'intention des parties.

[60] Le juge Dé Cary n'affirmait pas que la nature juridique d'une relation donnée est toujours celle que lui prêtent les parties. Il faisait référence en particulier aux articles 1425 et 1426 du *Code civil du Québec*, qui énoncent des principes du droit des contrats que l'on retrouve également en common law. Un de ces principes veut que, lorsqu'il s'agit d'interpréter un contrat, il faut rechercher l'intention commune des parties plutôt que de s'en remettre uniquement au sens littéral des mots utilisés. Un autre principe est que, pour interpréter un contrat, il convient de tenir compte des circonstances dans lesquelles il a été conclu, de l'interprétation que lui ont déjà donnée les parties ou d'autres personnes, ainsi que de l'usage. La conclusion inévitable est qu'il faut toujours examiner les éléments de preuve qui reflètent la façon dont les parties ont compris leur contrat et leur accorder une force probante appropriée.

[61] Je souligne, une fois de plus, que cela ne veut pas dire que les affirmations que font les parties quant à la nature juridique de leur contrat sont concluantes. Cela ne veut pas dire non plus que les déclarations que font les parties quant à leurs intentions doivent nécessairement amener le tribunal à conclure que leurs intentions ont été concrétisées. Pour paraphraser la juge Desjardins (au paragraphe 71 des motifs principaux de l'arrêt *Wolf*), lorsqu'il est prouvé que les modalités du contrat, examinées dans le contexte factuel approprié, ne reflètent pas la relation juridique que les parties affirment avoir souhaité établir, alors il ne faut pas tenir compte de leur intention déclarée.

[62] La question de savoir si l'intention contractuelle qu'une des parties déclare avoir eue coïncide avec celle

shared by the other. Particularly in appeals under the CPP and the EIA, the parties may present conflicting evidence as to what they intended their legal relationship to be. Such a dispute typically arises when an individual is engaged to provide services and signs a form of agreement presented by an employer, in which she is stated to be an independent contractor. The employer may have included that clause in the agreement in order to avoid creating an employment relationship. The individual may later assert that she was an employee. She may testify that she felt coerced into signifying her consent to the written form of the contract because of financial need or other circumstances. Or, she may testify that she believed, despite signing a contract containing such language, that she would be treated like others who were clearly employees. Although the court in such a case may conclude, based on the *Wiebe Door* factors, that the individual is an employee, that does not mean that the intention of the parties is irrelevant. Indeed, their common intention as to most of the terms of their contract is probably not in dispute. It means only that a stipulation in a contract as to the legal nature of the relationship created by the contract cannot be determinative.

[63] What is unusual in this case is that there is no written agreement that purports to characterize the legal relationship between the dancers and the RWB, but at the same time there is no dispute between the parties as to what they believe that relationship to be. The evidence is that the RWB, the CAEA and the dancers all believed that the dancers were self-employed, and that they acted accordingly. The dispute as to the legal relationship between the dancers and the RWB arises because a third party (the Minister), who has a legitimate interest in a correct determination of that legal relationship, wishes to assert that the evidence of the parties as to their common understanding should be disregarded because it is not consistent with the objective facts.

de l'autre partie donne fréquemment lieu à des différends. En particulier, dans les appels intentés aux termes du RPC et de la LAE, il arrive que les parties présentent des preuves contradictoires au sujet de la nature de la relation juridique qu'elles souhaitaient créer. Ce genre de différend prend habituellement naissance dans le cas où une personne est embauchée pour fournir des services et signe un formulaire de contrat présenté par l'employeur dans lequel la personne en question est qualifiée d'entrepreneur indépendant. L'employeur insère parfois une telle clause dans le contrat dans le but d'éviter de créer une relation employeur-employé. Il arrive que la personne en question affirme par la suite qu'elle était une employée. Elle pourrait déclarer qu'elle s'est sentie obligée d'indiquer son consentement sur le formulaire de contrat pour des raisons financières ou autres. Elle pourrait également déclarer qu'elle pensait, malgré le fait qu'elle a signé un contrat contenant ces termes, qu'elle serait traitée comme les autres travailleurs qui étaient manifestement des employés. Dans ce genre d'affaire, le tribunal pourrait fort bien conclure, en se fondant sur les facteurs exposés dans l'arrêt *Wiebe Door*, que la personne en question est une employée, mais cela ne veut pas dire que l'intention des parties n'est pas pertinente. En fait, les parties sont généralement d'accord sur le sens à donner à la plupart des modalités énoncées dans leur contrat. Cela veut simplement dire qu'une stipulation du contrat portant sur la nature juridique de la relation créée par celui-ci n'est pas déterminante.

[63] Ce qui est inhabituel en l'espèce, c'est qu'il n'y a pas d'accord écrit qui vise à qualifier la relation juridique existant entre les danseurs et le RWB, et que, parallèlement, les parties s'entendent sur ce qu'elles croient être la nature de leur relation. La preuve révèle que le RWB, la CAEA et les danseurs pensaient tous que les danseurs étaient des travailleurs indépendants et qu'ils avaient agi en conséquence. Le litige portant sur la nature de la relation juridique existant entre les danseurs et le RWB vient du fait qu'un tiers (le ministre), qui a un intérêt légitime à ce que la relation juridique soit correctement qualifiée, souhaite faire écarter le témoignage des parties au sujet de leur intention commune parce que ce témoignage n'est pas compatible avec les faits objectifs.

[64] In these circumstances, it seems to me wrong in principle to set aside, as worthy of no weight, the uncontradicted evidence of the parties as to their common understanding of their legal relationship, even if that evidence cannot be conclusive. The Judge should have considered the *Wiebe Door* factors in the light of this uncontradicted evidence and asked himself whether, on balance, the facts were consistent with the conclusion that the dancers were self-employed, as the parties understood to be the case, or were more consistent with the conclusion that the dancers were employees. Failing to take that approach led the Judge to an incorrect conclusion.

4. Reconsideration of the relevant factors

[65] The Judge chose the following factors as relevant to the *Wiebe Door* analysis (it is not suggested that he chose the wrong factors or that there are any relevant factors that he failed to consider):

- The indispensable element of individual artistic expression necessarily rests with the dancers. The RWB chooses what works will be performed, chooses the time and location of the performances, determines where and when rehearsals will be held, assigns the roles, provides the choreography, and directs each performance.
- The dancers have no management or investment responsibilities with respect to their work with the RWB.
- The dancers bear little financial risk for the work they do for the RWB for the particular season for which they are engaged. However, their engagements with the RWB are for a single season and they have no assurance of being engaged in the next season.
- The dancers have some chance of profit, even within their engagement with the RWB, in that they may

[64] Dans les circonstances, il me semble qu'il serait contraire aux principes applicables de mettre de côté, en le considérant comme dépourvu de toute force probante, le témoignage non contredit des parties quant à la façon dont elles comprennent la nature de leur relation juridique, même si ce témoignage ne saurait être déterminant. Le juge aurait dû examiner les facteurs de l'arrêt *Wiebe Door* à la lumière de ce témoignage non contredit et se demander si, dans l'ensemble, les faits étaient compatibles avec la conclusion selon laquelle les danseurs étaient des travailleurs indépendants, comme les parties le pensaient, ou s'ils étaient davantage compatibles avec la conclusion selon laquelle les danseurs étaient des employés. C'est parce que le juge n'a pas adopté cette approche qu'il en est arrivé à une conclusion erronée.

4. Réexamen des facteurs pertinents

[65] Le juge a retenu les facteurs énoncés ci-dessous pour effectuer l'analyse exposée dans l'arrêt *Wiebe Door* (il n'est pas suggéré qu'il a utilisé des facteurs non pertinents ou qu'il a omis de tenir compte de facteurs pertinents) :

- L'élément indispensable de l'expression artistique individuelle appartient nécessairement aux danseurs. Le RWB choisit les œuvres qui seront exécutées, décide de l'heure et du lieu des représentations et des répétitions, attribue les rôles, fournit la chorégraphie et dirige les représentations.
- Les danseurs n'ont aucune responsabilité en matière de gestion ou d'investissement pour ce qui est du travail qu'ils effectuent pour le RWB.
- Les danseurs n'assument pratiquement aucun risque financier pour le travail qu'ils effectuent pour le RWB pendant la saison pour laquelle ils ont été engagés. Cependant, le RWB ne les engage que pour une seule saison et ils n'ont aucune garantie d'être engagés à nouveau la saison suivante.

- Les danseurs ont la possibilité de faire quelques bénéfices, même lorsqu'ils sont engagés par le RWB,

negotiate for remuneration in addition to what is provided by the Canadian Ballet Agreement. However, for the most part remuneration from the RWB is based on seniority and there is little movement from that scale.

- The career of a dancer is susceptible to being managed, particularly as the dancer gains experience. Dancers engaged by the RWB have considerable freedom to accept outside engagements, although there are significant contractual restrictions (the need for the consent of the RWB, and the obligation to hold themselves out as being engaged by the RWB).

- Although the dancers bear many costs related to their engagement with the RWB and their dancing careers generally, the RWB is obliged to provide dance shoes, costumes, tights, wigs and certain other necessary items.

- The dancers are responsible for keeping themselves physically fit for the roles they are assigned. However, the RWB is obliged by contract to provide certain health related benefits and warm-up classes.

[66] The control factor in this case, as in most cases, requires particular attention. It seems to me that while the degree of control exercised by the RWB over the work of the dancers is extensive, it is no more than is needed to stage a series of ballets over a well-planned season of performances. If the RWB were to stage a ballet using guest artists in all principal roles, the RWB's control over the guest artists would be the same as if each role were performed by a dancer engaged for the season. If it is accepted (as it must be), that a guest artist may accept a role with the RWB without becoming its employee, then the element of control must be consistent with the guest artist being an independent contractor. Therefore, the elements of control in this case cannot reasonably be considered to be inconsistent with the parties' understanding that the dancers were independent contractors.

dans la mesure où ils peuvent négocier une rémunération supplémentaire par rapport à celle que prévoit le Canadian Ballet Agreement. Cependant, l'essentiel de la rémunération versée par le RWB est basé sur l'ancienneté et il est rare qu'on s'écarte de ce barème.

- La carrière d'un danseur est susceptible d'être gérée, en particulier à mesure que le danseur acquiert de l'expérience. Les danseurs engagés par le RWB ont une grande latitude lorsqu'il s'agit d'accepter des engagements avec d'autres compagnies de ballet, même s'ils doivent respecter des restrictions contractuelles importantes (la nécessité d'obtenir le consentement du RWB et l'obligation de se présenter comme étant engagé par le RWB).

- Les danseurs payent de leur poche de nombreux frais liés à leur engagement par le RWB et leur carrière de danseur en général, mais le RWB est tenu de fournir les chaussons, les costumes, les collants, les perruques et certains autres articles nécessaires.

- Il incombe aux danseurs de demeurer en bonne forme physique pour pouvoir exécuter les rôles qui leur sont attribués. Le RWB est toutefois tenu, en vertu du contrat, de fournir certains avantages liés à la santé et de prévoir des périodes de réchauffement.

[66] Dans la présente affaire, comme dans la plupart des affaires d'ailleurs, le facteur du contrôle mérite une attention particulière. Il me semble que le RWB exerce un contrôle étroit sur le travail des danseurs, mais ce contrôle ne dépasse pas ce qu'exige la présentation d'une série de ballets pendant une saison de spectacles bien planifiée. Si le RWB devait présenter un ballet en ayant recours à des artistes invités pour tous les rôles principaux, le contrôle qu'exercerait le RWB sur les artistes invités serait le même que si tous ces rôles étaient exécutés par des danseurs engagés pour la saison. Si l'on accepte (comme on doit le faire) le fait qu'un artiste invité peut accepter un rôle au sein du RWB sans pour autant devenir son employé, il faut en déduire que le facteur du contrôle exercé doit être compatible avec le fait que l'artiste invité est un entrepreneur indépendant. Il s'ensuit donc qu'on ne peut raisonnablement considérer comme incompatible avec l'intention des parties d'attribuer aux danseurs le statut d'entrepreneur

[67] The same can be said of all of the factors, considered in their entirety, in the context of the nature of the activities of the RWB and the work of the dancers engaged by the RWB. In my view, this is a case where the common understanding of the parties as to the nature of their legal relationship is borne out by the contractual terms and the other relevant facts.

Conclusion

[68] I would allow this appeal and set aside the judgment of the Tax Court dated June 3, 2004 in docket number 2003-2569(EI) and docket number 2003-2580(CPP). Making the judgment the Tax Court should have made, I would allow the appeals of the RWB under subsection 103(1) of the EIA and section 28 of the CPP, and set aside the determination of the Minister that Tara Birtwhistle, John Wright and Kerrie Souster were employees of the RWB during the period from January 2001 and July 2001, and refer this matter back to the Minister for a determination that they were not employees of the RWB during that period. I would grant the RWB its costs in this Court and in the Tax Court.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[69] DESJARDINS J.A.: I agree with the reasons for judgment and with the disposition of the case as suggested by Sharlow J.A.

[70] In *Montreal v. Montreal Locomotive Works Ltd.*, [1947] 1 D.L.R. 161, the Judicial Committee of the Privy Council (J.C.P.C.) decided the issue they were faced with “by examining the precise terms of the contracts before them” (at page 169) and by an analysis of “the combined force of the whole scheme of operations” (at page 170). The nature of the contracts, particularly the production contract, had split the judges

indépendant le contrôle exercé en l’espèce sur les danseurs.

[67] Le même raisonnement s’applique à tous les facteurs, considérés dans leur ensemble, dans le contexte de la nature des activités qu’exerce le RWB et du travail qu’exécutent les danseurs engagés par le RWB. À mon avis, dans la présente affaire, la façon dont les parties interprétaient la nature de leur relation juridique est étayée par les clauses contractuelles et les autres faits pertinents.

Conclusion

[68] J’accueillerais le présent appel et j’annulerais le jugement de la Cour canadienne de l’impôt daté du 3 juin 2004, portant le numéro de dossier 2003-2569(EI) et le numéro de dossier 2003-2580(CPP). En prononçant le jugement que la Cour canadienne de l’impôt aurait dû prononcer, je ferais droit aux appels interjetés par le RWB aux termes du paragraphe 103(1) de la LAE et de l’article 28 du RPC, j’annulerais la décision du ministre selon laquelle Tara Birtwhistle, John Wright et Kerrie Souster étaient des employés du RWB entre janvier 2001 et juillet 2001, et je renverrais l’affaire au ministre pour qu’il rende une nouvelle décision portant que ces personnes n’étaient pas des employés du RWB pendant cette période. J’accorderais au RWB ses dépens devant la Cour et devant la Cour canadienne de l’impôt.

* * *

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

[69] LA JUGE DESJARDINS, J.C.A. : Je souscris aux motifs du jugement et au dispositif proposés par la juge Sharlow.

[70] Dans l’arrêt *Montreal v. Montreal Locomotive Works Ltd.*, [1947] 1 D.L.R. 161, le Comité judiciaire du Conseil privé (C.J.C.P.) a tranché la question qui lui était soumise en [TRADUCTION] « examinant les modalités exactes des contrats en cause » (à la page 169) et en analysant [TRADUCTION] « l’effet combiné de l’ensemble des opérations » (à la page 170). Les juges de la Cour supérieure et de la Cour d’appel du Québec

of the superior and appeal courts of Quebec. With the assistance of criteria distinguishing a contract of enterprise from a contract of service (master and servant), their Lordships concluded that the contract was one of agency, concurring in the result with the unanimous decision of the Supreme Court of Canada delivered by Rinfret C.J. who used such terms as “contracts of agency or service” and the words “agent or servant” ([1945] S.C.R. 621, at page 633). The J.C.P.C.’s determination of the nature of the contract amounted to a search for what the parties had agreed upon. But since there was no consensus on what the parties had agreed upon, a judicial determination was required.

[71] The determination of whether or not the parties have entered into a contract of employment for the purpose of the Employment Insurance (EI) or the *Canada Pension Plan* (CPP) has proven over the years to be a difficult and somewhat perilous exercise as the jurisprudence of our Court demonstrates. I would not deprive the common-law judge of the possibility of being apprised of the intention of the parties so as to test such intention against objective factors and the surrounding circumstances of the case when he makes the final determination.

[72] As demonstrated by Sharlow J.A., if the intention of the parties is uncontested, save by third parties, as in the case at bar, the common-law judge has nevertheless the responsibility to “look to see” if the terms used and the surrounding circumstances are compatible with what the parties say their contract is. The common-law judge must make sure that what the parties say they have agreed upon is in fact what is contained in the contract they have signed.

[73] In some cases, the common-law judge is not denied the opportunity of considering the testimony of witnesses with regard to their understanding of the contract. The acceptance of such evidence is not determinative. It is preliminary to the judge’s finding and does not free him from the necessity of characterizing the contract.

avaient émis des opinions divergentes sur la question de la nature des contrats, en particulier celle du contrat de fabrication. En ayant recours à des critères permettant de distinguer le contrat d’entreprise du contrat de louage de services (employeur et employé), les lords juges ont conclu qu’il s’agissait d’un mandat, souscrivant ainsi pour ce qui est du résultat à la décision unanime de la Cour suprême du Canada prononcée par le juge en chef Rinfret, qui avait utilisé des expressions comme [TRADUCTION] « mandat ou contrat de louage de services » et les mots [TRADUCTION] « mandataire ou employé » ([1945] R.C.S. 621, à la page 633). Le Comité judiciaire du Conseil privé a déterminé la nature du contrat au moyen d’une démarche équivalant à se demander ce dont les parties ont convenu. Étant donné qu’il n’y avait pas de consensus au sujet de l’entente entre les parties, c’est le tribunal qui a dû trancher la question.

[71] La question de savoir si les parties ont conclu un contrat de travail aux fins de l’assurance-emploi (AE) ou du *Régime de pensions du Canada* (RPC) a soulevé de nombreuses difficultés au cours des ans, comme en témoigne la jurisprudence émanant de la Cour. Je ne pense pas qu’il convienne de priver le juge de common law de la possibilité de tenir compte de l’intention des parties, et ce, afin qu’il puisse confronter cette intention aux facteurs objectifs et aux circonstances factuelles de l’affaire lorsqu’il rend sa décision définitive.

[72] Comme l’a démontré le juge Sharlow, même si l’intention des parties n’est pas contestée, sauf par des tiers, comme c’est le cas en l’espèce, le juge de common law a néanmoins le devoir de « vérifier » si les modalités utilisées et les faits de l’affaire sont compatibles avec la qualification donnée au contrat par les parties. Le juge de common law doit veiller à ce que le contrat signé par les parties reflète effectivement l’entente qu’elles affirment avoir conclue.

[73] Dans certains cas, le juge de common law a la possibilité d’examiner la déposition des témoins au sujet de leur interprétation du contrat. Le fait d’accepter de tels témoignages n’est pas déterminant. C’est une démarche préliminaire qui permet au juge d’en arriver à une conclusion, mais ne le soustrait pas à la nécessité de qualifier le contrat.

[74] Hence, in the area of partnership, where “[a]t the time the alleged partnership is formed, the evidence must disclose that the alleged partners were (1) carrying on a business, (2) in common, (3) with a view to profit” (*Spire Freezers Ltd. v. Canada*, [2001] 1 S.C.R. 391, at paragraph 15; *Continental Bank Leasing Corp. v. Canada*, [1998] 2 S.C.R. 298, at paragraph 22), the subjective intention of the parties as well as the intention of the parties as appearing from the whole facts of the case is an ever present consideration for the common-law judge. In *Backman v. Canada*, [2001] 1 S.C.R. 367, Iacobucci and Bastarache JJ. for the Court stated the following (at paragraph 25):

As adopted in *Continental Bank*, *supra*, at para. 23, and stated in *Lindley & Banks on Partnership*, *supra*, at p. 73: “in determining the existence of a partnership . . . regard must be paid to the true contract and intention of the parties as appearing from the whole facts of the case”. In other words, to ascertain the existence of a partnership the courts must inquire into whether the objective, documentary evidence and the surrounding facts, including what the parties actually did, are consistent with a subjective intention to carry on business in common with a view to profit. [Emphasis mine.]

[75] In *Continental Bank Leasing v. Canada*, at paragraph 45, Bastarache J., dissenting but with whom the majority agreed on this point, wrote:

The respondent argues that intending to constitute a valid partnership is not the same thing as intending to carry on business in common with a view to profit. I agree. The parties in the present case, however, set up a valid partnership within the meaning of s. 2 of the *Partnerships Act*. They had the intention to and did carry on business in common with a view to profit. This conclusion is not based simply on the parties’ subjective statements as to intention. It is based on the objective evidence derived from the Partnership Agreement entered into by the parties. As Millett L.J. held in *Orion Finance*, *supra*, at p. 85:

The question is not what the transaction is but whether it is in truth what it purports to be. Unless the documents

[74] Par conséquent, dans le domaine des sociétés de personnes, pour lesquelles « [l]a preuve doit démontrer que, au moment où la société aurait été formée, les présumés associés 1) exploitaient une entreprise 2) en commun 3) en vue de réaliser un bénéfice » (*Spire Freezers Ltd. c. Canada*, [2001] 1 R.C.S. 391, au paragraphe 15; *Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, [1998] 2 R.C.S. 298, au paragraphe 22), l’intention subjective des parties ainsi que l’intention des parties telle qu’elle ressort de l’ensemble des faits de l’affaire sont des éléments qui sont constamment à l’esprit du juge de common law. Dans l’arrêt *Backman c. Canada*, [2001] 1 R.C.S. 367, les juges Iacobucci et Bastarache parlant au nom de la Cour ont déclaré ce qui suit (paragraphe 25) :

Conformément à l’observation suivante, énoncée dans *Lindley & Banks on Partnership*, *op. cit.*, p. 73, et adoptée dans *Continental Bank*, précité, p. 23 : [TRADUCTION] « pour déterminer l’existence d’une société en nom collectif [. . .] il faut tenir compte du contrat et de l’intention véritables des parties ressortant de l’ensemble des faits de l’affaire ». En d’autres termes, pour statuer sur l’existence d’une société de personnes, les tribunaux doivent se demander si la preuve documentaire objective et les circonstances de l’affaire, notamment les actes concrets des parties, sont compatibles avec l’existence d’une intention subjective d’exploiter une entreprise en commun dans le but de réaliser un bénéfice. [Non souligné dans l’original.]

[75] Dans l’arrêt *Continental Bank Leasing c. Canada*, au paragraphe 45, le juge Bastarache a écrit ce qui suit dans ses motifs dissidents et la majorité a souscrit à ses observations sur ce point :

L’intimée prétend que l’intention de constituer une société en nom collectif valide n’équivaut pas à l’intention d’exploiter une entreprise en commun dans le but de réaliser un bénéfice. Je suis d’accord. Toutefois, en l’espèce, les parties ont établi une société en nom collectif valide au sens de l’art. 2 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*. Elles entendaient exploiter et elles ont effectivement exploité une entreprise en commun dans le but de réaliser un bénéfice. Cette conclusion ne s’appuie pas simplement sur les déclarations subjectives des parties quant à leur intention. Elle est fondée sur l’élément de preuve objectif que constitue le contrat de société intervenu entre les parties. Comme l’a conclu le lord juge Millett dans *Orion Finance*, précité, à la p. 85 :

[TRADUCTION] La question n’est pas de savoir en quoi consiste l’opération, mais plutôt si elle correspond

taken as a whole compel a different conclusion, the transaction which they embody should be categorised in conformity with the intention which the parties have expressed in them. [Emphasis mine.]

véritablement à ce qu'elle est censée être. À moins que les documents considérés dans leur ensemble ne commandent une autre conclusion, l'opération qu'ils constatent devrait être qualifiée conformément à l'intention qu'ont exprimée les parties. [Non souligné dans l'original.]

[76] I am of course aware of other rules of contractual interpretation which leave little or no room for evidence of the parties' subjective intention (*Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888, at page 901; *Eli Lilly & Co. v. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 S.C.R. 129, at paragraphs 52-61 (*Novopharm*); *Family Insurance Corp. v. Lombard Canada Ltd.*, [2002] 2 S.C.R. 695, at paragraph 36; Michael Furmston, *Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contract*, 14th ed. (London: Butterworths, 2001), at Chapter 6, pages 133 and 135; Kim Lewison, *The Interpretation of Contracts*, 2nd ed. (London: Sweet & Maxwell, 1997), at Chapter 1, paragraph 1.02, where the author notes however that in modern times, particularly with the increasing admission of extrinsic evidence, the aspect of objectivity in the interpretation of contracts is losing ground; S. M. Waddams, *The Law of Contracts*, 5th ed. (Toronto: Canada Law Book Inc., 2005), at pages 228-229, where the author explains that *Novopharm* is not absolute on this point; J. Beatson, *Anson's Law of Contract*, 28th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2002), at page 160).

[76] Je suis bien sûr au courant de l'existence d'autres règles d'interprétation des contrats qui ne tiennent pratiquement pas compte des preuves relatives à l'intention subjective des parties (*Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888, à la page 901; *Eli Lilly & Co. c. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 R.C.S. 129, aux paragraphes 52 à 61 (*Novopharm*); *Family Insurance Corp. c. Lombard Canada Ltée*, [2002] 2 R.C.S. 695, au paragraphe 36; Michael Furmston, *Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contract*, 14^e éd. (Londres : Butterworths, 2001), au chapitre 6, pages 133 et 135; Kim Lewison, *The Interpretation of Contracts*, 2^e éd. (Londres : Sweet & Maxwell, 1997), au chapitre 1, paragraphe 1.02, dans lequel l'auteur note néanmoins qu'à l'époque moderne, en particulier compte tenu de l'admission plus fréquente des preuves extrinsèques, la notion de l'objectivité dans l'interprétation des contrats perd du terrain; S. M. Waddams, *The Law of Contracts*, 5^e éd. (Toronto : Canada Law Book Inc., 2005), aux pages 228 et 229, dans lequel l'auteur explique que l'arrêt *Novopharm* ne tranche pas cette question de façon absolue; J. Beatson, *Anson's Law of Contract*, 28^e éd. (Oxford : Oxford University Press, 2002), à la page 160).

[77] These two lines of authority may be distinguishable.

[77] Il est possible d'établir une distinction entre ces deux courants jurisprudentiels.

[78] In *Novopharm*, the Supreme Court of Canada was called upon to determine whether the supply agreement signed between Novopharm and Apotex conferred or had the effect of conferring a sublicense upon Apotex (at paragraph 52). The interpretation of the contract was therefore at issue. In the partnership cases, the issue was not the interpretation of the contract but the nature of the contract. The Court was called upon to ascertain whether the parties met the test of a valid partnership, namely whether they were carrying on

[78] Dans l'arrêt *Novopharm*, la Cour suprême du Canada devait décider si l'accord d'approvisionnement signé par Novopharm et Apotex attribuait ou avait pour effet d'attribuer une sous-licence à Apotex (au paragraphe 52). Il s'agissait donc d'interpréter le contrat. Dans les affaires de sociétés en nom collectif, la question en litige ne portait pas sur l'interprétation du contrat mais sur sa nature. La Cour était appelée à déterminer si les parties avaient constitué une société en nom collectif répondant aux critères applicables, à

business in common with a view to profit.

[79] In the case at bar, it is the nature of the contract which must be determined, through an analysis of its terms in light of the fourfold test, namely the level of control, the ownership of the equipment, the degree of financial risk and the opportunity for profit.

[80] Given the above case law, I see no compelling reason why the common-law judge, who embarks on the difficult task of determining whether a contract is one of service or for service, should be deprived of the possibility of adverting to as many criteria and *indicia* as may reasonably be recognized in order to assess the true nature of the relationship governing the parties.

[81] The Tax Court Judge erred in law, in my view, when he said that the intention of the parties could only be used as a tie-breaker (paragraphs 31 and 82 of his reasons). I accept Sharlow J.A.'s analysis, at paragraph 64 of her reasons, that what the Tax Court Judge should have done was to take note of the uncontradicted evidence of the parties' common understanding that the dancers should be independent contractors and then consider, based on the *Wiebe Door* factors, whether that intention was fulfilled. In so doing, she relied, at paragraph 61 of her reasons, on a long line of cases of this Court as expressed by Stone J.A. in *Minister of National Revenue v. Standing* (1992), 147 N.R. 238 (F.C.A.), which I reformulated in *Wolf*, at paragraph 71, when I said that the parties' intention will be given weight only if the contract properly reflects the legal relationship between the parties.

[82] For the purpose of disposing of this case, I need not decide whether the words "the intention of the parties" have conceptually the same extension in the

savoir si elles exploitaient une entreprise en commun dans le but de faire des bénéfices.

[79] En l'espèce, c'est la nature du contrat qu'il convient de préciser, et ce, en effectuant une analyse de ses clauses à la lumière du critère à quatre volets, à savoir le niveau de contrôle, la propriété de l'équipement, l'ampleur du risque financier et la possibilité de faire des bénéfices.

[80] Compte tenu de la jurisprudence mentionnée ci-dessus, je ne vois aucune raison convaincante qui empêcherait le juge de common law, amené à trancher la difficile question de savoir s'il s'agit d'un contrat d'entreprise ou d'un contrat de louage de services, de recourir à tous les critères et indices possibles dans le but de déterminer la véritable nature de la relation unissant les parties.

[81] Le juge de la Cour canadienne de l'impôt a commis, à mon avis, une erreur de droit lorsqu'il a déclaré que l'intention des parties ne pouvait être utilisée qu'à titre d'élément de démarcation (paragraphes 31 et 82 de ses motifs). Je souscris à l'analyse de la juge Sharlow, exposée au paragraphe 64 de ses motifs, selon laquelle le juge de la Cour canadienne de l'impôt aurait dû prendre acte du témoignage non contredit relatif à l'interprétation commune des parties selon laquelle les danseurs étaient des entrepreneurs indépendants et se demander ensuite, en se fondant sur les facteurs de l'arrêt *Wiebe Door*, si cette intention avait été réalisée. Elle s'est fondée pour tenir ce raisonnement, au paragraphe 61 de ses motifs, sur toute une série de décisions de la Cour, adoptant le point de vue exprimé par le juge Stone dans l'arrêt *Ministre du Revenu national c. Standing*, [1992] A.C.F. n° 890 (C.A.) (QL), que j'ai reformulé dans l'arrêt *Wolf c. Canada*, au paragraphe 71, lorsque j'ai déclaré qu'il ne convenait d'accorder du poids à l'intention des parties que si le contrat reflétait exactement la relation juridique qui les unissait.

[82] Il n'est pas nécessaire, pour trancher le présent litige, de décider si l'expression « l'intention des parties » a en théorie la même portée dans le système de

common-law systems as in the civil law of Quebec. This matter can only be decided on a case-by-case basis.

[83] I find however that *Montreal Locomotive* is an interesting example of bijuralism. The J.C.P.C. decided this Quebec case as the court of last resort for Canada. The contract their Lordships were called upon to interpret stated that it was to be interpreted “in accordance with the laws of the Province of Quebec”, [1945] 2 D.L.R. 373 (Que. K.B.), at pages 400-401. The J.C.P.C. used the legal concepts it knew best to decide the case. The *ratio decidendi* of the case became binding on the parties. *Montreal Locomotive* thus entered the case law of Quebec. Since the decision was pronounced by the J.C.P.C., the case turned out to be an authority in the common-law world.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

EVANS J.A. (dissenting):

A. INTRODUCTION

[84] This appeal raises the familiar question of whether individuals supplying services under a contract are employees or independent contractors for the purpose of the employment insurance (EI) and *Canada Pension Plan* (CPP) schemes. The particular issue raised is the weight that a court should give to the parties’ understanding of the legal nature of their relationship when determining into which category the contract falls.

[85] I have had the benefit of reading in draft the reasons of my colleague, Sharlow J.A., but with the greatest respect I do not agree with her on this issue, nor

common law qu’en droit civil québécois. Cette question ne peut être tranchée qu’en fonction des faits particuliers à chaque affaire.

[83] Je constate cependant que l’arrêt *Montreal Locomotive* est un exemple intéressant de bijuridisme. Le Comité judiciaire du Conseil privé a tranché cette affaire québécoise en qualité de tribunal de dernier ressort pour le Canada. Le contrat que les lords juges étaient appelés à interpréter prévoyait qu’il devait être interprété [TRADUCTION] « conformément aux lois de la province de Québec », [1945] 2 D.L.R. 373 (B.R. Qué.), aux pages 400 et 401. Le Comité judiciaire a utilisé les notions juridiques qu’il connaissait le mieux pour trancher l’affaire. Les parties sont devenues liées par la *ratio decidendi* du jugement. L’arrêt *Montreal Locomotive* s’est ainsi ajouté à la jurisprudence québécoise. Étant donné que la décision avait été prononcée par le Comité judiciaire du Conseil privé, elle est également devenue un précédent dans le monde de la common law.

* * *

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

LE JUGE EVANS, J.C.A. (dissident) :

A. INTRODUCTION

[84] Le présent appel soulève une question familière, celle de savoir si les personnes qui fournissent des services en vertu d’un contrat sont des employés ou des entrepreneurs indépendants aux fins de l’assurance-emploi (AE) et du *Régime de pensions du Canada* (RPC). La question précise soulevée en l’espèce concerne l’importance que la Cour doit attribuer à la façon dont les parties ont compris la nature juridique de leur relation lorsqu’il s’agit de décider à quelle catégorie appartient le contrat qui les lie.

[85] J’ai pris connaissance du projet de motifs de ma collègue la juge Sharlow, et, avec égards, je dois dire que je ne suis pas d’accord avec elle sur cette question

with the disposition of the appeal that she proposes. Having concluded that the Tax Court Judge committed no reversible error, I would dismiss the appeal with costs.

[86] It is common ground that the parties' characterization of their relationship is not determinative of its legal nature. Indeed, in the past, courts seem to have attached little significance to the parties' understanding of the legal nature of their contract, or to their stated intention to enter into a particular kind of contract. The legal character of a contract has been determined largely on the basis of its terms and, to an extent, the conduct of the parties. It is not a legal characteristic of a contract for the sale of goods, for example, that the parties intended to enter into a contract for the sale of goods, or understood that they had.

[87] However, in some comparatively recent EI and CPP cases arising in Quebec, which are fully described in the reasons of Sharlow J.A., this Court has afforded considerable significance to the parties' statements about the legal nature of their contract when deciding whether the service providers in question were employees or independent contractors. In these cases, the Court based its reasoning, in part, on articles of the *Civil Code of Québec*.

[88] To the best of my knowledge, this is the first appeal in an EI or CPP case arising in a common-law jurisdiction to examine the relevance of the parties' understanding of the legal nature of their contract to its proper legal characterization. The importance of the issue extends well beyond the factual and legal contexts of this case.

B. CONTRACTS, INTENTION AND THE COMMON LAW

[89] Freedom of contract is a fundamental principle of the common law of contract. It means that, subject to

et que je ne souscris pas au dispositif qu'elle propose dans le présent appel. Ayant conclu que le juge de la Cour canadienne de l'impôt n'a pas commis d'erreur justifiant l'infirmité de sa décision, je rejetterais l'appel avec dépens.

[86] Il est bien établi que la façon dont les parties qualifient leur relation n'en détermine pas la nature juridique. En fait, jusqu'ici, les tribunaux semblent avoir accordé très peu d'importance à la façon dont les parties ont compris la nature juridique du contrat qu'elles avaient conclu ou à leur intention déclarée de conclure un type de contrat donné. La nature juridique d'un contrat était généralement déterminée en fonction de ses clauses et, jusqu'à un certain point, en fonction de la conduite des parties. Le fait que les parties aient eu l'intention de conclure un contrat de vente, par exemple, ou qu'elles pensent avoir conclu un tel contrat n'est pas un attribut juridique du contrat de vente.

[87] Cependant, dans certains arrêts assez récents concernant l'AE et le RPC rendus au Québec, qui sont décrits en détail dans les motifs de la juge Sharlow, la Cour a accordé une importance considérable aux déclarations faites par les parties au sujet de la nature juridique de leur contrat lorsqu'il s'agissait de décider si les fournisseurs de services en cause étaient des employés ou des entrepreneurs indépendants. Dans ces arrêts, la Cour a fondé en partie son raisonnement sur certains articles du *Code civil du Québec*.

[88] Il s'agit ici, à ce que je sache, du premier appel d'une décision concernant l'assurance-emploi ou le Régime de pensions du Canada qui vient d'une province de common law et dans lequel le tribunal est amené à examiner la pertinence de la façon dont les parties ont compris la nature juridique de leur contrat par rapport à la qualification juridique du contrat en question. L'importance de cette question dépasse largement le contexte factuel et juridique de la présente affaire.

B. LES CONTRATS, L'INTENTION ET LA COMMON LAW

[89] La liberté contractuelle est un principe fondamental du droit du contrat en common law. Ce

some specific limitations, parties may contract on whatever terms they think will best advance their interests. For example, parties who wish not to be subject to the EI regime can attain this objective by ensuring that their contract does not have the legal hallmarks of a contract of employment.

[90] Freedom of contract also means that it is the function of the courts to give effect to the terms on which the parties intended to contract. To this end, terms are interpreted in the light of the context in which the contract was made, including: the prevailing custom of the relevant trade; the market in which the parties were operating; the parties' conduct; and the commercial purpose of the contract.

[91] However, like "the intention of the legislature," "the intention of the parties" to which the law of contract gives effect is something of a legal fiction, in the sense that it is determined on the basis of an objective analysis of the words and conduct of the parties, not by reference to their subjective intention or understanding.

[92] Whether a contract falls into a particular legal category is an inference of law, drawn from the terms of the agreement and the conduct of the parties. It does not rest on the legal label attached to the agreement by the parties or on their purpose in entering into it. The intention of the parties is relevant to determining the terms of the transaction, not to its legal characterization, nor to whether the parties attained their ultimate objective.

[93] The generally accepted common-law approach to determining whether parties' contractual relationship is a partnership has recently been restated by Rothstein J.A. in *Hayes v. Canada*, [2005] 3 C.T.C. 241 (F.C.A.):

The Tax Court judge gave other reasons for not finding the spouses to be in a partnership relationship. Because there were

principe implique que, sous réserve de certaines restrictions précises, les parties ont la liberté de conclure le contrat qui correspond le mieux à leurs intérêts. Par exemple, les parties qui ne souhaitent pas être assujetties au régime de l'assurance-emploi peuvent atteindre cet objectif en veillant à ce que leur contrat ne comporte pas les éléments juridiques d'un contrat de travail.

[90] La liberté contractuelle implique également que la tâche qui consiste à donner effet aux clauses sur lesquelles les parties se sont entendues incombe aux tribunaux. Dans ce but, les clauses sont interprétées en tenant compte du contexte dans lequel le contrat a été conclu, notamment : de l'usage courant dans la profession en cause, du secteur dans lequel travaillent les parties, de la conduite des parties et de l'objet commercial du contrat.

[91] Cependant, tout comme « l'intention du législateur », « l'intention des parties » à laquelle les règles applicables aux contrats ont pour but de donner effet est une sorte de fiction juridique, dans le sens où elle est définie en fonction d'une analyse objective des termes utilisés par les parties et de leur conduite et non pas en fonction de leur intention ou interprétation subjective.

[92] La question de savoir si un contrat entre dans une catégorie juridique particulière est une conclusion de droit, fondée sur les clauses du contrat et la conduite des parties, et non pas sur l'étiquette juridique que les parties ont apposée au contrat ou sur l'objectif recherché par les parties lorsqu'elles l'ont conclu. L'intention des parties est un élément pertinent lorsqu'il s'agit de préciser les modalités de l'opération. Elle n'est pas un élément pertinent lorsqu'il faut qualifier cette opération sur le plan juridique ou trancher la question de savoir si les parties ont atteint l'objectif recherché.

[93] L'approche qui est généralement acceptée en common law pour décider si la relation contractuelle qui existe entre les parties correspond à celle d'une société de personnes a été récemment reformulée par le juge Rothstein dans l'arrêt *Hayes c. Canada*, 2005 CAF 227 :

Le juge de la Cour de l'impôt a avancé d'autres motifs pour conclure que les conjoints n'étaient pas en société de

no partnership agreements and because the spouses denied they were in a partnership relationship, the judge determined that to find a partnership “would require conduct of the parties overwhelmingly pointing to that finding” (paragraph 153). The Tax Court judge cited no authority for this standard of proof.

A declared intention of the parties that there is no partnership relationship will carry little or no weight. Lindley & Banks at paragraph 5-05 quote Cozens-Hardy M.R.’s more forceful statement in *Weiner v. Harris*, [1910] 1 K.B. 285:

Two parties enter into a transaction and say “It is hereby declared there is no partnership between us.” The Court pays no regard to that. The Court looks at the transaction and says, “Is this, in point of law, really a partnership?” It is not in the least conclusive that the parties have used a term or language intended to indicate that the transaction is not that which in law it is.

Nor will the existence or non-existence of a partnership agreement be sufficient to decide the issue. In *Backman v. Canada*, [2001] 1 S.C.R. 367 at paragraph 27, Iacobucci and Bastarache JJ. determined that, even in the face of a partnership agreement and other formal documentation, there was no partnership because the fundamental criteria for a valid partnership were not met.

Sophisticated parties may have elaborate documentation. Unsophisticated parties may not and may also not be aware of the law of partnership. The question is always whether there is a business carried on in common with a view to profit. If there is, a partnership subsists at law, irrespective of the parties’ stated intention, the existence or non-existence of a partnership agreement or the parties’ understanding of the law. [The underlining is mine.]

[94] There is no reason to think that Rothstein J.A.’s analysis would have been different if the question in dispute had been whether the contract was one of employment or for the supply of services, rather than partnership. The underlined sentences are plainly inconsistent with the position advanced in the present case by counsel for the Royal Winnipeg Ballet (RWB), namely that the parties’ stated intention with respect to,

personnes. Étant donné qu’il n’y avait pas de contrat de société et que les conjoints nient expressément qu’ils constituaient une société de personnes, le juge a déclaré que pour arriver à la conclusion de l’existence d’une telle société, « il faudrait que la conduite des parties me le confirme de manière incontestable » (paragraphe 153). Le juge de la Cour de l’impôt n’a cité aucune jurisprudence appuyant cette norme de preuve.

La déclaration des parties qu’elles ne sont pas en société de personnes a peu de poids, sinon aucun. Lindley & Banks, au paragraphe 5-05, cite la déclaration sans ambiguïté du maître des rôles Cozens-Hardy dans *Weiner c. Harris*, [1910] 1 K.B. 285 :

[TRADUCTION] Deux parties réalisent une transaction et disent : « Nous déclarons par les présentes qu’il n’existe pas de société de personnes entre nous. » La Cour ne tient aucun compte d’une telle déclaration. Elle examine la transaction et se pose la question suivante : « En droit, existe-t-il ici une société de personnes? » On ne peut rien conclure du fait que les parties ont utilisé une terminologie qui tend à indiquer que la transaction est autre chose que ce qu’en dit le droit.

L’existence ou l’absence d’un contrat de société ne suffit pas non plus à régler la question. Dans l’arrêt *Backman c. Canada*, [2001] 1 R.C.S. 367 au paragraphe 27, les juges Iacobucci et Bastarache ont conclu que, même en présence d’un contrat de société et d’autres documents constitutifs, il n’existait pas de société de personnes parce que les conditions fondamentales de son existence n’étaient pas respectées.

Des parties bien informées peuvent se doter d’une documentation élaborée. D’autres, moins bien informées, peuvent ne pas posséder une telle documentation et ne pas être au fait du droit des sociétés. La question consiste toujours à savoir si l’entreprise est exploitée en commun en vue de réaliser un bénéfice. Si c’est le cas, le droit nous dit qu’il existe une société de personnes, quelle que soit l’intention déclarée des parties, qu’il y ait présence ou absence d’un contrat de société, et quel que soit ce que les parties connaissent du droit. [Non souligné dans l’original.]

[94] Il n’existe aucune raison de penser que le juge Rothstein aurait procédé différemment si la question en litige avait été celle de savoir si le contrat en question était un contrat de travail ou d’entreprise plutôt qu’un contrat de société de personnes. Les phrases soulignées sont clairement incompatibles avec la position avancée en l’espèce par l’avocat du Royal Winnipeg Ballet (le RWB), à savoir que l’intention déclarée des parties au

or understanding of, the legal nature of their relationship is determinative, in the absence of terms or conduct that point unequivocally to the contrary conclusion. Accordingly, the failure of the Tax Court Judge in the present case to have taken note, at the start of his analysis, of a consideration which, according to Rothstein J.A., should “carry little or no weight” would not seem, on its face, a reversible error.

[95] Turning to the jurisprudence on the characterization of a contract as one of employment or for the supply of services, I note that neither of the leading cases, *Wiebe Door* and *Sagaz*, states that the common intention or understanding of the parties about the legal nature of their contract is a relevant factor in the analysis. The reasons in both cases focus on objective factors for determining whether the individuals concerned were in business on their own account or were employees. However, as Sharlow J.A. correctly points out, neither case explicitly excludes the possibility that the parties’ understanding of the legal nature of their contract might be relevant.

[96] Because the more recent cases from this Court discussed in the reasons of Sharlow J.A. all place some reliance on the *Civil Code of Québec*, I cannot regard them as elevating the significance traditionally attached by the common law of contract to the parties’ understanding of the legal nature of their contract. When the scope of federal legislation refers to a private-law concept, which is not defined in the statute, the bijural nature of our federation leaves open the possibility that the statute may be applied differently in Quebec from common-law Canada: *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, section 8.1 [as enacted by S.C. 2001, c. 4, s. 8]; see also, for example, *9041-6868 Québec Inc. v. M.N.R.*, 2005 FCA 334, at paragraph 6.

sujet de la nature juridique de leur relation, ou leur interprétation de cette dernière, est un élément déterminant en l’absence de clause du contrat ou de conduite des parties conduisant de façon non équivoque à la conclusion contraire. Par conséquent, l’omission de la part du juge de la Cour canadienne de l’impôt saisi de la présente affaire de tenir compte, au début de son analyse, d’un élément qui, d’après le juge Rothstein, devrait avoir « peu de poids, sinon aucun », ne semble pas, à première vue, constituer une erreur justifiant l’infirmité de sa décision.

[95] Pour ce qui est de la jurisprudence relative à la qualification d’un contrat de travail ou d’un contrat d’entreprise, je note qu’aucun des arrêts faisant autorité sur la question, à savoir *Wiebe Door* et *Sagaz*, n’énonce que l’intention commune des parties ou la façon dont elles interprètent la nature juridique de leur contrat est un facteur pertinent pour les besoins de l’analyse à effectuer. Dans ces deux arrêts, les motifs privilégient le recours à des facteurs objectifs pour décider si les personnes concernées exploitaient une entreprise pour leur propre compte ou étaient des employés. Cependant, comme la juge Sharlow l’a fait à juste titre remarquer, aucun de ces arrêts n’écarter expressément la possibilité de tenir compte de la façon dont les parties ont compris la nature juridique de leur contrat.

[96] Étant donné que les décisions récentes prononcées par la Cour qui sont examinées dans les motifs de la juge Sharlow sont toutes, en partie au moins, fondées sur le *Code civil du Québec*, je ne peux conclure qu’elles ont eu pour effet de renforcer l’importance qu’attachent traditionnellement les règles de common law en matière de contrats à la façon dont les parties ont compris la nature juridique du contrat qu’elles ont conclu. Lorsqu’une loi fédérale renvoie à une notion de droit privé qui n’est pas définie dans la loi, la nature bijuridique de notre fédération permet que la loi en question soit appliquée différemment au Québec et dans les provinces et territoires de common law : *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, article 8.1 [édicte par L.C. 2001, ch. 4, art. 8]; voir également, par exemple, *9041-6868 Québec Inc. c. M.N.R.*, 2005 CAF 334, au paragraphe 6.

[97] I do not know to what extent the *Civil Code of Québec* differs from the common law in the manner in which contracts are to be characterized, or whether any of those cases would have been decided differently on the basis of the common-law approach as I have described it.

[98] When a dispute arises over the proper legal character of a contract, there are good reasons to attach little if any weight to the parties' understanding of it, or to their objective in entering into the contract. First, it is difficult to understand on what basis the parties' view of their contract's legal characterization is relevant, or how it should be weighed with the objective *Wiebe Door/Sagaz* factors. It is one thing to draw an inference about the legal nature of a contract based on, for example, the factors of control, and risk of loss and opportunity for profit. It is quite another to draw an inference from the parties' view of the legal nature of their contract, which is the ultimate question that the court must decide. It is not a legal characteristic of a contract for the supply of services that the parties intended to enter that kind of contract.

[99] Secondly, the parties' view of the legal nature of their contract is inevitably self-serving. Parties generally care primarily about their ultimate objective and only secondarily, if at all, about the legal means of achieving it. Suppose, for example, that their objective was to be exempt from EI premiums. The legal means of achieving this is by entering into a contract for the supply of services. Whether they succeed depends on whether the terms of their contract and their conduct are more consistent with the *indicia* of a contract for the supply of services than of employment. To the extent that they have thought about it, parties will want to enter into the kind of contract that in law will enable them to attain their ultimate objective.

[100] Similarly, the law attaches little or no weight to the fact that the parties' conduct is consistent with the

[97] Je ne sais pas dans quelle mesure le *Code civil du Québec* diffère de la common law pour ce qui est de la qualification des contrats, ni si les causes en question auraient été tranchées différemment si on avait appliqué les règles de common law que je viens de décrire.

[98] Lorsque le différend à trancher porte sur la qualification juridique d'un contrat, il y a de bonnes raisons d'accorder peu de poids, voire aucun, à la façon dont les parties en ont compris la nature ou à l'objectif qu'elles recherchaient en concluant le contrat en question. Premièrement, il est difficile de comprendre pour quelle raison la façon dont les parties qualifient juridiquement le contrat qu'elles ont conclu serait pertinente ou devrait être conciliée avec les facteurs objectifs exposés dans les arrêts *Wiebe Door et Sagaz*. C'est une chose que de tirer une déduction au sujet de la nature juridique d'un contrat en se fondant, par exemple, sur les facteurs de contrôle, de risque de pertes et de possibilité de profit, mais c'en est une autre très différente que de tirer des conclusions à partir de la perception des parties de la nature juridique de leur contrat, qui est la question essentielle que la Cour doit trancher. Le fait que les parties aient eu l'intention de conclure un contrat d'entreprise n'est pas un attribut juridique d'un tel contrat.

[99] Deuxièmement, l'opinion qu'entretiennent les parties au sujet de la nature juridique de leur contrat est nécessairement intéressée. En général, les parties s'intéressent principalement à l'objectif recherché et ne se préoccupent que de façon secondaire, voire pas du tout, des moyens juridiques permettant de l'atteindre. Supposons, par exemple, que leur objectif soit de se soustraire au versement des cotisations d'AE. Le moyen juridique à utiliser pour y parvenir est de conclure un contrat d'entreprise. Cet objectif sera atteint si les modalités du contrat et la conduite des parties se rapprochent davantage des éléments d'un contrat d'entreprise que de ceux d'un contrat de travail. Dans la mesure où elles y auront réfléchi, les parties préféreront conclure le genre de contrat qui, juridique-ment, leur permettra d'atteindre l'objectif qu'elles recherchent.

[100] De la même façon, le droit attache peu de poids, sinon aucun, au fait que la conduite des parties

legal consequences of having entered into a contract for the supply of services. These consequences may include the payor's exemption from having to deduct and pay EI premiums and CPP contributions, and the service provider's obligation to register for and to charge GST. These are the legal consequences of a contract for the supply of services, not proof of its existence. The fact that the parties may intend these consequences does not assist in determining whether they have adopted the legal means of achieving them, namely, entering into a contract which has the characteristics of a contract for the supply of services, rather than of employment.

[101] Third, parties to contracts for the performance of work (to use a neutral term) are often not in equal bargaining positions. To attribute appreciable weight to a statement in the contractual document signed by the parties that the contract is one for the supply of services may disadvantage the more vulnerable party, who may subsequently say, for example, that she intended the relationship to be one of employment so that she would be covered by EI.

[102] In the face of a clear provision in a signed contract that it is a contract for the supply of services, not a contract of employment, it may be difficult for such a party to deny that, on an objective analysis, this provision embodied the parties' common intention, at least in the absence of misrepresentation or duress. In other words, the vulnerable party is not only bound by the terms of the contract, but her contractual status and consequently her statutory rights may also be prejudiced by the stronger party's legal characterization of the contract.

[103] Fourth, the legal characterization of a contract may have an impact on third parties, such as the victim of a tort committed by a service provider in the course of performing the contract or, as in this case, Revenue Canada. Not to base legal characterization squarely on

soit compatible avec les conséquences juridiques découlant de la conclusion d'un contrat d'entreprise. Ces conséquences peuvent avoir pour effet d'exempter le payeur d'avoir à déduire et à verser les cotisations d'AE et les cotisations au RPC, et d'obliger le fournisseur de services à s'inscrire aux fins de la TPS et à la facturer. Ce sont là les conséquences juridiques d'un contrat d'entreprise, mais elles ne constituent pas la preuve de son existence. Le fait que les parties aient recherché ces conséquences n'est d'aucun secours lorsqu'il s'agit de décider si elles ont adopté les moyens juridiques pour y parvenir, à savoir si elles ont conclu un contrat qui comporte les éléments d'un contrat d'entreprise et non ceux d'un contrat de travail.

[101] Troisièmement, les parties à un contrat prévoyant l'exécution d'un travail (pour utiliser un terme neutre) sont rarement sur un pied d'égalité pour négocier. En attribuant une force probante importante à une déclaration figurant dans un document contractuel signé par les parties selon laquelle le contrat est un contrat d'entreprise, on risque de désavantager la partie la plus vulnérable qui pourrait fort bien dire par la suite, par exemple, qu'elle avait l'intention de conclure un contrat de travail pour pouvoir participer au régime d'assurance-emploi.

[102] En présence d'une disposition claire d'un contrat signé selon laquelle il s'agit d'un contrat d'entreprise et non d'un contrat de travail, une partie dans cette situation aurait du mal à nier que, selon une analyse objective, cette disposition reflète l'intention des parties, au moins en l'absence de fausse représentation ou de contrainte. Autrement dit, la partie vulnérable est non seulement liée par les modalités du contrat, mais son statut contractuel et, par conséquent, les droits que lui confère la loi, risquent d'être compromis par la façon dont la partie en position de force a qualifié juridiquement le contrat.

[103] Quatrièmement, la qualification juridique d'un contrat peut avoir un effet sur les tiers, comme la victime d'un acte délictueux commis par le fournisseur de services dans l'exécution du contrat ou, comme en l'espèce, Revenu Canada. Le fait de fonder la

the terms of the contract, interpreted contextually, may jeopardize those interests and undermine non-voluntary protective statutory programs, such as EI and CPP.

[104] I am concerned also about the impact on other dancers with the RWB of a finding about the contractual status of the dancers in this case. If the understanding of the dancers is significant to the decision, could the result be different in the case of another dancer with the RWB who denied entering into his contract on the understanding that it was a contract for the supply of services? It seems odd that essentially the same contract could be characterized differently on this basis.

[105] In my opinion, the only significant role of the parties' stated intention or understanding about the legal nature of their contract is as part of the interpretative context in which the Court views the contract in order to resolve ambiguities and fill in silences in its terms.

C. THE PRESENT CASE

[106] The evidence of the "common intention of the parties" in this case consists principally of statements made at the hearing before the Tax Court Judge by Ms. Susan Wallace, the Executive Director of the CAEA, and Mr. Johnny Wright, one of the dancers who appealed the Minister's ruling to the Tax Court. Their statements are brief and unexplored.

[107] Neither witness indicated the basis of their understanding or assumption about the legal nature of the contracts, nor said that they communicated this understanding to the RWB. The two members of the RWB's senior management who were called to testify were not asked about their understanding of the legal nature of the contracts. Neither the umbrella agreement negotiated with the RWB by the CAEA on behalf of its

qualification juridique du contrat sur des considérations autres que les modalités de celui-ci, interprétées dans leur contexte, risque de compromettre ces intérêts et de porter atteinte à des programmes obligatoires établis par la loi visant à protéger certaines catégories de personnes, comme l'assurance-emploi et le Régime de pensions du Canada.

[104] Je m'inquiète également de l'effet que pourrait avoir sur les autres danseurs du RWB une conclusion sur le statut contractuel des danseurs en l'espèce. Si l'intention des danseurs doit jouer un rôle important dans la décision, le résultat pourrait-il être différent dans le cas d'un autre danseur du RWB qui nierait avoir eu l'intention de conclure un contrat d'entreprise? Il semble étrange que des contrats essentiellement identiques puissent être qualifiés différemment pour cette raison.

[105] À mon avis, le seul rôle important que peut jouer l'intention déclarée des parties au sujet de la nature juridique de leur contrat est d'influencer le contexte interprétatif dans lequel la Cour examine le contrat en vue d'en élucider les ambiguïtés et d'en combler les lacunes.

C. LA PRÉSENTE AFFAIRE

[106] En l'espèce, les preuves relatives à « l'intention commune des parties » comprennent principalement les déclarations qu'ont faites M^{me} Susan Wallace, la directrice exécutive de la CAEA, et M. Johnny Wright, un des danseurs qui a interjeté appel de la décision du ministre devant la Cour canadienne de l'impôt, à l'audience tenue par le juge de la Cour canadienne de l'impôt. Leurs déclarations sont brèves et n'ont pas fait l'objet de commentaires.

[107] Aucun des témoins n'a précisé le fondement sur lequel reposait sa compréhension ou sa perception de la nature juridique des contrats, et aucun n'a déclaré avoir communiqué son opinion au RWB. Les deux membres de la haute direction du RWB qui ont été appelés à témoigner n'ont pas été interrogés au sujet de la façon dont ils interprétaient la nature juridique des contrats. Ni l'accord-cadre négocié avec le RBW par la CAEA

members and applicable to very different categories of work, nor the individual contracts signed by the dancers stated that they were contracts for the supply of services.

[108] As I have already indicated, the fact that the dancers were registered for and charged GST is not evidence of the legal nature of the contract. Whether the dancers had to charge GST, and the RWB to pay it, are legal consequences of characterizing the contract as one for the supply of services, not proof of its legal character. At most, it is evidence that the parties believed that they were not in an employment relationship.

[109] Finally, I note that the umbrella agreement negotiated by the RWB and the CAEA is a lengthy and detailed document. It regulates extensively the relationship of dancers and others, with the RWB, and contains an ample basis for determining the legal nature of the dancers' contracts without the need to have regard to what the parties thought that it was. Typically, decisions in this area of the law have to be made on the basis of much sparser contractual material.

D. RE-OPENING THE *WIEBE DOOR*

[110] *Wiebe Door* was decided 20 years ago, at a time when the contextual approach to legal analysis was less well established in Canadian jurisprudence than it is now. In the mid-1980s, courts were much more inclined to accept that whether a person was engaged under a contract of employment could be determined in the abstract, without enquiring about the particular context in which the issue arose.

[111] The four factors enumerated in *Wiebe Door* are drawn largely from the law of tort. The issue in the *Montreal Locomotive* case, on which *Wiebe Door* also relied, was whether a government contractor was liable to pay tax as a result of its occupation of certain land. The answer turned on whether it was operating on the land as an agent of the Crown or was carrying on its own

au nom de ses membres, qui s'applique à plusieurs types d'emplois très différents, ni les contrats individuels signés par les danseurs, ne mentionnent qu'il s'agit de contrats d'entreprise.

[108] Comme je l'ai déjà mentionné, le fait que les danseurs aient été inscrits aux fins de la TPS et aient facturé cette taxe n'est pas une preuve qui détermine la nature juridique du contrat. Le fait que les danseurs aient été tenus de facturer la TPS et que le RWB ait dû la payer est une conséquence juridique qui découle du fait que le contrat a été qualifié de contrat d'entreprise, mais ne constitue pas une preuve de sa nature juridique. Cela prouve tout au plus que les parties estimaient qu'elles n'avaient pas conclu un contrat de travail.

[109] Enfin, je note que l'accord-cadre négocié par le RWB et la CAEA est un document long et détaillé. Il régit de façon très précise les relations des danseurs et d'autres personnes avec le RWB, et permet amplement de préciser la nature juridique des contrats conclus par les danseurs sans qu'on ait à s'en remettre à ce que les parties en pensaient. Habituellement, les décisions qui touchent ce domaine du droit doivent être prises en fonction de documents contractuels beaucoup moins étoffés.

D. RETOUR SUR L'ARRÊT *WIEBE DOOR*

[110] L'arrêt *Wiebe Door* a été rendu il y a 20 ans, à une époque où l'approche contextuelle à l'analyse juridique était beaucoup moins solidement établie dans la jurisprudence canadienne qu'elle ne l'est aujourd'hui. Au milieu des années 1980, les tribunaux étaient beaucoup plus enclins à accepter que l'on puisse décider dans l'abstrait si une personne avait été embauchée aux termes d'un contrat de travail, sans tenir compte du contexte particulier dans lequel la question se posait.

[111] Les quatre facteurs énumérés dans l'arrêt *Wiebe Door* sont principalement tirés des règles de la responsabilité délictuelle. La question en litige dans l'arrêt *Montreal Locomotive*, arrêt qui a également été invoqué dans l'arrêt *Wiebe Door*, était de savoir si un entrepreneur engagé par le gouvernement était tenu de payer des impôts en raison de l'utilisation qu'il faisait

business. No contract of employment was involved.

[112] When legislation attaches consequences to whether work is being performed under a contract of employment, it is reasonable to attribute a legislative intention that the concept of employment should be interpreted and applied in light of its meaning in other areas of the law. However, it is out of keeping with current legal methodology to interpret and apply the term, “contract of employment,” when used in a statute to define the scope of a social programme, by reference only to the law of vicarious liability in tort, which has its own policy considerations, without any regard to the context and purposes of the statutory scheme in question. These issues are thoroughly discussed by Laura Friedlander, “What Has Tort Law Got To Do With It? Distinguishing Between Employees and Independent Contractors in the Federal Income Tax, Employment Insurance, and Canada Pension Plan Contexts” (2003), 51 *Can. Tax J.* 1467.

[113] It is also appropriate to question the utility of a test devised before both the rapid growth of outsourcing and privatization of work had occurred and the effects of the globalization of the economy had become so apparent. The changing nature of the workplace, and the increasing complexity and diversity of the relationships under which labour is supplied, are apt to reduce further whatever value the *Wiebe Door* test may once have had to determine who is an employee for EI and CPP purposes and thus entitled to the benefits that these statutory schemes provide.

E. CONCLUSIONS

[114] The common law of contract attaches little if any significance to parties’ understanding of, or stated intention about, the legal nature of their relationship. Consequently, I cannot conclude that the Judge erred in law in not factoring it into his application of the *Wiebe*

d’un terrain. Il fallait pour y répondre décider si l’entrepreneur exploitait le terrain à titre de mandataire de la Couronne ou s’il exploitait sa propre entreprise. Il n’était pas question de contrat de travail.

[112] Lorsque la loi attache des conséquences au fait d’exécuter un travail en vertu d’un contrat de travail, il est raisonnable de tenir pour acquis que le législateur a voulu que la notion de travail soit interprétée et appliquée de la façon dont cela se fait dans d’autres domaines du droit. Il est toutefois tout à fait contraire à la méthodologie juridique actuelle d’interpréter et d’appliquer l’expression « contrat de travail », lorsqu’elle est utilisée dans une loi pour définir la portée d’un programme social, en se basant uniquement sur les règles applicables en matière de responsabilité du fait d’autrui, un domaine où s’appliquent des considérations particulières, sans tenir compte du contexte et de l’objet du programme en question. Ces aspects sont examinés en détail par Laura Friedlander dans l’article « What Has Tort Law Got To Do With It? Distinguishing Between Employees and Independent Contractors in the Federal Income Tax, Employment Insurance, and Canada Pension Plan Contexts » (2003), 51 *Rev. fiscale can.* 1467.

[113] Il y a également lieu de s’interroger sur l’utilité d’un critère qui a été élaboré avant l’essor de la privatisation et de la sous-traitance des tâches, et avant que se fassent sentir aussi nettement les effets de la mondialisation de l’économie. Les changements survenus dans le monde du travail, et la complexité et la diversité croissantes des relations dans lesquelles le travail est exécuté ne peuvent que diminuer l’importance qu’a pu avoir le critère élaboré dans l’arrêt *Wiebe Door* dans le passé pour déterminer qui est un employé aux fins de l’AE et du RPC, et qui a, par conséquent, droit aux prestations qui sont fournies dans le cadre de ces deux régimes établis par la loi.

E. CONCLUSIONS

[114] Les règles de la common law dans le domaine des contrats accordent peu de poids, voire aucun, à la façon dont les parties comprennent la nature juridique de leur relation, ou à l’intention qu’elles ont exprimée à ce sujet. Par conséquent, je ne peux conclure que le

Door/Sagaz considerations to the terms of the contracts. There was no dispute about the interpretation of the terms of the contracts which the parties' understanding of the legal nature of the contracts might have helped to resolve. While recognizing that, as usual, there was room for dispute, the Judge was able to reach a clear conclusion about the proper characterization of the contracts on the basis of the *Wiebe Door/Sagaz* factors and a contextual examination of the terms of the contracts.

[115] Absent legal error, this Court may only interfere with the Judge's conclusion if it is vitiated by palpable and overriding error. In my view, it is not. The Judge was properly alert to the fact that an application of the *Wiebe Door/Sagaz* factors had to be sensitive to the nature of the dancers' work. Thus, he declined to consider some aspects of the contractual relationship as indicative of control, because they were inherent in the production and performance of a ballet as a coherent work of art. In so far as counsel for the RWB suggested that the very nature of artistic performance and expression is incompatible with an employment status, I do not agree. He conceded that dancers with the Alberta Ballet Company in Calgary are regarded as employees.

[116] The legal test for determining whether a contract is one of employment or for services is multi-factored. Unless a judge commits some egregious error in its application, it will be difficult to establish palpable and overriding error. For the most part, I would characterize counsel's criticism of the reasons of the Judge in this case as going to his assignment of weight to the various factors and to his appreciation of the evidence. Whether I would have weighed each and every factor as the Judge did, drawn the same inferences from the evidence, or reached the same result, is not the point. I am not satisfied that his reasoning or conclusion is clearly wrong.

juge a commis une erreur de droit en ne tenant pas compte de cet élément lorsqu'il a appliqué les facteurs décrits dans les arrêts *Wiebe Door* et *Sagaz* aux contrats en cause. L'interprétation des modalités des contrats ne soulevait aucune contestation qui aurait pu être résolue en ayant recours à l'opinion des parties au sujet de la nature juridique des contrats. Tout en reconnaissant que, comme d'habitude, il y avait matière à discussion, le juge a pu en arriver à une conclusion claire au sujet de la qualification des contrats, en se fondant sur les facteurs exposés dans les arrêts *Wiebe Door* et *Sagaz* et sur un examen contextuel des modalités des contrats.

[115] En l'absence d'erreur de droit, la Cour ne peut modifier la conclusion d'un juge que si celle-ci est viciée par une erreur dominante et manifeste. À mon avis, ce n'est pas le cas ici. Le juge a été sensible, comme il devait l'être, au fait que l'application des facteurs exposés dans les arrêts *Wiebe Door* et *Sagaz* devait être compatible avec la nature du travail des danseurs. C'est pourquoi il a refusé de considérer certains aspects de la relation contractuelle comme indiquant l'existence d'un contrôle, parce qu'il s'agissait d'exigences étroitement liées à la production et à la présentation d'une œuvre d'art cohérente comme le ballet. Je ne peux souscrire à l'argument de l'avocat du RWB selon lequel la nature même de la prestation et de l'expression artistiques est incompatible avec le statut d'employé. Il a d'ailleurs reconnu que les danseurs de l'Alberta Ballet Company de Calgary étaient considérés comme des employés.

[116] Le critère juridique qui permet de décider si un contrat donné est un contrat de travail ou un contrat d'entreprise fait appel à de nombreux facteurs. Tant que le juge ne commet pas une erreur flagrante dans son application, il est difficile d'établir l'existence d'une erreur dominante et manifeste. Je dirais que, dans l'ensemble, les critiques que les avocats ont formulées à l'égard des motifs du juge en l'espèce portent en fait sur la force probante qu'il a attribuée à divers facteurs et sur son appréciation de la preuve. Il ne s'agit pas de savoir ici si j'aurais apprécié ces différents facteurs comme l'a fait le juge, si j'aurais tiré les mêmes déductions à partir des preuves ou si j'en serais arrivé au même résultat. Je ne suis pas convaincu que son

[117] I would only add that it is open to the RWB, and to other dance companies, to revise the terms of engagement with their dancers so as to take them outside the category of employees. As the Judge pointed out, the present contracts contain terms that subject dancers to controls that go well beyond the requirements of artistic performance.

[118] For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

raisonnement ou sa conclusion est manifestement erroné.

[117] J'ajouterais simplement que le RWB et les autres compagnies de ballet peuvent fort bien, si elles le souhaitent, revoir les conditions auxquelles ils engagent leurs danseurs de façon à soustraire ces derniers à la catégorie des employés. Comme le juge l'a fait remarquer, les contrats actuels contiennent des conditions qui assujettissent les danseurs à un contrôle qui va largement au-delà de ce qu'exige la présentation d'un spectacle artistique.

[118] Pour ces motifs, je rejetterais l'appel avec dépens.

A-664-04
2006 FCA 180

A-664-04
2006 CAF 180

Canadian Grain Commission and Her Majesty the Queen (*Appellants*)

Commission canadienne des grains et Sa Majesté la Reine (*appelantes*)

v.

c.

James Richardson International Limited (*Respondent*)

James Richardson International Limited (*intimée*)

INDEXED AS: JAMES RICHARDSON INTERNATIONAL LTD. v. CANADA (F.C.A.)

RÉPERTORIÉ : JAMES RICHARDSON INTERNATIONAL LTD. c. CANADA (C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Noël, Sharlow and Malone JJ.A.—Winnipeg, April 25; Ottawa, May 17, 2006.

Cour d'appel fédérale, juges Noël, Sharlow et Malone, J.C.A.—Winnipeg, 25 avril; Ottawa, 17 mai 2006.

Administrative Law — Judicial Review — Grounds of Review — Appeal, cross-appeal from Federal Court decision setting aside order of Canadian Grain Commission (CGC) temporarily suspending respondent grain terminal operator's licence for breach of Canada Grain Act (Act), s. 70 — During employee lockout, respondent requesting official weighing, inspection services from CGC as required by s. 70 but CGC refusing to cross picket line or grant exemption therefrom — Applications Judge finding CGC breaching procedural fairness since respondent denied full disclosure of case to be met — Applications Judge correctly finding that commissioners may have consulted with, received ex parte information from CGC senior officials not disclosed to respondent — However, Judge erring when denying respondent declaration that CGC breached Act, ss. 30(1)(a), 117 by refusing to complete official grain inspection or grant exemption.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Motifs — Appel et appel incident d'une décision de la Cour fédérale annulant une ordonnance de la Commission canadienne des grains (CCG) dans laquelle cette dernière a imposé une suspension temporaire de la licence d'exploitant de terminal de l'intimée pour manquement à l'art. 70 de la Loi sur les grains du Canada (la Loi) — Pendant un lock-out, l'intimée a demandé des services officiels de pesée et d'inspection à la CCG conformément à l'art. 70, mais cette dernière a refusé de franchir la ligne de piquetage ou d'accorder une exemption à l'égard des exigences de pesée et d'inspection — La juge de première instance a statué que la CCG avait manqué à l'équité procédurale parce que l'intimée s'était vu refuser la divulgation complète du dossier à réfuter — La juge de première instance a conclu avec raison que les commissaires avaient pu consulter des hauts fonctionnaires de la CCG et reçu de ces derniers des renseignements ex parte qui n'avaient pas été communiqués à l'intimée — Cependant, la juge a commis une erreur lorsqu'elle a omis de prononcer un jugement déclaratoire portant que la CCG avait enfreint les art. 30(1)a) et 117 de la Loi lorsqu'elle a refusé de procéder à l'inspection officielle du grain ou d'accorder une exemption.

Labour Relations — Appeal, cross-appeal from Federal Court decision setting aside order of Canadian Grain Commission (CGC) temporarily suspending respondent grain terminal operator's licence for breach of Canada Grain Act (Act), s. 70 — Whether CGC entitled to refuse to have inspectors cross picket line, complete statutorily required inspection on basis of safety considerations — CGC governed by Canada Labour Code, Part II (CLC) — CLC, s. 122(1) defining "danger" — No evidence inspectors personally refused to cross picket line or had reasonable cause to believe danger present when respondent requesting services therefrom — CGC breaching statutory obligations under

Relations du travail — Appel et appel incident d'une décision de la Cour fédérale annulant une ordonnance de la Commission canadienne des grains (CCG) dans laquelle cette dernière a imposé une suspension temporaire de la licence d'exploitant de terminal de l'intimée pour manquement à l'art. 70 de la Loi sur les grains du Canada (la Loi) — Il s'agissait de savoir si la CCG avait le droit de refuser que ses inspecteurs franchissent la ligne de piquetage et procèdent à l'inspection prévue par la Loi pour des motifs de sécurité — La CCG est régie par la partie II du Code canadien du travail (CCT) — Le mot « danger » est défini à l'art. 122(1) du CCT — Rien ne prouvait qu'un inspecteur avait personnellement

Canada Grain Act, ss. 30(1)(a), 117.

Practice — Variation of Time — Appeal, cross-appeal from Federal Court decision setting aside order of Canadian Grain Commission (CGC) temporarily suspending respondent grain terminal operator's licence for breach of Canada Grain Act, s. 70 — Federal Courts Act, s. 18.1(2) imposing 30-day time limit to bring application for judicial review — Case law establishing all relevant factors to be considered by judge in exercising discretion to grant extension of time — Applications Judge misapplying law since only considering absence of evidence of continuing intention to bring application — Upon consideration of all relevant factors, lack of prejudice to CGC, importance of establishing certainty in CGC's conduct during labour disputes paramount considerations in exercise of discretion herein.

Practice — Mootness — Appeal, cross-appeal of Federal Court decision setting aside order of Canadian Grain Commission (CGC) temporarily suspending respondent grain terminal operator's licence for breach of Canada Grain Act, s. 70 — Not necessary to remit matter of respondent's breach of s. 70 to new commissioners since respondent justified in unloading grain, penalty prescribed by CGC's order carried out — Matter moot when rights of parties not materially affected or advanced by redetermination, rehearing.

This was an appeal and cross-appeal of a Federal Court decision that allowed, in part, the respondent's application for judicial review and set aside the order of the Canadian Grain Commission (CGC) imposing a one-day suspension of the respondent's licence as a grain terminal operator together with a "weigh-over" or audit of all grain stocks at its Vancouver terminal for a breach of section 70 of the *Canada Grain Act* (Act). The proceedings arose during a labour dispute between the respondent and its Vancouver union employees, members of the Grain Workers Union, Local 333 (the Union). When the respondent commenced a lockout of its unionized employees, the Union established a picket line outside the respondent's terminal. The respondent had 121 railcars of grain from

refusé de franchir la ligne de piquetage ou qu'il avait un motif raisonnable de croire en l'existence d'une situation qui constituerait un danger lorsque l'intimée a demandé ses services — La CCG a manqué aux obligations légales prévues aux art. 30(1)a) et 117 de la Loi sur les grains du Canada.

Pratique — Modification des délais — Appel et appel incident d'une décision de la Cour fédérale annulant une ordonnance de la Commission canadienne des grains (CCG) dans laquelle cette dernière a imposé une suspension temporaire de la licence d'exploitant de terminal de l'intimée pour manquement à l'art. 70 de la Loi sur les grains du Canada — L'art. 18.1(2) de la Loi sur les Cours fédérales impose un délai de 30 jours pour présenter une demande de contrôle judiciaire — La jurisprudence fait état de tous les facteurs pertinents qu'un juge doit prendre en considération dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de proroger le délai — La juge de première instance a appliqué erronément un principe de droit parce qu'elle a seulement pris en considération l'absence de preuve d'une intention constante de présenter une demande — Compte tenu de tous les facteurs pertinents, il convenait d'accorder une attention primordiale à l'absence de préjudice envers la CCG ainsi qu'à la nécessité d'établir avec certitude la conduite de cette dernière lors d'un conflit de travail dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire en l'espèce.

Pratique — Caractère théorique — Appel et appel incident d'une décision de la Cour fédérale annulant une ordonnance de la Commission canadienne des grains (CCG) dans laquelle cette dernière a imposé une suspension temporaire de la licence d'exploitant de terminal de l'intimée pour manquement à l'art. 70 de la Loi sur les grains du Canada — Étant donné que l'intimée était justifiée de décharger le grain et que la pénalité prévue par l'ordonnance de la CCG avait été purgée, il n'y avait pas lieu de renvoyer l'affaire de l'infraction de l'intimée à l'art. 70 à de nouveaux commissaires — La question est théorique lorsqu'une nouvelle décision ou une nouvelle audience n'a pas d'effet positif ou négatif marqué sur les droits des parties.

Il s'agissait d'un appel et d'un appel incident d'une décision de la Cour fédérale faisant droit, en partie, à la demande de contrôle judiciaire de l'intimée et annulant l'ordonnance de la Commission canadienne des grains (CCG) dans laquelle cette dernière avait imposé une suspension d'un jour de la licence d'exploitant de terminal de l'intimée de même qu'une « pesée de contrôle » ou une vérification de tous les stocks de grain se trouvant dans ses installations terminales de Vancouver parce qu'elle avait enfreint l'article 70 de la *Loi sur les grains du Canada* (la Loi). Le litige est survenu pendant un conflit de travail entre l'intimée et ses employés syndiqués de Vancouver, qui étaient membres de la section locale 333 de la Grain Workers Union (le syndicat). Lorsque

different shippers on its terminal premises. Subsection 69(1) of the Act required that the respondent receive this grain into its elevator if space was available. Under the scheme of the Act, the respondent was responsible for the grain from the time the railcars arrived on its premises, during storage and until it was loaded onto vessels for export. Section 70 required the respondent to have the grain received in its elevator officially weighed and inspected forthwith on receipt, except where otherwise authorized by the CGC. Paragraph 30(1)(a) of the Act further required that a CGC inspector conduct an official inspection upon the application of a terminal operator. The respondent was concerned that the grain's quality would deteriorate if it remained unloaded. During previous labour disputes involving either terminal operators or CGC employees, the official inward inspection and weighing requirements either continued to be fulfilled or were waived by means of granting exemptions. The respondent notified the CGC that it intended to unload the railcars and requested an exemption from inward inspection and grading. The CGC initially informed the respondent that the request for exemption was not necessary as CGC employees would provide the services requested. However, another CGC official informed the respondent almost simultaneously that, due to the picket line, the CGC might not provide official inspection and weighing services and would not grant an exemption. No reasons were given for the possible refusal to give the exemption. Eventually CGC stated that it considered crossing the picket line unsafe and that its staff's safety could not be ensured. The respondent repeated its request and offer to provide security services a number of times but the CGC refused the offer. The respondent unloaded the grain. Thereafter, the CGC ordered the respondent to show cause why it should not be found to have contravened the Act and ultimately issued the order under appeal. The licence suspension was served and the weigh-over was completed.

On judicial review, the applications Judge found that the respondent had been denied full disclosure of the case it had to meet since the CGC had taken advice from senior officials and did not disclose it and because certain facts in the commissioners' reasons were not in the materials previously provided to the respondent. Collectively, this amounted to a breach of procedural fairness that was also sufficient to create

l'intimée a mis en lock-out ses employés syndiqués, le syndicat a dressé une ligne de piquetage à l'extérieur des installations de l'intimée. Cette dernière avait dans ses installations terminales 121 wagons de grain provenant de divers expéditeurs. Le paragraphe 69(1) de la Loi obligeait l'intimée à recevoir ce grain dans ses installations s'il y avait de la place. Selon le régime établi par la Loi, l'intimée était responsable du grain à partir du moment où les wagons arrivaient dans ses installations, pendant la durée du stockage du grain et jusqu'à ce que ce dernier soit chargé à bord de navires en vue de son exportation. L'article 70 obligeait l'intimée à procéder à la pesée et à l'inspection officielles du grain dès sa réception dans ses installations, sauf autorisation contraire de la CCG. L'alinéa 30(1)a) de la Loi prévoyait en outre qu'un inspecteur de la CCG devait procéder à une inspection officielle à la demande d'un exploitant d'installations terminales. L'intimée s'inquiétait de la détérioration de la qualité du grain s'il n'était pas déchargé. Au cours de conflits de travail antérieurs mettant en cause des exploitants d'installations terminales ou des employés de la CCG, les exigences en matière d'inspection et de pesée officielles avaient été respectées ou avaient fait l'objet d'une renonciation accordée au moyen d'une exemption. L'intimée avait informé la CCG qu'elle avait l'intention de procéder au déchargement des wagons et avait demandé une exemption quant à l'inspection et au classement à l'entrée. La CCG a d'abord informé l'intimée que la demande d'exemption était inutile car des employés de la CCG seraient chargés de fournir les services demandés. Cependant, à peu près à la même époque, un autre fonctionnaire de la CCG a avisé l'intimée que la CCG ne serait peut-être pas capable de fournir des services officiels d'inspection et de pesée à cause de la ligne de piquetage et qu'elle n'accorderait pas d'exemption. Aucune raison n'a été donnée pour le refus possible d'accorder l'exemption. En fin de compte, la CCG a déclaré qu'il serait risqué de franchir la ligne de piquetage et qu'elle ne pouvait garantir la sécurité des membres de son personnel. L'intimée a réitéré sa demande et a offert les services d'une entreprise de sécurité à maintes reprises, mais la CCG a décliné l'offre. L'intimée a déchargé le grain. Par la suite, la CCG a ordonné à l'intimée d'exposer les raisons pour lesquelles il ne fallait pas conclure qu'elle avait contrevenu à la Loi et a, en dernier ressort, rendu l'ordonnance qui a été portée en appel. La suspension de licence a été signifiée et la pesée de contrôle a été effectuée.

Au cours du contrôle judiciaire, la juge de première instance a conclu que l'intimée s'était vu refuser la divulgation complète du dossier à réfuter. En effet, la CCG avait consulté certains hauts fonctionnaires et n'avait pas divulgué leurs recommandations. De plus, des faits précis exposés dans les motifs des commissaires ne se trouvaient pas dans les documents qui avaient été remis antérieurement à l'intimée.

a reasonable apprehension of bias on the part of the commissioners. On appeal, the issue was whether the applications Judge erred by inferring, without evidence, that the CGC consulted with its senior officials without advising the respondent of the details and by remitting the matter of the section 70 breach back to the commissioners for rehearing. On the cross-appeal, the issues were whether the applications Judge was correct in denying the application for an extension of time, in not granting declarations surrounding the refusals to inspect or examine and whether it was moot to remit the matter of the section 70 breach to new commissioners for rehearing.

Held, the appeal should be dismissed; the cross-appeal allowed in part.

The applications Judge correctly found that the commissioners may have consulted with and received *ex parte* information from CGC senior officials that was not disclosed to the respondent. The CGC's order referred to matters that could only have been received from senior CGC officials and which were never disclosed to the respondent. Moreover, the breach of procedural fairness was significant enough to set aside the order. The circumstances surrounding the refusal to inspect or exempt the disputed grain and the potential for spoilage were clearly relevant, on both the issues of justification and penalty being considered on the show cause hearing. In the absence of evidence from the CGC, the applications Judge correctly found that it was not possible to determine the full extent of the *ex parte* information communicated and the order could not stand.

The refusals to inspect or exempt on September 9 and 10, 2002, were two clearly identifiable decisions communicated to the respondent on those dates. The application for judicial review brought on December 10, 2002, was well beyond the 30-day time limit established by subsection 18.1(2) of the *Federal Courts Act*. In exercising her discretion not to grant an extension of time, the applications Judge determined that the absence of evidence of a continuing intention to bring an application for judicial review was in and of itself fatal. But a number of factors, including a continuing intention to bring the application, any prejudice to the party opposite, the reason for the delay, whether the application has merit and all other relevant factors particular to the case must be considered in the exercise of discretion to extend the time. The test is not conjunctive. Accordingly, the applications Judge erred in the

Pris ensemble, ces manquements équivalaient à une violation de l'équité procédurale qui suffisait également à créer une crainte raisonnable de partialité de la part des commissaires. En appel, la question en litige était de savoir si la juge de première instance avait commis une erreur en inférant, sans preuve, que la CCG avait consulté ses hauts fonctionnaires sans faire part à l'intimée des détails et en renvoyant l'affaire de l'infraction à l'article 70 aux commissaires en vue de la tenue d'une nouvelle audience. Dans l'appel incident, les questions en litige étaient celles de savoir si la juge de première instance avait eu raison de rejeter la demande de prorogation de délai et de ne pas prononcer un jugement déclaratoire au sujet des refus de procéder à une inspection ou d'accorder une exemption et si le renvoi de l'affaire de l'infraction à l'article 70 à de nouveaux commissaires en vue de la tenue d'une nouvelle audience était théorique.

Jugement : l'appel est rejeté; l'appel incident est accueilli en partie.

La juge de première instance a conclu avec raison que les commissaires ont pu consulter des hauts fonctionnaires de la CCG et reçu de ces derniers des renseignements *ex parte* qui n'ont pas été communiqués à l'intimée. L'ordonnance de la CCG faisait référence à des renseignements que seuls des hauts fonctionnaires de la CCG auraient pu fournir et qui n'ont jamais été communiqués à l'intimée. Qui plus est, le manquement à l'équité procédurale était à ce point grave qu'il convenait d'annuler l'ordonnance. Les circonstances entourant le refus d'inspecter ou d'exempter le grain en cause, de même que le risque de dégradation de la qualité, étaient manifestement pertinentes, tant pour ce qui est des questions de justification que des questions de pénalité qui ont été examinées à l'audience de justification. La juge de première instance a conclu avec raison, en l'absence de preuve de la part de la CCG, qu'il était impossible de déterminer l'étendue complète des informations *ex parte* communiquées et que l'ordonnance ne pouvait pas être maintenue.

Les refus de procéder à une inspection ou d'accorder une exemption les 9 et 10 septembre 2002 étaient deux décisions clairement identifiables, qui ont été communiquées à l'intimée à ces dates. La demande de contrôle judiciaire présentée le 10 décembre 2002 était donc nettement postérieure au délai de 30 jours prévu au paragraphe 18.1(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*. En exerçant son pouvoir discrétionnaire de ne pas accorder de prorogation de délai, la juge de première instance a statué que l'absence de preuve d'une intention constante de présenter une demande de contrôle judiciaire était en soi fatale. On doit prendre en considération un certain nombre de facteurs dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de proroger le délai, notamment l'intention constante de déposer la demande, l'absence de préjudice pour la partie adverse, le motif du délai, le bien-fondé de la demande ainsi que tous les

exercise of her discretion by misapplying a principle of law. The CGC's failure to follow its exemption protocol based on its past practices, the need to establish certainty as to the conduct of the CGC during labour disputes and the financial impact of the CGC decision on the respondent should also have been considered. Therefore, the respondent was entitled to the extension of time.

In determining whether the CGC was in breach of its statutory duty under paragraph 30(1)(a) or section 117 of the Act, the key question was whether, on the basis of safety considerations by the CGC management and its union, the CGC was entitled to refuse to have its inspectors cross the picket line and complete the official inspection. The CGC and its employees are governed by Part II of the *Canada Labour Code* (CLC) and the guidelines, policies and directives of the Treasury Board of Canada regarding workplace health and safety matters. Subsection 128(1) of the CLC provides that a federal employee may refuse to work in a place or perform an activity if the employee while at work has reasonable cause to believe that a condition exists that constitutes a danger to the employee or the performance of the activity constitutes a danger to the employer. "Danger" is defined in subsection 122(1) of the CLC as "any existing or potential hazard or condition or any current or future activity that could reasonably be expected to cause injury or illness". Any employee who refuses to work must report the circumstances to the employer without delay and the employer must take immediate action to protect the employee from the danger. A federal employee may not refuse to cross a picket line to attend at work, including picket lines set up at third party premises. Moreover, threats by picketers to attack or use violence outside of the hours of work and outside of the workplace against an employee crossing a picket line do not constitute a "danger" within the meaning of the CLC. There was no evidence that any inspector personally refused to cross the picket line or had reasonable cause to believe that a condition existed that would constitute a danger to the person as defined in the CLC. Nor was there any other evidence upon which the CGC management could reasonably have concluded that the picket line constituted a danger to the inspectors. Accordingly, the CGC's refusal to have its inspectors cross the picket line and complete the official inspection under paragraph 30(1)(a) of the Act or to grant an exemption under section 117 constituted a breach of the statutory obligations which the CGC owed the respondent.

autres facteurs pertinents propres à l'affaire. Le critère n'est pas conjonctif. Par conséquent, la juge de première instance a commis une erreur de droit dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire lorsqu'elle a appliqué erronément un principe de droit. Le fait que la CCG n'ait pas suivi son protocole d'exemption comme dans le passé, la nécessité d'établir avec certitude la conduite de la CCG lors des conflits de travail et les répercussions financières de la décision de la CCG sur l'intimée auraient également dû être pris en compte. Par conséquent, l'intimée avait droit à la prorogation de délai.

Afin d'établir si la CCG avait manqué à son obligation légale aux termes de l'alinéa 30(1)a) ou de l'article 117 de la Loi, la question clé était de savoir si, pour des raisons de sécurité invoquées par la direction de la CCG et son syndicat, la CCG avait le droit de refuser que ses inspecteurs franchissent la ligne de piquetage et procèdent à l'inspection officielle. La CCG et ses employés sont régis par la partie II du *Code canadien du travail* (CCT) ainsi que par les lignes directrices, politiques et directives du Conseil du Trésor du Canada ayant trait aux questions de santé et de sécurité au travail. Le paragraphe 128(1) du CCT dispose qu'un employé fédéral peut refuser de travailler dans un lieu ou d'accomplir une tâche s'il a des motifs raisonnables de croire qu'il est dangereux pour lui de travailler dans le lieu ou que l'accomplissement de la tâche constitue un danger pour lui-même. Le mot « danger » est défini au paragraphe 122(1) du CCT de la façon suivante : « situation, tâche ou risque—existant ou éventuel—susceptible de causer des blessures à une personne qui y est exposée, ou de la rendre malade ». Tout employé qui refuse de travailler doit signaler sans délai les circonstances à l'employeur, et ce dernier est tenu d'agir immédiatement pour protéger l'employé contre le danger en question. Un employé fédéral ne peut refuser de franchir une ligne de piquetage pour se rendre au travail, ce qui inclut les lignes de piquetage dressées devant les installations d'une tierce partie. Par ailleurs, les menaces que peuvent proférer des piqueteurs à l'endroit de l'employé qui franchit une ligne de piquetage en disant qu'ils s'en prendront à lui ou recourront à la violence en dehors des heures de travail et en dehors du lieu de travail ne constituent pas un « danger » au sens du CCT. Rien ne prouvait qu'un inspecteur avait personnellement refusé de franchir la ligne de piquetage ou qu'il avait un motif raisonnable de croire en l'existence d'une situation qui constituait un danger pour la personne, selon la définition du CCT. Aucune autre preuve ne permettait non plus à la direction de la CCG de conclure raisonnablement que la ligne de piquetage constituait un danger pour les inspecteurs. Par conséquent, le refus de la CCG de faire franchir la ligne de piquetage à ses inspecteurs et de procéder à l'inspection officielle que prévoit l'alinéa 30(1)a) de la Loi ou d'accorder une exemption en vertu de l'article 117

Despite not having sought *mandamus* with respect to the CGC's inspection or granting of exemption, the respondent was entitled to unload the grain, thus mitigating its economic loss due to possible spoilage and should not have been denied the declaration sought. The CGC took an unusual amount of time in finally reaching a decision not to cross the picket line, it ignored its past exemption practices without giving reasons and it failed in its compliance with the CLC and ultimately the Act. Furthermore, the respondent had a statutory obligation under subsection 69(1) of the Act to accept the grain for storage, as well as separate contractual obligations to the grain shippers and owners. Mitigation of any damage to the grain was therefore important to the respondent.

As to the utility of remitting the section 70 breach to new commissioners for rehearing, the matter was in fact moot given that the respondent was justified in unloading the grain and given that the penalty prescribed by the CGC's order had been completed. Under the circumstances, the rights of the parties would not be materially affected or advanced by a redetermination by the commissioners on the section 70 issue.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canada Grain Act*, R.S.C., 1985, c. G-10, ss. 30(1)(a) (as am. by S.C. 1994, c. 45, s. 7), 69(1) (as am. by S.C. 1998, c. 22, s. 25(f)(F)), 70, 117 (as am. by S.C. 1994, c. 45, s. 34; S.C. 1998, c. 22, s. 25(t)(F)).
- Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 122(1) "danger" (as am. by S.C. 2000, c. 20, s. 2), 128(1) (as am. *idem*, s. 10).
- Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1(2) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).
- Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11, s. 11 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 22; S.C. 1992, c. 54, s. 81; 1995, c. 44, s. 51; 1996, c. 18, s. 5; 1999, c. 31, s. 101(F)).
- Public Service Labour Relations Act*, S.C. 2003, c. 22, ss. 2 (as am. *idem*, s. 243), 240.

constituait un manquement aux obligations légales de la CCG envers l'intimée.

Bien qu'elle n'ait pas sollicité une ordonnance de *mandamus* pour obliger la CCG à procéder à une inspection ou à accorder une exemption, l'intimée avait le droit de décharger le grain, atténuant ainsi la perte économique attribuable à une éventuelle dégradation, et le jugement déclaratoire n'aurait pas dû lui être refusé. La CCG avait pris un temps excessif avant d'arriver finalement à la décision de ne pas franchir la ligne de piquetage, elle avait fait abstraction de ses pratiques d'exemption antérieures sans donner de motifs, et elle ne s'était pas conformée au CCT et, en fin de compte, à la Loi. Par ailleurs, l'intimée avait aussi l'obligation, aux termes du paragraphe 69(1) de la Loi, d'accepter le grain pour stockage, de même que des obligations contractuelles distinctes envers les expéditeurs et les propriétaires du grain. Il était donc important pour l'intimée d'atténuer les dommages que le grain risquait de subir.

Pour ce qui est de l'utilité de renvoyer l'affaire de l'infraction à l'article 70 à de nouveaux commissaires en vue de la tenue d'une nouvelle audience, la question était devenue théorique puisque l'intimée était justifiée de décharger le grain et parce que la pénalité prévue par l'ordonnance avait été purgée. Dans les circonstances, une nouvelle décision de la part des commissaires au sujet de la question liée à l'article 70 n'aurait pas eu d'effet positif ou négatif marqué sur les droits des parties.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 122(1) « danger » (mod. par L.C. 2000, ch. 20, art. 2), 128(1) (mod., *idem*, art. 10).
- Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11, art. 11 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 9, art. 22; L.C. 1992, ch. 54, art. 81; 1995, ch. 44, art. 51; 1996, ch. 18, art. 5; 1999, ch. 31, art. 101(F)).
- 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(2) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).
- Loi sur les grains du Canada*, L.R.C. (1985), ch. G-10, art. 30(1)a) (mod. par L.C. 1994, ch. 45, art. 7), 69(1) (mod. par L.C. 1998, ch. 22, art. 25f)(F)), 70, 117 (mod. par L.C. 1994, ch. 45, art. 34; L.C. 1998, ch. 22, art. 25t)(F)).
- Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, art. 2 (mod., *idem*, art. 243), 240.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Grewal v. Minister of Employment and Immigration, [1985] 2 F.C. 263; (1985), 63 N.R. 106 (C.A.); *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; [1989] 3 W.W.R. 97; 75 Sask. R. 82; 47 C.C.C. (3d) 1; 33 C.P.C. (2d) 105; 38 C.R.R. 232; 92 N.R. 110.

CONSIDERED:

Bidulka v. Canada (Treasury Board), [1987] 3 F.C. 630; (1987), 76 N.R. 374 (C.A.); *Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53; (1993), 102 D.L.R. (4th) 456; [1993] 4 W.R.R. 225; 78 B.C.L.R. (2d) 257; 81 C.C.C. (3d) 286; 20 C.R. (4th) 104; 14 C.R.R. (2d) 193; [1993] 1 C.T.C. 301; 93 DTC 5137; 153 N.R. 1; 45 W.A.C. 81.

REFERRED TO:

Wang v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1991] 2 F.C. 165; (1991), 12 Imm. L.R. (2d) 178; 121 N.R. 243 (C.A.); *Chou v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2001), 17 Imm. L.R. (3d) 234; 285 N.R. 188; 2001 FCA 299; *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235; (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 219 Sask. R. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 30 M.P.L.R. (3d) 1; 286 N.R. 1; 2002 SCC 33; *Visx Inc. v. Nidek Co.* (1996), 72 C.P.R. (3d) 19; 209 N.R. 342 (F.C.A.); *British Columbia Terminal Elevator Operators' Assn. v. International Longshore and Warehouse Union, Canada and Grain Workers' Union Local 333* (2001), 85 C.R.R. (2d) 309; 273 N.R. 160; 2001 FCA 78.

APPEAL and cross-appeal from a Federal Court decision ([2005] 2 F.C.R. 534; (2004), 263 F.T.R. 82; 2004 FC 1577) setting aside a Canadian Grain Commission order imposing a one-day suspension of the respondent's grain terminal operator's licence together with a "weigh-over" or audit of all grain stocks at its Vancouver terminal for a breach of the *Canada Grain Act*, section 70. Appeal dismissed and cross-appeal allowed in part.

APPEARANCES:

Brian H. Hay for appellants.
E. Beth Eva for respondent.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Grewal c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration, [1985] 2 C.F. 263 (C.A.); *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Bidulka c. Canada (Conseil du Trésor), [1987] 3 C.F. 630 (C.A.); *Kourtessis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53.

DÉCISIONS CITÉES :

Wang c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1991] 2 C.F. 165 (C.A.); *Chou c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CAF 299; *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235; 2002 CSC 33; *Visx Inc. c. Nidek Co.*, [1996] A.C.F. n° 1721 (C.A.) (QL); *British Columbia Terminal Elevator Operators' Assn. c. Syndicat international des débardeurs et magasiniers — Canada et Grain Workers' Union, section locale n° 333*, 2001 CAF 78.

APPEL et appel incident d'une décision de la Cour fédérale ([2005] 2 R.C.F. 534; 2004 CF 1577) annulant une ordonnance de la Commission canadienne des grains dans laquelle cette dernière a imposé une suspension d'un jour de la licence d'exploitant de terminal de l'intimée de même qu'une « pesée de contrôle » ou une vérification de tous les stocks de grain se trouvant dans ses installations terminales de Vancouver parce qu'elle avait enfreint l'article 70 de la *Loi sur les grains du Canada*. Appel rejeté et appel incident accueilli en partie.

ONT COMPARU :

Brian H. Hay pour les appelantes.
E. Beth Eva pour l'intimée.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for appellants.

Fillmore Riley LLP, Winnipeg, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MALONE J.A.:

I. INTRODUCTION

[1] This is an appeal and cross-appeal of an order made by a judge of the Federal Court (the applications Judge) that allowed, in part, the application for judicial review of James Richardson International Limited (JRI) (reported as [2005] 2 F.C.R. 534). The applications Judge set aside an order of the Canadian Grain Commission (CGC) dated November 8, 2002 (the November 8 order). In that order, the CGC found JRI to have breached section 70 of the *Canada Grain Act*, R.S.C., 1985, c. G-10 (the Act) and imposed a one-day suspension of JRI's licence as a terminal operator together with a "weigh-over" or audit of all grain stocks at its Vancouver terminal.

[2] These proceedings arise in the context of a four-month labour dispute between JRI and its Vancouver union employees, who are members of the Grain Workers Union, Local 333 (the Union). The issues before the Court relate to the statutory obligations and business practices of the CGC in inspecting and weighing grain during such disputes and have ramifications on grain shippers as well as terminal owners such as JRI. In this case, the positions of the parties became acrimonious over time, and for that reason the factual matrix and legislative framework must be carefully developed before the various arguments on the appeal and cross-appeal are dealt with.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Le sous-procureur général du Canada pour les appelantes.

Fillmore Riley LLP, Winnipeg, pour l'intimée.

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

LE JUGE MALONE, J.C.A. :

I. INTRODUCTION

[1] Les présents appel et appel incident font suite à une ordonnance par laquelle une juge de la Cour fédérale (la juge de première instance) a fait droit, en partie, à la demande de contrôle judiciaire de James Richardson International Limited (JRI) (publiée sous le numéro de référence [2005] 2 R.C.F. 534). La juge de première instance a annulé une ordonnance de la Commission canadienne des grains (CCG) datée du 8 novembre 2002 (l'ordonnance du 8 novembre). Dans cette ordonnance, la CCG a conclu que JRI avait enfreint l'article 70 de la *Loi sur les grains du Canada*, L.R.C. (1985), ch. G-10 (la Loi), et a imposé à cette dernière une suspension d'un jour de sa licence d'exploitant de terminal, de même qu'une « pesée de contrôle » ou une vérification de tous les stocks de grain se trouvant dans ses installations terminales de Vancouver.

[2] Le présent litige survient dans le contexte d'un conflit de travail d'une durée de quatre mois entre JRI et ses employés syndiqués de Vancouver, lesquels sont membres de la section locale 333 de la Grain Workers Union (le syndicat). Les questions dont la Cour est saisie ont trait aux obligations prévues par la loi ainsi qu'aux pratiques commerciales de la CCG au sujet de l'inspection et de la pesée du grain lors de tels conflits, et elles ont des répercussions sur les expéditeurs de grain et sur les propriétaires d'installations terminales, tels que JRI. Dans la présente affaire, les positions des parties sont devenues acrimonieuses à la longue, et c'est la raison pour laquelle il est nécessaire d'exposer avec soin le contexte factuel et le cadre législatif applicable avant de traiter des divers arguments invoqués lors de l'appel et de l'appel incident.

II. FACTS AND LEGISLATIVE FRAMEWORK

[3] JRI carries on the business of handling, cleaning and shipping grain. It operates a grain terminal elevator at the port of Vancouver, British Columbia.

[4] The CGC is the federal agency responsible for establishing and maintaining Canada's grain quality standards. It consists of three appointed commissioners (the commissioners). One of its purposes is to provide the grain industry with the fair and impartial inspection and grading of grain in order to ensure quality commodities for domestic and export markets.

[5] JRI is one of five employers which constitute the British Columbia Terminal Elevators Operator's Association (the Association). The Association and Union were parties to a collective agreement that had expired at the end of December of 2000. Following the expiry of the Association's final offer, on August 25, 2002, the member employers, including JRI, commenced a lockout of their unionized employees.

[6] The Union established a picket line outside the JRI terminal which continued until the lock-out ended on December 14, 2002. At the start, JRI entered into an arrangement with a professional security firm to provide terminal security and transportation across the picket line as required. Throughout the lockout, various JRI personnel, contractors and suppliers entered the terminal on a regular basis and crossed the picket line mostly without incident.

[7] On August 25, 2002, JRI had 121 railcars of grain from 5 different shippers on its private rail siding located on the terminal premises. Subsection 69(1) [as am. by S.C. 1998, c. 22, s. 25(f)(F)] of the Act required JRI to receive this grain into its elevator if there was space available. Space was available. Subsection 69(1) reads as follows:

69. (1) Subject to section 58 and any order made under subsection (2) or section 118, the operator of every licensed

II. LES FAITS ET LE CADRE LÉGISLATIF

[3] JRI œuvre dans le domaine de la manutention, du nettoyage et de l'expédition de grain, et elle exploite un silo terminal au port de Vancouver (Colombie-Britannique).

[4] La CCG est l'organisme fédéral chargé de fixer et de faire respecter les normes de qualité concernant le grain canadien; elle est formée de trois commissaires nommés (les commissaires). L'une de ses fonctions est de fournir à l'industrie du grain des services équitables et impartiaux d'inspection et de classement afin d'assurer aux marchés intérieur et d'exportation des produits de qualité.

[5] JRI est l'un des cinq employeurs qui constituent la British Columbia Terminal Elevators Operator's Association (l'association). L'association et le syndicat étaient parties à une convention collective qui avait expiré à la fin de décembre 2000. À la suite de l'expiration de l'offre finale de l'association, le 25 août 2002, les employeurs membres, dont JRI, ont mis en lock-out leurs employés syndiqués.

[6] Le syndicat a dressé une ligne de piquetage à l'extérieur des installations de JRI, et celle-ci a été maintenue jusqu'à la fin du lock-out, le 14 décembre 2002. Au début, JRI a conclu une entente avec une entreprise de sécurité professionnelle afin d'assurer la sécurité des installations terminales et de pouvoir franchir la ligne de piquetage au besoin. Pendant toute la durée du lock-out, divers membres du personnel, entrepreneurs et fournisseurs de JRI sont régulièrement entrés dans les installations terminales et ont franchi la ligne de piquetage, sans incident dans la plupart des cas.

[7] Le 25 août 2002, JRI avait, sur son embranchement ferroviaire privée qui est située dans ses installations terminales, 121 wagons de grain provenant de cinq expéditeurs différents. Le paragraphe 69(1) [mod. par L.C. 1998, ch. 22, art. 25f)(F)] de la Loi exigeait que JRI reçoive ce grain dans ses installations s'il y avait de la place disponible. De la place était disponible. Voici le texte du paragraphe 69(1) :

69. (1) Sous réserve de l'article 58 et d'un arrêté pris en application du paragraphe (2) ou de l'article 118, l'exploitant

terminal elevator and licensed transfer elevator shall, at all reasonable hours on each day on which the elevator is open, without discrimination and in the order in which grain arrives and is lawfully offered at the elevator, receive into the elevator all grain so lawfully offered for which there is, in the elevator, available storage accommodation of the type required by the person by whom the grain is offered.

[8] Under the scheme of the Act, JRI was responsible for the grain from the time the railcars arrived on its premises, during storage and until it was loaded onto vessels for export. Section 70 required JRI to have the grain received in its elevator officially weighed and inspected forthwith on receipt, except where otherwise authorized by the CGC. Paragraph 30(1)(a) [as am. by S.C. 1994, c. 45, s. 7] of the Act further required that a CGC inspector conduct an official inspection upon the application of a terminal operator, such as JRI. These provisions read as follows:

30. (1) Subject to the regulations, an inspector

(a) shall, on application for inspection and in the order of receipt of applications for inspection, make an official inspection of grain at any place where provision for inspection has been made;

...

70. Except as may be authorized or required by regulation or by order of the Commission, every operator of a licensed terminal elevator or licensed transfer elevator shall

(a) cause grain received into the elevator to be officially weighed;

(b) unless the grain has been officially inspected prior to receipt, cause it to be officially inspected forthwith on receipt;

(c) remove from the grain the dockage that is required by the inspection certificate relating to the grain to be removed therefrom; and

(d) on discharge of the grain from the elevator, cause the grain to be again officially weighed and officially inspected.

[9] JRI believed that the lockout could be prolonged and its management was concerned about deterioration

d'une installation terminale ou de transbordement agréée doit, aux heures normales d'ouverture les jours ouvrables, sans discrimination et selon l'ordre d'arrivée et d'offre légale du grain, recevoir tout le grain pour lequel il est en mesure d'offrir le type et l'espace de stockage demandé.

[8] En vertu du régime établi par la Loi, JRI était responsable du grain à partir du moment où les wagons arrivaient dans ses installations, pendant la durée du stockage du grain et jusqu'à ce que ce dernier soit chargé à bord de navires en vue de son exportation. L'article 70 exigeait que JRI fasse procéder à la pesée et à l'inspection officielles du grain dès sa réception dans ses installations, sauf disposition contraire de la part de la CCG. L'alinéa 30(1)a) [mod. par L.C. 1994, ch. 45, art. 7] de la Loi exigeait en outre qu'un inspecteur de la CCG procède à une inspection officielle à la demande d'un exploitant d'installations terminales, tel que JRI. Voici le texte de ces dispositions :

30. (1) Sous réserve des règlements, l'inspecteur procède :

a) sur demande, à l'inspection officielle du grain en tout lieu prévu à cet effet, dans l'ordre de réception des demandes;

[...]

70. Sauf disposition contraire des règlements ou ordonnances de la Commission, l'exploitant d'une installation terminale ou de transbordement agréée :

a) fait procéder à la pesée officielle du grain reçu;

b) fait procéder, si elle n'a pas déjà eu lieu, à l'inspection officielle du grain dès sa réception;

c) en extrait les impuretés en se conformant aux exigences du certificat d'inspection;

d) fait procéder à une nouvelle pesée et une nouvelle inspection officielles du grain au moment de son déchargement de l'installation.

[9] JRI croyait que le lock-out pouvait durer longtemps, et sa direction s'inquiétait de la détérioration de

of the grain's quality if it remained unloaded, as well as the potential for vandalism or damage to both the railcars and their contents.

[10] In years prior to September 2002, there had been several labour disputes in the grain industry involving JRI and other terminal operators. In those instances, the CGC continued to provide inspection and weighing services at the terminals throughout the labour disputes. The CGC inspectors and weighers crossed picket lines to provide such services.

[11] In other cases involving labour disputes with CGC employees that had affected its ability to provide inspection and weighing services to terminal operators, the CGC had granted exemption orders effectively waiving the official inward inspection and weighing requirements of the Act on certain conditions. These exemption conditions were developed by the CGC in consultation with various companies, including JRI, that were in the grain elevator business. In effect, these exemptions allowed terminal operators to satisfy the requirements for official weighing by submitting their scale tapes to the CGC and to satisfy the requirements for official inspection by submitting samples to the CGC for grading, as long as terminal operators had received the written agreement of the grain shippers to proceed in this fashion.

[12] The power of the CGC to grant exemption is found in paragraph 117(b) [as am. by S.C. 1998, c. 22, s. 25(t)(F)] of the Act which reads as follows:

117. Where, in the opinion of the Commission, the control of any type of elevator or type of grain handling operation or any particular elevator or grain handling operation is not essential for maintaining the quality, safe-keeping and orderly and efficient handling of grain in Canada, the Commission may,

la qualité du grain s'il n'était pas déchargé, ainsi que du risque de vandalisme ou de dommages aux wagons et à leur contenu.

[10] Dans les années précédant septembre 2002, il y avait eu dans l'industrie céréalière plusieurs conflits de travail mettant en cause JRI et d'autres exploitants d'installations terminales. Pendant tous ces conflits, la CCG avait continué de fournir des services d'inspection et de pesée aux installations terminales et, pour ce faire les inspecteurs et les peseurs de la CCG avaient franchi les lignes de piquetage.

[11] Dans d'autres situations où des conflits de travail avec ses employés avaient eu une incidence sur sa capacité de fournir aux exploitants d'installations terminales des services d'inspection et de pesée, la CCG avait accordé des arrêtés d'exemption soustrayant de fait ces exploitants, sous certaines conditions, aux exigences officielles de la Loi en matière d'inspection et de pesée à l'entrée. Ces conditions avaient été établies par la CCG en consultation avec diverses entreprises, dont JRI, qui œuvraient dans le domaine de l'exploitation de silos à grain. En pratique, ces exemptions permettaient aux exploitants d'installations terminales, d'une part, de répondre aux exigences en matière de pesée officielle en remettant leurs bons de pesée à la CCG et, d'autre part, de satisfaire aux exigences en matière d'inspection officielle en remettant des échantillons à la CCG pour classement, à la condition d'avoir reçu des expéditeurs de grain l'autorisation écrite de procéder de cette manière.

[12] Le pouvoir qu'a la CCG d'accorder une exemption figure à l'aliéna 117b) [mod. par L.C. 1998, ch. 22, art. 25t)(F)] de la Loi :

117. Lorsqu'elle estime que le contrôle d'un type d'installation ou d'opérations de manutention de grain ou qu'une installation ou opération de manutention en particulier n'est pas essentiel pour assurer le maintien de la qualité, de la bonne garde et de l'efficacité de la manutention des grains au Canada, la Commission peut, aux conditions et pour la période qu'elle y précise, soustraire à l'obligation de licence ou aux autres exigences prévues par la présente loi ou les règlements :

(b) by order, exempt that particular elevator or operation from the licensing or any other requirements of this Act or the regulations,

As examples, due to a strike by CGC weighers in 1999 at Vancouver, exemptions were granted by the CGC for the inward weighing of grain. Again, during a further work stoppage by both CGC weighers and inspectors in August of 2001 at Vancouver, CGC granted an exemption to terminal operators, including JRI, from the requirements of inward inspection and weighing under the same conditions as in 1999.

[13] During the week of September 2, 2002, JRI advised the CGC that it intended to unload the 121 railcars on September 10 and 11. JRI asked the CGC to inspect the grain in the normal way while it was being unloaded, or failing that, to grant an exemption from inward inspection and grading on the same conditions as in the past. JRI had expected that, based on past practice, it would be granted an exemption and accordingly had already obtained the written agreement of the grain shippers to accept grades based on samples taken by JRI and weights based on scale tickets recorded by JRI at the time of unloading.

[14] On September 6, 2002, Gordon Miles, the Chief Operating Officer of the CGC advised Nicholas Fox, the Vice President, Terminal Operations of JRI, that the request for exemption was not necessary as CGC employees had been assigned to provide the normal inspection and weighing services on the dates requested by JRI. However, at about the same time, Kenneth Nash, CGC's Regional Director, advised Phillip Hulina, the Regional Manager of JRI, that due to the picket line outside the terminal that the CGC might not provide official inspection and weighing services and would not grant an exemption from the requirements of section 70. No reasons were given for the possible refusal to give the exemption. Mr. Hulina was advised to keep the scale tapes and appropriate samples in the event that the CGC agreed to officially certify the samples at a later date.

b) une installation ou opération en particulier, par arrêté.

À titre d'exemple, à cause d'une grève de ses peseurs en 1999 à Vancouver, la CCG a accordé des exemptions concernant la pesée du grain à l'entrée. Autre exemple, lors d'un autre arrêt de travail de ses peseurs et inspecteurs en août 2001 à Vancouver, la CCG a accordé aux exploitants d'installations terminales, dont JRI, une exemption soustrayant ces derniers aux exigences d'inspection et de pesée à l'entrée, et ce, aux mêmes conditions qu'en 1999.

[13] Au cours de la semaine du 2 septembre 2002, JRI a informé la CCG qu'elle avait l'intention de procéder au déchargement des 121 wagons les 10 et 11 septembre suivants. Elle a demandé à la CCG d'inspecter le grain de la manière habituelle pendant le déchargement ou, à défaut, d'accorder une exemption concernant l'inspection et le classement à l'entrée, aux mêmes conditions que dans le passé. Se fiant à ce qui avait été fait antérieurement, JRI s'attendait à ce qu'une exemption lui soit accordée et avait donc déjà obtenu des expéditeurs de grain l'autorisation écrite d'accepter des classements fondés sur les échantillons qu'elle avait prélevés et les poids fondés sur les bons de pesée qu'elle avait enregistrés au moment du déchargement.

[14] Le 6 septembre 2002, Gordon Miles, chef de l'exploitation de la CCG, a informé Nicholas Fox, vice-président aux opérations des installations terminales de JRI, que la demande d'exemption était inutile car des employés de la CCG avaient été chargés de fournir les services ordinaires d'inspection et de pesée aux dates demandées par JRI. Cependant, à peu près à la même époque, Kenneth Nash, directeur régional de la CCG, a informé Phillip Hulina, gérant régional de JRI, qu'à cause de la ligne de piquetage dressée à l'extérieur des installations terminales, la CCG ne serait peut-être pas capable de fournir des services officiels d'inspection et de pesée et n'accorderait pas d'exemption par rapport aux exigences de l'article 70. Aucune raison n'a été donnée pour le refus possible d'accorder l'exemption. On a dit à M. Hulina de conserver les bons de pesée et les échantillons

[15] On September 9, Mr. Hulina again requested of Mr. Nash that the CGC provide weighing and inspection services or an exemption, indicating that the services of the professional security firm were available to escort or drive CGC employees across the picket lines. Mr. Nash repeated his September 6 message.

[16] On September 10, eight JRI staff members, including Mr. Hulina, crossed the picket line without incident. Mr. Hulina then telephoned Mr. Nash to determine whether the CGC would be attending the planned unloading. Mr. Nash advised that he and other members of CGC's management and its union would approach the picket line to make their own assessment as to whether it was safe to cross. Mr. Hulina informed Mr. Nash that JRI's employees were all on site and ready to start the unloading.

[17] A few hours thereafter, Mr. Nash telephoned Mr. Hulina to advise that he considered crossing the picket line to be unsafe and that he could not ensure the safety of his staff. Once again, Mr. Nash offered to provide security service to transport the CGC staff across the picket line but Mr. Nash declined. At this point it was obvious that the CGC would neither provide official inspection and weighing services nor grant an exemption.

[18] Two hours later, JRI non-union employees commenced the unloading of the grain. JRI made one further request later on September 10 for the CGC to attend to perform official inspection and weighing services, while using the services of the security firm, but this offer was refused, as was another request for an exemption.

[19] JRI unloaded the grain in accordance with the methods and equipment approved on other occasions by the CGC and following the conditions of the prior

appropriés au cas où la CCG accepterait de certifier officiellement les échantillons à une date ultérieure.

[15] Le 9 septembre, M. Hulina a demandé de nouveau à M. Nash que la CCG fournisse des services d'inspection et de pesée ou une exemption, indiquant que les services de l'entreprise de sécurité professionnelle étaient disponibles pour escorter ou conduire les employés de la CCG de l'autre côté de la ligne de piquetage. M. Nash a répété son message du 6 septembre.

[16] Le 10 septembre, huit membres du personnel de JRI, dont M. Hulina, ont franchi la ligne de piquetage sans incident. M. Hulina a ensuite téléphoné à M. Nash pour vérifier si la CCG serait présente au déchargement prévu. M. Nash a répondu que lui-même et d'autres membres de la direction de la CCG et de son syndicat s'approcheraient de la ligne de piquetage pour déterminer par eux-mêmes s'il n'y avait pas de risque à la franchir. M. Hulina a fait savoir à M. Nash que les employés de JRI se trouvaient tous sur place, prêts à commencer le déchargement.

[17] Quelques heures plus tard, M. Nash a téléphoné à M. Hulina pour l'aviser qu'à son avis il serait risqué de franchir la ligne de piquetage et qu'il ne pouvait garantir la sécurité des membres de son personnel. Une fois de plus, M. Nash a offert de fournir des services de sécurité afin de faire passer le personnel de la CCG de l'autre côté de la ligne de piquetage; M. Nash a décliné l'offre. À ce stade, il était évident que la CCG ne fournirait pas de services officiels d'inspection et de pesée, pas plus qu'elle n'allait accorder d'exemption.

[18] Deux heures plus tard, des employés non syndiqués de JRI ont commencé à décharger le grain. JRI a fait une autre demande plus tard le 10 septembre pour que la CCG vienne fournir des services officiels d'inspection et de pesée, tout en bénéficiant des services de l'entreprise de sécurité, mais cette offre a été refusée, tout comme une autre demande d'exemption.

[19] JRI a déchargé le grain en recourant aux méthodes et au matériel que la CCG avaient approuvés en d'autres occasions, et en respectant les conditions

exemption orders granted in 1999, 2000 and 2001. JRI then submitted the grain samples and weigh scale tapes to the CGC which were accepted only as unofficial samples. The CGC later inspected the samples, with the ultimate results showing that 56 cars had grain with a dangerous level of moisture content, requiring special attention and confirming JRI's concerns about quality deterioration if the grain was left in the railcars. It should also be noted that after the lockout JRI unloaded an additional 300 railcars that had been parked outside of its terminal premises during the lockout. This grain had deteriorated significantly due to rot, excessive moisture and infestation.

[20] Immediately following the events of September 10 and 11, 2002, the CGC ordered JRI to show cause why it should not be found to have contravened the Act. Following a lengthy and detailed exchange of correspondence, the CGC in its November 8 order, found that JRI had breached section 70 of the Act and ordered the suspension and weigh-over as referred to in paragraph 1. JRI filed its application for judicial review on December 10, 2002, some four days before the end of the lockout.

[21] While the licence suspension was served and the weigh-over completed before February 7, 2003, JRI still sought declarations before the applications Judge that various actions and decisions of the CGC were unlawful, citing a lack of jurisdiction or authority, as well as a breach of procedural fairness and a reasonable apprehension of bias. All of JRI's arguments were rejected by the applications Judge except the allegations surrounding procedural fairness and reasonable apprehension of bias.

[22] Reviewing on a correctness standard, the applications Judge determined that JRI had been denied full disclosure of the case it had to meet and therefore was not given a proper opportunity to be heard by the CGC prior to the issue of its November 8 order. In particular, the CGC had indicated that it could take counsel from certain senior officials and that this advice

dont étaient assortis les arrêtés d'exemption antérieurs accordés en 1999, en 2000 et en 2001. JRI a ensuite transmis à la CCG les échantillons de grain et les bons de pesée, qui n'ont été acceptés qu'à titre d'échantillons non officiels. La CCG a plus tard inspecté les échantillons; les résultats ultimes montraient que 56 wagons comportaient du grain présentant une teneur en eau d'un niveau dangereux, qui nécessitait une attention spéciale et qui confirmait les inquiétudes de JRI quant à la détérioration de la qualité du grain s'il était laissé dans les wagons. Il convient aussi de noter qu'après le lock-out JRI a déchargé 300 autres wagons, qui avaient été garés à l'extérieur de ses installations terminales pendant le lock-out. Ce grain s'était nettement détérioré à cause de la pourriture, d'un excès d'humidité et de la présence de parasites.

[20] Aussitôt après les événements des 10 et 11 septembre 2002, la CCG a ordonné à JRI d'exposer les raisons pour lesquelles il ne fallait pas conclure qu'elle avait contrevenu à la Loi. À la suite d'un échange de lettres long et détaillé, la CCG a conclu dans son ordonnance du 8 novembre que JRI avait enfreint l'article 70 de la Loi, et elle a ordonné la suspension et la pesée de contrôle dont il est question au premier paragraphe 1 des présents motifs. JRI a présenté sa demande de contrôle judiciaire le 10 décembre 2002, soit quatre jours environ avant la fin du lock-out.

[21] La suspension de licence a été signifiée et la pesée de contrôle a été effectuée avant le 7 février 2003, mais JRI a quand même demandé à la juge de première instance de déclarer illicites les diverses mesures et décisions de la CCG, invoquant l'absence de compétence ou de pouvoirs, de même que la violation de l'équité procédurale et la crainte raisonnable de partialité. La juge de première instance a rejeté tous les arguments de JRI, sauf les allégations relatives à l'équité procédurale et à la crainte raisonnable de partialité.

[22] Applicant la norme de la décision correcte, la juge de première instance a estimé que JRI s'était vu refuser la divulgation complète du dossier à réfuter et qu'en conséquence elle n'avait pas eu la possibilité d'être entendue avant que la CCG ne rende l'ordonnance du 8 novembre. Plus particulière-ment, la CCG avait indiqué qu'il se pouvait qu'elle consulte certains hauts

would not be shared with JRI (reasons at paragraphs 78-83). The applications Judge also noted that there were specific facts in the commissioners' reasons that were not in the materials previously provided to JRI (reasons at paragraph 84). Collectively, this amounted to a breach of procedural fairness (reasons at paragraph 90) that was also sufficient to create a reasonable apprehension of bias on the part of the commissioners (reasons at paragraphs 127-129). The November 8 order was accordingly set aside and the issue of JRI's alleged breach of the Act was remitted to the CGC for redetermination.

III. ANALYSIS OF ISSUES ON APPEAL

[23] The CGC now appeals on the basis that the applications Judge erred by inferring, without evidence, that the CGC consulted with its senior officials without advising JRI of the details; a matter said to be inconsequential in any event and certainly not the basis on which to found a determination of a reasonable apprehension of bias. The appellants also argue that the applications Judge also erred by remitting the matter of the section 70 breach back to the commissioners for rehearing; JRI's defence of justification being moot and irrelevant in the face of its admission that it had been free to leave the grain in the railcars during the lockout as other terminal operators had done.

[24] At the outset, it is important to note that the record before the applications Judge consisted of two affidavits provided by JRI, through its employees, Mr. Hulina and Mr. Fox, who both had first-hand knowledge of the events surrounding the lockout. The CGC offered no affidavit or other evidence in the application for judicial review.

[25] The deponents on behalf of JRI attached as exhibits to their affidavits all of the material that JRI had in its possession relating to the correspondence, memoranda and other material that had been provided to the CGC and used as a basis for the November 8 order.

fonctionnaires et que leurs recommandations ne seraient pas communiquées à JRI (paragraphes 78 à 83 des motifs). La juge de première instance a signalé aussi qu'il y avait, dans les motifs des commissaires, des faits précis qui ne se trouvaient pas dans les documents antérieurement fournis à JRI (paragraphe 84 des motifs). Pris ensemble, ces manquements équivalaient à une violation de l'équité procédurale (paragraphe 90 des motifs), qui suffisait également à créer une crainte raisonnable de partialité de la part des commissaires (paragraphes 127 à 129 des motifs). L'ordonnance du 8 novembre a donc été annulée et la question de l'infraction alléguée de JRI à la Loi a été renvoyée à la CCG pour qu'elle statue à nouveau sur la question.

III. ANALYSE DES POINTS EN LITIGE DANS LE CADRE DE L'APPEL

[23] Le CCG porte maintenant sa cause en appel au motif que la juge de première instance a commis une erreur en inférant, sans preuve, qu'elle a consulté ses hauts fonctionnaires sans faire part à JRI des détails, une question qui, en tout état de cause, est sans conséquence et ne saurait constituer le fondement d'une crainte raisonnable de partialité. Les appelantes font valoir aussi que la juge de première instance a également commis une erreur en renvoyant l'affaire de l'infraction à l'article 70 aux commissaires en vue de la tenue d'une nouvelle audience, la justification de JRI étant sans objet et non pertinente vu qu'elle admettait avoir eu la possibilité de laisser le grain dans les wagons au cours du lock-out, comme l'avaient fait d'autres exploitants d'installations terminales.

[24] D'abord, il importe de signaler que le dossier soumis à la juge de première instance consistait en deux affidavits de JRI, par l'entremise de ses employés, MM. Hulina et Fox, lesquels avaient tous deux une connaissance directe des faits entourant le lock-out. La CCG n'a pas produit d'affidavit ou d'autres preuves dans le cadre de la demande de contrôle judiciaire.

[25] Les personnes déposant pour le compte de JRI ont joint, à titre de pièces, à leur affidavit, à titre de pièces, tous les documents que JRI avait en sa possession au sujet des lettres, notes de service et autres documents fournis à la CCG et utilisés comme

This included a chronology by Mr. Nash as to his unsworn version of the events of September 10 and 11. As JRI had no opportunity to cross-examine the authors of any of these exhibits, neither party can rely on the contents of such documents to establish the truth of the underlying facts relevant to this dispute (see *Wang v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1991] 2 F.C. 165 (C.A.); *Chou v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2001), 17 Imm. L.R. (3d) 234 (F.C.A.)).

[26] I will deal first with the issue of the alleged improper inference based on the evidence filed by JRI. In my analysis, the applications Judge correctly found that the commissioners may have consulted with and received *ex parte* information from senior officials of the CGC that was not disclosed to JRI. In particular, counsel for the CGC specifically advised JRI in writing that the commissioners would take counsel from their senior officials that would not be disclosed and the order of November 8, 2002, refers to matters that could only have been received from senior CGC officials and which were never disclosed to JRI. Since the appellants filed no contrary evidence, this factual inference drawn by the applications Judge was proper based on the record before her. No palpable and overriding error has been demonstrated and the factual inference, in my analysis, must stand (see *Housen v. v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235).

[27] As to the issue of whether the breach of procedural fairness was of such consequence so as to set aside the November 8 order, I am satisfied that it was. The circumstances surrounding the refusal to inspect or exempt the disputed grain and the potential for spoilage were clearly relevant, on both the issues of justification and penalty being considered on the show cause hearing. Again, in the absence of evidence from the CGC, the applications Judge correctly found that it was not possible to determine the full extent of the *ex parte* information communicated and the order could not stand. I can find no error in that analysis.

fondement pour l'ordonnance du 8 novembre, dont une chronologie, établie hors serment par M. Nash, faite des faits des 10 et 11 septembre. JRI n'ayant pas eu l'occasion de contre-interroger les auteurs de l'une quelconques de ces pièces, ni l'une ni l'autre partie ne peut se fier à la teneur de ces documents pour établir la véracité des faits sous-jacents pertinents quant au présent litige (voir *Wang c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 C.F. 165 (C.A.); *Chou c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CAF 299).

[26] Je traiterai tout d'abord de la question de la présumée inférence erronée fondée sur les éléments de preuve produits par JRI. Selon moi, la juge de première instance a conclu avec raison que les commissaires ont pu consulter des hauts fonctionnaires de la CCG et reçu de ces derniers des renseignements *ex parte* qui n'ont pas été communiqués à JRI. En particulier, l'avocat de la CCG a expressément avisé JRI par écrit que les commissaires allaient demander à leurs hauts fonctionnaires des conseils qui ne seraient pas communiqués, et l'ordonnance du 8 novembre 2002 fait référence à des renseignements que seuls des hauts fonctionnaires de la CCG auraient pu fournir et qui n'ont jamais été communiqués à JRI. Comme les appelantes n'ont produit aucune preuve contraire, cette inférence de fait tirée par la juge de première instance était valable, au vu du dossier qu'elle avait en main. Aucune erreur manifeste et dominante n'ayant été établie, il convient, à mon avis, de maintenir l'inférence factuelle (voir *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235).

[27] Quant à la question de savoir si le manquement à l'équité procédurale était à ce point grave qu'il convenait d'annuler l'ordonnance du 8 novembre, je suis persuadé que oui. Les circonstances entourant le refus d'inspecter ou d'exempter le grain en cause, de même que le risque de dégradation de la qualité, étaient manifestement pertinentes, tant pour ce qui est des questions de justification que des questions de pénalité qui ont été examinées à l'audience de justification. Là encore, en l'absence de preuve de la part de la CCG, la juge de première instance a conclu avec raison qu'il était impossible de déterminer l'étendue complète des informations *ex parte* communiquées et que l'ordonnan-

[28] The appellants also argue that the finding of a reasonable apprehension of bias was based solely on a suspicion of *ex parte* communications. However, there was evidence on the record that the commissioners engaged in *ex parte* communications with their senior officials and received information that was not disclosed to JRI (reasons at paragraph 84). Again, given the absence of evidence from the CGC, it is not possible to ascertain from the record the full extent and nature of the communications and the information received. In these circumstances, it was proper for the applications Judge to draw the inference of *ex parte* communication and to find that there was a reasonable apprehension of bias on the part of the commissioners who made the order of November 8. I accordingly agree that the November 8 order could also be set aside on that basis.

IV. ANALYSIS OF ISSUES ON THE CROSS-APPEAL

[29] In its cross-appeal, JRI again raised the issues rejected by the applications Judge including the timeliness of its application for judicial review, her failure to grant declarations surrounding the refusals to inspect or exempt, as well as the utility of remitting the section 70 breach to new commissioners for rehearing.

[30] I must first deal with the discretionary order made by the applications Judge in refusing the application for an extension of time for JRI's application for judicial review. First of all, the applications Judge was right to conclude that the refusals to inspect or exempt on September 9 and 10, 2002, were two clearly identifiable decisions communicated to JRI on those dates. The application for judicial review brought on December 10, 2002, was therefore well beyond the 30 day time limit established by subsection 18.1(2) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the

ce ne pouvait pas être maintenue. Je ne puis relever aucune erreur dans cette analyse.

[28] Les appelantes font valoir aussi que la conclusion quant à l'existence d'une crainte raisonnable de partialité était fondée uniquement sur un soupçon qu'il y avait eu des communications *ex parte*. Or, le dossier indiquait que les commissaires ont eu des communications *ex parte* avec leurs hauts fonctionnaires et reçu des renseignements qui n'ont pas été communiqués à JRI (paragraphe 84 des motifs). Là encore, vu l'absence de preuve de la part de la CCG, il est impossible de prendre, au vu du dossier, la pleine mesure des communications qui ont eu lieu et des renseignements qui ont été reçus. Dans ces circonstances, la juge de première instance était fondée à inférer l'existence de communications *ex parte* et de conclure qu'il y avait une crainte raisonnable de partialité de la part des commissaires ayant rendu l'ordonnance du 8 novembre. Je suis donc d'accord pour dire que l'ordonnance du 8 novembre pouvait également être annulée pour ce motif.

IV. ANALYSE DES POINTS EN LITIGE DANS LE CADRE DE L'APPEL INCIDENT

[29] Dans son appel incident, JRI a soulevé de nouveau les questions que la juge de première instance avait rejetées, dont la présentation en temps opportun de sa demande de contrôle judiciaire, l'omission de prononcer un jugement déclaratoire au sujet des refus de procéder à une inspection ou d'accorder une exemption, de même que l'utilité de renvoyer la question de l'infraction à l'article 70 à de nouveaux commissaires en vue de la tenue d'une nouvelle audience.

[30] Je traiterai en premier lieu de l'ordonnance discrétionnaire qu'a rendue la juge de première instance en rejetant la demande de prorogation de délai concernant la demande de contrôle judiciaire de JRI. Tout d'abord, la juge a eu raison de conclure que les refus de procéder à une inspection ou d'accorder une exemption les 9 et 10 septembre 2002 étaient deux décisions clairement identifiables, qui ont été communiquées à JRI à ces dates. La demande de contrôle judiciaire présentée le 10 décembre 2002 était donc nettement postérieure au délai de 30 jours prévu au

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)].

[31] The question then is whether the applications Judge was correct in the exercise of her discretion in not granting an extension of time. In her analysis, based on the lack of any evidence of a continuing intention to bring its application for judicial review, JRI could not succeed as the lack of continuing intention on its part was in and of itself fatal.

[32] As this is a discretionary decision, this Court will not interfere unless it is demonstrated that the applications Judge misapplied a principle of law or applied an erroneous principle of law (see *Visx Inc. v. Nidek Co.* (1996), 72 C.P.R. (3d) 19 (F.C.A.), at paragraph 10).

[33] Regrettably, the attention of the applications Judge was not drawn to the seminal case of *Grewal v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 2 F.C. 263 (C.A.), which has long stood for the proposition that a number of factors should be considered in the exercise of discretion to extend the time established under subsection 18.1(2) of the *Federal Courts Act*. These include a continuing intention to bring the application, any prejudice to the party opposite, the reason for the delay, whether the application has merit and all other relevant factors particular to the case. All are to be considered; ie. the test is not conjunctive (see Thurlow C.J. at page 277 and Marceau J.A. at page 282). Accordingly, the applications Judge erred in the exercise of her discretion by misapplying a principle of law.

[34] In addition to the four factors mentioned in paragraph 33, I would also consider the following matters particular to this case; the failure of the CGC to follow its exemption protocol based on its past practices, the need to establish certainty as to the conduct of the CGC during labour disputes, and the financial impact of

paragraphe 18.1(2) [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)].

[31] La question est donc de savoir si la juge de première instance a exercé à bon droit son pouvoir discrétionnaire en n'accordant pas une prorogation de délai. Selon son analyse, qui repose sur l'absence de preuve d'une intention constante de présenter sa demande de contrôle judiciaire, JRI ne pouvait pas avoir gain de cause parce que l'absence d'intention constante de sa part était en soi fatale.

[32] Comme il est question ici d'une décision de nature discrétionnaire, la Cour n'interviendra que s'il est démontré que la juge de première instance a appliqué erronément un principe de droit ou appliqué un principe de droit erroné (voir *Visx Inc. c. Nidek Co.*, [1996] A.C.F. n° 1621 (C.A.) (QL), au paragraphe 10).

[33] Il est dommage que l'on n'ait pas attiré l'attention de la juge de première instance sur un arrêt faisant autorité, *Grewal c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 2 C.F. 263 (C.A.), lequel était depuis longtemps la thèse selon laquelle il faut prendre en considération un certain nombre de facteurs dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de proroger le délai fixé au paragraphe 18.1(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*. Ces facteurs sont les suivants : l'intention constante de déposer la demande, l'absence de préjudice pour la partie adverse, le motif du délai, le bien-fondé de la demande, ainsi que tous les autres facteurs pertinents propres à l'affaire. Tous doivent être pris en considération, le critère n'étant pas conjonctif (juge en chef Thurlow, à la page 277, juge Marceau, à la page 282). Il s'ensuit qu'en appliquant erronément un principe de droit, la juge de première instance a commis une erreur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

[34] Outre les quatre facteurs mentionnés au paragraphe 33 qui précède, j'examinerai aussi les questions suivantes, qui sont propres à la présente affaire : le fait que la CCG n'ait pas suivi son protocole d'exemption comme dans le passé, la nécessité d'établir avec certitude la conduite de la CCG lors des conflits de

the CGC decision on JRI.

[35] In my analysis, after considering all such factors, paramount consideration should be given to the lack of prejudice to the CGC and the importance of establishing certainty in the conduct of the CGC during labour disputes. This leads me to the conclusion that the JRI should be entitled to the extension of time which is sought.

[36] The next issue on the cross-appeal is whether the applications Judge ought to have granted a declaration that on September 10 and 11, 2002, the CGC was in breach of its statutory duty to have inspectors officially inspect the grain pursuant to paragraph 30(1)(a) or to grant an exemption under section 117 [as am. by S.C. 1994, c. 45, s. 34; 1998, c. 22, s. 25(t)(F)] of the Act. It is not disputed that the JRI requested an official inspection on September 10, 2002; however, the key question is whether, on the basis of safety considerations by the CGC management and its union, the CGC was entitled to refuse to have its inspectors cross the picket line and complete the official inspection.

[37] Under section 11 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 22; S.C. 1992, c. 54, s. 81; 1995, c. 44, s. 51; 1996, c. 18, s. 5; 1999, c. 31, s. 101(F)] of the *Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11 and section 240 of the *Public Service Labour Relations Act*, S.C. 2003, c. 22, s. 2 [as am. *idem*, s. 243], the CGC and its employees are governed by Part II [ss. 122-165] of the *Canada Labour Code* [R.S.C., 1985, c. L-2] (CLC) and the guidelines, policies and directives of the Treasury Board of Canada respecting workplace health and safety matters.

[38] The CLC contains detailed provisions governing the circumstances under which an employee may refuse to work for health or safety reasons and the process that must be followed by the employer in the event of a refusal to work. In particular, subsection 128(1) [as am. by S.C. 2000, c. 20, s. 10] provides that a federal employee may refuse to work in a place or perform an activity if the employee while at work has reasonable

travail, et les répercussions financières de la décision de la CCG sur JRI.

[35] Selon moi, compte tenu de tous ces facteurs, il convient d'accorder une attention primordiale à l'absence de préjudice envers la CCG, ainsi qu'à la nécessité d'établir avec certitude la conduite de cette dernière lors d'un conflit de travail. Cela m'amène à conclure que JRI devrait avoir droit à la prolongation de délai qu'elle souhaite obtenir.

[36] La question suivante à trancher dans l'appel incident est celle de savoir si la juge de première instance aurait dû déclarer que, les 10 et 11 septembre 2002, la CCG a manqué à son obligation légale de faire en sorte que des inspecteurs inspectent officiellement le grain, aux termes de l'aliéna 30(1)a), ou d'accorder une exemption en vertu de l'article 117 [mod. par L.C. 1994, ch. 45, art. 34; 1998, ch. 22, art. 25(t)(F)] de la Loi. Nul ne conteste que JRI a demandé une inspection officielle le 10 septembre 2002; cependant, la question clé est de savoir si, pour des questions de sécurité invoquées par la direction de la CCG et son syndicat, la CCG avait le droit de refuser que ses inspecteurs franchissent la ligne de piquetage et procèdent à l'inspection officielle.

[37] Suivant l'article 11 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 9, art. 22; L.C. 1992, ch. 54, art. 81; 1995, ch. 44, art. 51; 1996, ch. 18, art. 5; 1999, ch. 31, art. 101(F)] de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11, et l'article 240 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, art. 2 [mod., *idem*, art. 243], la CCG et ses employés sont régis par la partie II [articles 122 à 165] du *Code canadien du travail* [L.R.C. (1985), ch. L-2] (CCT) ainsi que par les lignes directrices, politiques et directives du Conseil du Trésor du Canada ayant trait aux questions de santé et de sécurité au travail.

[38] Le CCT comporte des dispositions détaillées régissant les circonstances dans lesquelles un employé peut refuser de travailler pour des raisons de santé ou de sécurité, ainsi que le processus que doit suivre l'employeur dans le cas d'un refus de travailler. Plus particulièrement, le paragraphe 128(1) [mod. par L.C. 2000, ch. 20, art. 10] dispose qu'un employé fédéral peut refuser de travailler dans un lieu ou d'accomplir

cause to believe that a condition exists in the place that constitutes a danger to the employee or the performance of the activity constitutes a danger to the employee. "Danger" is defined in subsection 122(1) [as am. *idem*, s. 2] of the CLC to mean:

122. (1) . . .

"danger" means any existing or potential hazard or condition or any current or future activity that could reasonably be expected to cause injury or illness to a person exposed to it before the hazard or condition can be corrected, or the activity altered, whether or not the injury or illness occurs immediately after the exposure to the hazard, condition or activity . . .

[39] Any employee who refuses to work must report the circumstances to the employer without delay and the employer must take immediate action to protect the employee from the danger. The provisions of the CLC relating to refusals to work have been interpreted and applied by this Court in the context of refusals by employees to cross picket lines. It is well established that a federal employee may not refuse to cross a picket line to attend work, including picket lines set up at third party premises. Moreover, threats by picketers to attack or use violence outside of the hours of work and outside of the workplace against an employee crossing a picket line do not constitute a "danger" within the meaning of the CLC.

[40] As an example, in *Bidulka v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 3 F.C. 630 (C.A.) meat inspectors employed by the Department of Agriculture refused to cross picket lines at a strike-bound plant operated by Gainers Inc. to perform inspection services. The strike at the plant had degenerated into an extremely violent labour confrontation and the union informed the meat inspectors that they would not provide or honour safe conducts for them to cross the picket lines. One of the reasons for the refusal of the meat inspectors to cross the picket line was their fear that the strikers and their sympathizers would, outside of work hours, attack them and members of their families to punish them for

une tâche s'il a des motifs raisonnables de croire qu'il est dangereux pour lui de travailler dans le lieu ou que l'accomplissement de la tâche constitue un danger pour lui-même. Le mot « danger » est défini au paragraphe 122(1) [mod., *idem*, art. 2] du CCT :

122. (1) [. . .]

« danger » Situation, tâche ou risque—existant ou éventuel—susceptible de causer des blessures à une personne qui y est exposée, ou de la rendre malade—même si ses effets sur l'intégrité physique ou la santé ne sont pas immédiats—, avant que, selon le cas, le risque soit écarté, la situation corrigée ou la tâche modifiée.

[39] Tout employé qui refuse de travailler doit signaler sans délai les circonstances à l'employeur, et ce dernier est tenu d'agir immédiatement pour protéger l'employé contre le danger en question. Notre Cour a interprété et appliqué les dispositions du CCT concernant les refus de travailler dans le contexte d'un refus de la part d'employés de franchir des lignes de piquetage. Il est bien établi qu'un employé fédéral ne peut refuser de franchir une ligne de piquetage pour se rendre au travail, ce qui inclut les lignes de piquetage dressées devant les installations d'une tierce partie. Par ailleurs, les menaces que peuvent proférer des piqueurs à l'endroit de l'employé qui franchit une ligne de piquetage en disant qu'ils s'en prendront à lui ou recourront à la violence en dehors des heures de travail et en dehors du lieu de travail, ne constituent pas un « danger » au sens du CCT.

[40] À titre d'exemple, dans l'arrêt *Bidulka c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 3 C.F. 630 (C.A.), des inspecteurs des viandes au service du ministère de l'Agriculture avaient refusé de franchir des lignes de piquetage en vue de fournir des services d'inspection dans une installation exploitée par Gainers Inc. et immobilisée par une grève. La grève avait dégénéré en une confrontation extrêmement violente, et le syndicat avait informé les inspecteurs des viandes qu'il ne leur fournirait pas de sauf-conduit pour franchir les lignes de piquetage, pas plus qu'il ne les honorerait. L'une des raisons pour lesquelles les inspecteurs des viandes refusaient de franchir les lignes de piquetage était qu'ils

permitting Gainers to continue to operate its plant.

[41] Writing for the Court, unanimous on this point, Pratte J.A. decided that the only danger that may be subject of a refusal to work is one that exists at the place where the employee is required to work. Any danger to the meat inspectors of being the victims of revenge by strikers outside of the workplace was not a condition existing at the place of work and could not be used to refuse to work. The meat inspectors were therefore not entitled to refuse to cross the picket lines to perform their inspection duties at the Gainers plant. Implicitly, a federal employee may have reasonable cause to believe that a dangerous condition exists at a picket line such as to cause injury to his person that could afford a valid reason to refuse to work. However, this fear must be reasonably based and readily demonstrable by oral or affidavit evidence.

[42] Nor do considerations of union solidarity have any place in the decision as to whether a picket line should be crossed. Where a grain inspector who is a member of the union refuses to cross a picket line of another union to report to work, that inspector is engaged in an unlawful strike (see *British Columbia Terminal Elevator Operators' Assn. v. International Longshore and Warehouse Union, Canada and Grain Workers' Union Local 333* (2001), 85 C.R.R. (2d) 309 (F.C.A.); *per* Décary J.A., at paragraphs 18-19).

[43] In the present case, there is no evidence that any inspector personally refused to cross the picket line on September 10 and 11 or had reasonable cause to believe that a condition existed that would constitute a danger to the person as defined in the CLC. Nor was there any other evidence upon which the CGC management could reasonably have concluded that the picket line constituted a danger to the inspectors. Accordingly, the

craignaient que les grévistes et leurs sympathisants, en dehors des heures de travail, s'en prennent à eux et aux membres de leurs familles pour les punir parce qu'ils permettaient à Gainers de continuer d'exploiter son usine.

[41] S'exprimant au nom de la Cour—unanime sur ce point—, le juge Pratte a statué que le seul danger pouvant faire l'objet d'un refus de travailler est celui qui existe au lieu où l'employé en question est tenu de travailler. Tout danger que les inspecteurs des viandes soient victimes de représailles de la part de grévistes en dehors du lieu de travail n'était pas une situation qui existait au lieu de travail, et on ne pouvait pas invoquer ce motif pour refuser de travailler. Les inspecteurs des viandes n'avaient donc pas le droit de refuser de franchir les lignes de piquetage pour accomplir leurs tâches d'inspection dans une usine de Gainers. De façon implicite, un employé fédéral peut avoir un motif raisonnable de croire qu'il a affaire, face à une ligne de piquetage, à une situation dangereuse au point de causer, à sa personne, un préjudice susceptible de constituer un motif valable pour refuser de travailler. Mais il faut que cette crainte soit raisonnablement fondée et puisse se démontrer aisément au moyen d'une preuve orale ou par affidavit.

[42] Les questions de solidarité syndicale n'entrent pas non plus en ligne de compte dans la décision de savoir s'il faut franchir ou non une ligne de piquetage. Lorsqu'un inspecteur de grain syndiqué refuse de franchir la ligne de piquetage d'un autre syndicat pour se présenter au travail, il participe à une grève illégale (voir *British Columbia Terminal Elevator Operators' Assn. c. Syndicat international des débardeurs et magasiniers—Canada et Grain Workers' Union, section locale n° 333*, 2001 CAF 78; le juge Décary, aux paragraphes 18 et 19).

[43] En l'espèce, rien ne prouve qu'un inspecteur a personnellement refusé de franchir la ligne de piquetage les 10 et 11 septembre ou qu'il avait un motif raisonnable de croire en l'existence d'une situation qui constituerait un danger pour la personne, selon la définition du CCT. Aucune autre preuve ne permettait non plus à la direction de la CCG de conclure raisonnablement que la ligne de piquetage constituait un

refusal of the CGC to have its inspectors cross the picket line and complete the official inspection under paragraph 30(1)(a) of the Act or to grant an exemption under section 117 constitutes a breach of the statutory obligations which the CGC owed to JRI.

[44] Having determined that the CGC was in breach of the Act, the next question to be decided is whether JRI was entitled to unload the grain, thus mitigating its economic loss due to possible spoilage or whether it should have sought an order of *mandamus* to compel the CGC to undertake an inspection or grant an exemption. The CGC argues that without having sought *mandamus*, this Court should not exercise its judicial discretion so as to grant JRI the declaration it now seeks. It relies on *Kourtesis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53, at pages 115-116 for the broad premise that a court is justified in refusing to entertain the action if there is another procedure available in which more effective relief can be obtained.

[45] I am well satisfied that when all of the surrounding circumstances are considered that JRI should not be denied a declaration because it did not follow the *mandamus* option. After all, the CGC took an unusual amount of time in finally reaching a decision not to cross the picket line, it ignored its past exemption practices without giving reasons and it failed in its compliance with the CLC and ultimately the Act. To now insist on *mandamus* would reward the CGC for its past conduct, a step that I am not prepared to take.

[46] One must also remember that JRI was also faced with its own statutory obligation under subsection 69(1) of the Act to accept the grain for storage, as well as separate contractual obligations to the grain shippers and owners. Mitigation of any damage to the grain was therefore of importance to JRI.

[47] Finally, the applications Judge ordered that the issue of JRI's alleged breach of the Act be remitted to

danger pour les inspecteurs. Par conséquent, le refus de la CCG de faire franchir la ligne de piquetage à ses inspecteurs et de procéder à l'inspection officielle que prévoit l'aliéna 30(1)(a) de la Loi ou d'accorder une exemption en vertu de l'article 117 constitue un manquement aux obligations légales de la CCG envers JRI.

[44] La contravention de la CCG à la Loi ayant été établie, il faut maintenant décider si JRI avait le droit de décharger le grain, atténuant ainsi la perte économique attribuable à une éventuelle dégradation, ou si elle aurait dû solliciter une ordonnance de *mandamus* afin d'obliger la CCG à procéder à une inspection ou à accorder une exemption. La CCG fait valoir que, comme il n'y a pas eu de *mandamus*, la Cour ne devrait pas exercer son pouvoir discrétionnaire judiciaire d'accorder à JRI le jugement déclaratoire qu'elle sollicite maintenant. Elle invoque l'arrêt *Kourtesis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53, aux pages 115 et 116, à l'appui de la thèse générale selon laquelle un tribunal est fondé à refuser d'instruire l'action s'il existe une autre procédure permettant d'obtenir une réparation plus efficace.

[45] J'estime, après examen de l'ensemble des circonstances, qu'il ne convient pas de refuser un jugement déclaratoire à JRI parce que celle-ci n'a pas suivi la voie du *mandamus*. Après tout, la CCG a pris un temps excessif avant d'arriver finalement à la décision de ne pas franchir la ligne de piquetage, elle a fait abstraction de ses pratiques d'exemption antérieures sans donner de motifs, et elle ne s'est pas conformée au CCT et, en fin de compte, à la Loi. Insister maintenant sur un *mandamus* récompenserait la CCG de sa conduite passée, et c'est là un pas que je ne suis pas disposé à franchir.

[46] Il faut également se souvenir que JRI était aussi confrontée à sa propre obligation, aux termes du paragraphe 69(1) de la Loi, d'accepter le grain pour stockage, de même qu'à des obligations contractuelles distinctes envers les expéditeurs et les propriétaires du grain. Il était donc important pour JRI d'atténuer les dommages que le grain risquait de subir.

[47] Enfin, la juge de première instance a ordonné que la question de l'infraction présumée de JRI à la Loi soit

the commissioners of the CGC, other than those involved in making the November 8 order. JRI challenges this disposition on its cross-appeal on the basis that the suspension of the licence and the weigh-over have already been completed and the matter is moot; no remedy other than the quashing of the November 8 order being necessary. The CGC submits that the applications Judge appropriately remitted JRI's alleged breach of the Act to the commissioners but should not have excluded the commissioners who decided it at first instance.

[48] Given that JRI was justified in unloading the grain due to the conduct of the CGC and also due to the fact that the penalty prescribed by the November 8 order has been completed, there is no reason to remit the matter back to the commissioners for redetermination. In my view, the issues raised by the showcause hearing are now moot.

[49] As indicated by Sopinka J. at paragraph 15 of *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342: "The doctrine of mootness is an aspect of a general policy or practice that a court may decline to decide a case which raises merely a hypothetical or abstract question. The general principle applies when the decision of the court will not have the effect of resolving some controversy which affects or may affect the rights of the parties." Given the above reasons, the rights of the parties would not be materially affected or advanced by a redetermination by the commissioners on the section 70 issue.

[50] Accordingly, the appeal should be dismissed and the cross-appeal should be allowed in part. The order of the applications Judge dated November 10, 2004, setting aside the November 8 order of the CGC should be confirmed, except that the issue of JRI's alleged breach of section 70 of the Act need not be remitted to the commissioners of the CGC. JRI should be granted an extension of time to file its application for judicial review under subsection 18.1(2) of the *Federal Courts Act* and a declaration should issue to the effect that the CGC was in breach of paragraph 30(1)(a) and section

renvoyée aux commissaires de la CCG, à l'exclusion de ceux qui ont rendu l'ordonnance du 8 novembre. JRI conteste cette décision dans son appel incident au motif que la suspension de licence et la pesée de contrôle ont déjà eu lieu et que l'affaire est théorique, aucune réparation autre que l'annulation de l'ordonnance du 8 novembre n'étant requise. La CCG fait valoir que la juge de première instance a renvoyé à bon droit aux commissaires la question de l'infraction présumée de JRI à la Loi, mais qu'elle n'aurait pas dû exclure ceux d'entre eux qui ont rendu la décision initiale.

[48] Étant donné que JRI était justifiée de décharger le grain à cause de la conduite de la CCG et que la pénalité prévue par l'ordonnance du 8 novembre a été purgée, il n'y a pas lieu de renvoyer l'affaire aux commissaires en vue d'une nouvelle décision. Selon moi, les questions soulevées par l'audience de justification sont maintenant théoriques.

[49] Comme l'a indiqué le juge Sopinka au paragraphe 15 de l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342 : « [L]a doctrine relative au caractère théorique est un des aspects du principe ou de la pratique générale voulant qu'un tribunal peut refuser de juger une affaire qui ne soulève qu'une question hypothétique ou abstraite. Le principe général s'applique quand la décision du tribunal n'aura pas pour effet de résoudre un litige qui a, ou peut avoir, des conséquences sur les droits des parties ». Compte tenu des motifs qui précèdent, une nouvelle décision de la part des commissaires au sujet de la question liée à l'article 70 n'aurait pas d'effet positif ou négatif marqué sur les droits des parties.

[50] Par conséquent, il convient de rejeter l'appel et de faire droit en partie à l'appel incident. L'ordonnance datée du 10 novembre 2004 par laquelle la juge de première instance a annulé l'ordonnance du 8 novembre de la CCG devrait être confirmée, sauf qu'il n'y a pas lieu de renvoyer aux commissaires de la CCG la question de l'infraction alléguée de JRI à l'article 70 de la Loi. Il convient d'accorder à JRI une prolongation de délai pour produire sa demande de contrôle judiciaire en vertu du paragraphe 18.1(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*, et de rendre un jugement déclaratoire portant

117 of the Act. JRI should be entitled to its costs on both the appeal and cross-appeal.

que la CCG a enfreint l'aliéna 30(1)a) et l'article 117 de la Loi. JRI devrait avoir droit à ses dépens, tant pour l'appel que pour l'appel incident.

NOËL J.A.: I agree.

LE JUGE NOËL, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.

SHARLOW J.A.: I agree.

LA JUGE SHARLOW, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.

	2006 FC 461 IMM-9766-04	2006 CF 461 IMM-9766-04
Jorge Luis Restrepo Benitez (<i>Applicant</i>)		Jorge Luis Restrepo Benitez (<i>demandeur</i>)
v.		c.
The Minister of Citizenship and Immigration (<i>Respondent</i>)		Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (<i>défendeur</i>)
	IMM-9220-04	IMM-9220-04
Sirisena Kuruvita Arachchige (<i>Applicant</i>)		Sirisena Kuruvita Arachchige (<i>demanderesse</i>)
v.		c.
The Minister of Citizenship and Immigration (<i>Respondent</i>)		Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (<i>défendeur</i>)
	IMM-9452-04	IMM-9452-04
Afua Gyankoma (<i>Applicant</i>)		Afua Gyankoma (<i>demandeur</i>)
v.		c.
The Minister of Citizenship and Immigration (<i>Respondent</i>)		Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (<i>défendeur</i>)
	IMM-9797-04	IMM-9797-04
Mike Bilomba (<i>Applicant</i>)		Mike Bilomba (<i>demandeur</i>)
v.		c.
The Minister of Citizenship and Immigration (<i>Respondent</i>)		Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (<i>défendeur</i>)
	IMM-353-05	IMM-353-05
Gerardo Martin Rosales Rincon, Catalina Rodrigex Patino, Erlis Beatriz Delgado Ocando, Gerly Joanny Rosales Delgado, Wanda Sofia Rosales Delgado (<i>Applicants</i>)		Gerardo Martin Rosales Rincon, Catalina Rodrigex Patino, Erlis Beatriz Delgado Ocando, Gerly Joanny Rosales Delgado, Wanda Sofia Rosales Delgado (<i>demandeurs</i>)
v.		c.
The Minister of Citizenship and Immigration (<i>Respondent</i>)		Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (<i>défendeur</i>)

	IMM-407-05	IMM-407-05
Edwin Ernesto Carrillo Mejia (<i>Applicant</i>)		Edwin Ernesto Carrillo Mejia (<i>demandeur</i>)
<i>v.</i>		<i>c.</i>
The Minister of Citizenship and Immigration (<i>Respondent</i>)		Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (<i>défendeur</i>)
	IMM-934-05	IMM-934-05
Majid Reza Yonge Savagoli (<i>Applicant</i>)		Majid Reza Yonge Savagoli (<i>demandeur</i>)
<i>v.</i>		<i>c.</i>
The Minister of Citizenship and Immigration (<i>Respondent</i>)		Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (<i>défendeur</i>)
	IMM-1144-05	IMM-1144-05
Muhammad Sadik Qadri (<i>Applicant</i>)		Muhammad Sadik Qadri (<i>demandeur</i>)
<i>v.</i>		<i>c.</i>
The Minister of Citizenship and Immigration (<i>Respondent</i>)		Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (<i>défendeur</i>)
	IMM-1419-05	IMM-1419-05
Juvinny Balmore Flores Gomez, Yaneth Beatriz Castillo Campos, Konny Beatriz Flores Castillo (<i>Applicants</i>)		Juvinny Balmore Flores Gomez, Yaneth Beatriz Castillo Campos, Konny Beatriz Flores Castillo (<i>demandeurs</i>)
<i>v.</i>		<i>c.</i>
The Minister of Citizenship and Immigration (<i>Respondent</i>)		Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (<i>défendeur</i>)
	IMM-1877-05	IMM-1877-05
Shurlyn Cathy Ann Jones, Shurnikya Jones (<i>Applicants</i>)		Shurlyn Cathy Ann Jones, Shurnikya Jones (<i>demandereses</i>)
<i>v.</i>		<i>c.</i>
The Minister of Citizenship and Immigration (<i>Respondent</i>)		Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (<i>défendeur</i>)

IMM-2034-05	IMM-2034-05
Luis Alejandro Lemus Ortiz (<i>Applicant</i>)	Luis Alejandro Lemus Ortiz (<i>demandeur</i>)
v.	c.
The Minister of Citizenship and Immigration (<i>Respondent</i>)	Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (<i>défendeur</i>)
IMM-2150-05	IMM-2150-05
Inthikhab Hussain Matheen (<i>Applicant</i>)	Inthikhab Hussain Matheen (<i>demandeur</i>)
v.	c.
The Minister of Citizenship and Immigration (<i>Respondent</i>)	Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (<i>défendeur</i>)
IMM-2709-05	IMM-2709-05
Guillermo Gutierrez Trujillo (<i>Applicant</i>)	Guillermo Gutierrez Trujillo (<i>demandeur</i>)
v.	c.
The Minister of Citizenship and Immigration (<i>Respondent</i>)	Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (<i>défendeur</i>)
IMM-3313-05	IMM-3313-05
Jacqueline Robinson (<i>Applicant</i>)	Jacqueline Robinson (<i>demanderesse</i>)
v.	c.
The Minister of Citizenship and Immigration (<i>Respondent</i>)	Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (<i>défendeur</i>)
IMM-3994-05	IMM-3994-05
Sirisena Kuruvita Arachchige (<i>Applicant</i>)	Sirisena Kuruvita Arachchige (<i>demanderesse</i>)
v.	c.
The Minister of Citizenship and Immigration (<i>Respondent</i>)	Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (<i>défendeur</i>)

	IMM-4044-05	IMM-4044-05
Ranjit Dey Roy, Ratna Rani Dey Roy, Swakshar Dey Roy, Swaikot Dey Roy (<i>Applicants</i>)		Ranjit Dey Roy, Ratna Rani Dey Roy, Swakshar Dey Roy, Swaikot Dey Roy (<i>demandeurs</i>)
v.		c.
The Minister of Citizenship and Immigration (<i>Respondent</i>)		Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (<i>défendeur</i>)
	IMM-712-05	IMM-712-05
Mena Guirguis, Marie Goorgy, Monica Guirguis, Malak Guirguis (<i>Applicants</i>)		Mena Guirguis, Marie Goorgy, Monica Guirguis, Malak Guirguis (<i>demandeurs</i>)
v.		c.
The Minister of Citizenship and Immigration (<i>Respondent</i>)		Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (<i>défendeur</i>)
	IMM-470-05	IMM-470-05
Jorge Isaac Martinez Martinez, Eva Libertad Morales (a.k.a. Eva Libertad Morales De Martinez), Jorge Armando Martinez Morales (<i>Applicants</i>)		Jorge Isaac Martinez Martinez, Eva Libertad Morales (aussi appelée Eva Libertad Morales De Martinez), Jorge Armando Martinez Morales (<i>demandeurs</i>)
v.		c.
The Minister of Citizenship and Immigration (<i>Respondent</i>)		Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (<i>défendeur</i>)
	IMM-4064-05	IMM-4064-05
Sutharmini Kamalendran, Sinojan Kamalendran (<i>Applicants</i>)		Sutharmini Kamalendran, Sinojan Kamalendran (<i>demandeurs</i>)
v.		c.
The Minister of Citizenship and Immigration (<i>Respondent</i>)		Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (<i>défendeur</i>)

INDEXED AS: BENITEZ v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (F.C.)

RÉPERTORIÉ : BENITEZ c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (C.F.)

Federal Court, Mosley J.—Toronto, March 7, 8; Ottawa, April 10, 2006.

Cour fédérale, juge Mosley—Toronto, 7 et 8 mars; Ottawa, 10 avril 2006.

Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Judicial review of decision by Chairperson of Immigration and Refugee Board to issue Guideline 7 under Immigration and Refugee Protection Act, s. 159(1)(h) — Guideline 7 setting out standard order for questioning of refugee claimants, basis and procedure for varying order of proceeding — Whether procedure mandated by Guideline 7 contrary to natural justice — Natural justice not requiring counsel for refugee claimant be provided with opportunity to question claimant first in order for claimant to have meaningful opportunity to present case fully — Discretion of Board members to determine procedure to be followed in refugee proceedings not fettered by implementation of Guideline 7 — Guideline not operating as mandatory rule, not outside Chairperson's authority — Applications dismissed.

*Administrative Law — Judicial Review — Grounds of Review — Procedural fairness — Whether order of questioning implemented by Immigration and Refugee Board under Guideline 7 inconsistent with natural justice — In case law prior to *Thamotharem v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, “reverse order questioning” alone not found to deny procedural fairness — Administrative tribunals free, within reason, to determine own procedures as “masters in their own house” with respect to internal administrative procedures — Factors to be considered in determining whether common-law duty of fairness met by procedures in question discussed by S.C.C. in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* — Reasonable apprehension of institutional bias not arising merely because Board members conduct questioning of refugee claimants in absence of refugee protection officer, in advance of claimants' counsel — Question of bias to be raised on case-by-case basis — Application of Guideline 7 not fettering discretion of Board members.*

Practice — Waiver — When must objection to use by Immigration and Refugee Board of Guideline 7 be raised? — Case law on general principles of waiver reviewed — Waiver to be effective must be made freely, with full knowledge of all facts relevant to decision to waive or not — Applicant must raise allegation of bias, other violation of natural justice before tribunal at earliest practical opportunity, when applicant aware of relevant information, reasonable to expect him to raise objection — Failure to object at hearing must be taken as implied waiver of perceived unfairness resulting from

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Contrôle judiciaire d'une décision du président de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR) d'adopter les Directives n° 7 en application de l'art. 159(1)(h) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — Les Directives n° 7 imposent un ordre normalisé d'interrogatoire des demandeurs d'asile ainsi que la façon et la procédure applicables pour modifier l'ordre de procéder — Il s'agissait de savoir si la procédure imposée par les Directives n° 7 était contraire aux principes de justice naturelle — La justice naturelle n'exige pas que le procureur d'un demandeur d'asile interroge d'abord son client pour que celui-ci ait une possibilité valable de présenter complètement sa cause — Le pouvoir discrétionnaire des commissaires de la CISR de déterminer la procédure à suivre dans le cadre de procédures de détermination du statut de réfugié n'a pas été entravé par l'application des Directives n° 7 — Les directives ne constituent pas des règles contraignantes et elles n'outrepassent pas le pouvoir du président — Demandes rejetées.

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Motifs — Équité procédurale — Il s'agissait de savoir si l'ordre des interrogatoires adopté par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié en vertu des Directives n° 7 était contraire à la justice naturelle — Dans les décisions rendues avant *Thamotharem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, on a conclu que l'« ordre inverse des interrogatoires » à lui seul ne privait pas un demandeur d'asile du droit à l'équité procédurale — Les tribunaux administratifs sont libres, dans une mesure raisonnable, d'établir leurs propres procédures étant donné qu'ils sont « maîtres chez eux » pour ce qui a trait aux procédures administratives internes — Les facteurs dont il faut tenir compte pour décider si l'obligation d'équité prévue par la common law a été respectée par les procédures en question ont été examinés par la C.S.C. dans *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* — Une crainte raisonnable de partialité institutionnelle n'existe pas simplement parce que les commissaires interrogent les demandeurs d'asile en l'absence d'un agent de protection des réfugiés ou avant le procureur du demandeur d'asile — La question de la partialité doit être traitée au cas par cas — L'application des Directives n° 7 n'entravait pas le pouvoir discrétionnaire des commissaires.*

Pratique — Renonciation — À quel moment faut-il s'opposer à l'utilisation des Directives n° 7 par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié? — Examen de la jurisprudence sur les principes généraux de la renonciation — Pour être valable, toute renonciation doit être faite librement et en pleine connaissance de tous les faits concernant la décision de renoncer ou non — Un demandeur doit soulever une allégation de partialité ou tout autre manquement à la justice naturelle devant le tribunal à la première occasion qui lui est donnée, lorsqu'il est informé des

application of Guideline itself — Waiver will not be implied where party against whom claimed made objection to procedure before, during hearing.

Constitutional law — Charter of Rights — Life, Liberty and Security — Whether order of questioning mandated by Immigration and Refugee Board's Guideline 7 contrary to Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Charter protecting personal security interest of Convention refugee status claimants — Claimants entitled to fundamental justice in determination of status — "Fundamental justice" in Charter, s. 7 broader than administrative law concept of natural justice, encompassing substantive as well as procedural elements — Present case concerning classic administrative law issues that may be determined under principles of natural justice, fairness without invoking Charter — Not necessary for Court to determine scope, effect of fundamental justice under s. 7 with regard to application of Guideline.

Constitutional Law — Charter of Rights — Equality Rights — Whether order of questioning mandated by Immigration and Refugee Board's Guideline 7 infringing applicants' right to equality under Charter, s. 15 — Insufficient factual basis to decide whether claimants in refugee determination proceedings discriminated against through implementation of Guideline 7.

These were applications for judicial review of a decision by the Chairperson of the Immigration and Refugee Board to issue a guideline entitled *Guideline 7: Concerning Preparation and Conduct of a Hearing in the Refugee Protection Division*. The Chairperson's discretionary authority to issue guidelines to Board members is set out in paragraph 159(1)(h) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA) which states that the purpose of this authority is to assist the members with carrying out their duties. Paragraph 19 of Guideline 7 states that: In a claim for refugee protection, the standard practice will be for the [Refugee Protection Officer] RPO to start questioning the claimant. If there is no RPO participating in the hearing, the member will begin, followed by counsel for the claimant. Paragraph 23 of Guideline 7 provides that the Refugee Protection Division

renseignements pertinents et qu'il est raisonnable de s'attendre à ce qu'il soulève une objection — Le fait de ne pas s'opposer au cours de l'audience doit être considéré comme une renonciation implicite à invoquer toute crainte d'iniquité résultant de l'application des Directives elles-mêmes — La renonciation ne peut être implicite lorsque la partie contre laquelle elle est invoquée a soulevé une objection à la procédure avant l'audience ou au cours de celle-ci.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Ils'agissait de savoir si l'ordre des interrogatoires imposé par les Directives n° 7 de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié était contraire à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés — La Charte protège les intérêts relatifs à la sécurité des personnes qui revendiquent le statut de réfugié au sens de la Convention — Les demandeurs d'asile ont droit à ce que leur statut soit déterminé selon les principes de justice fondamentale — La « justice fondamentale » au sens où cette expression est utilisée à l'art. 7 de la Charte est un concept plus large que celui de justice naturelle en droit administratif qui englobe des éléments de fond tout autant que des éléments procéduraux — Cette affaire concernait des questions classiques de droit administratif qui pouvaient être tranchées en vertu des principes de justice naturelle et d'équité sans qu'il fût besoin d'invoquer la Charte — Il n'était pas nécessaire que la Cour détermine la portée et l'effet de la justice fondamentale garantie par l'art. 7 au regard de l'application des Directives.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Il s'agissait de savoir si l'ordre des interrogatoires imposé par les Directives n° 7 de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié portait atteinte aux droits à l'égalité garantis par l'art. 15 de la Charte — Il n'y avait pas de fondement factuel suffisant pour décider si les demandeurs d'asile dans les instances visant à déterminer le statut de réfugié faisaient l'objet de discrimination du fait de l'application des Directives n° 7.

Il s'agissait de demandes de contrôle judiciaire d'une décision du président de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié d'adopter une directive intitulée *Directives n° 7 : Directives concernant la préparation et la tenue des audiences à la Section de la protection des réfugiés*. Le pouvoir discrétionnaire du président de donner des directives aux commissaires de la CISR lui est conféré par l'alinéa 159(1)(h) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR), qui prévoit que ce pouvoir a pour but d'aider les commissaires dans l'exécution de leurs fonctions. Le paragraphe 19 des Directives n° 7 dispose que [d]ans toute demande d'asile, c'est généralement l'APR [agent de protection des réfugiés] qui commence à interroger le demandeur d'asile. En l'absence d'un APR à l'audience, le commissaire commence l'interrogatoire et est suivi par le

(RPD) member may change the order of questioning in exceptional circumstances. This Guideline was the subject of a recent Federal Court decision in *Thamotharem v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, where Justice Blanchard found that Guideline 7 unlawfully fettered the discretion of RPD members and held that the decision that was before him would be quashed. One applicant submitted that it is never permissible for an RPD member, in the absence of an RPO, to engage in questioning the claimant prior to the latter's counsel and that this practice results in an apprehension of institutional bias and undermines claimants' right to an impartial and independent tribunal. Another contended that the equality rights guaranteed by Charter, section 15 were infringed in that refugee claimants were denied the same procedural protections as other litigants who appear before judicial and quasi-judicial bodies. The issues raised herein were: (1) what is the standard of review to be applied to the applications under review? (2) whether an analysis of the Guideline 7 procedure pursuant to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is required and, if so, does it infringe fundamental justice under section 7 or violate section 15 of the Charter? (3) was the procedure mandated by Guideline 7 contrary to common-law principles of natural justice? (4) did the implementation of Guideline 7 fetter the discretion of Board members? (5) is Guideline 7 beyond the scope of the Chairperson's authority to issue guidelines? (6) does questioning by the Board member demonstrate a reasonable apprehension of institutional bias? and, (7) if natural justice is implicated, when must the applicant raise an objection to the use of Guideline 7?

Held, the applications should be dismissed.

(1) In applications for judicial review of the actions of administrative tribunals, the starting point is usually to determine the standard of review on a pragmatic and functional analysis, which is a question of law. However, a pragmatic and functional analysis is not required when the Court is assessing allegations of the denial of natural justice or procedural fairness. If the Court concludes that there has been a breach of natural justice or procedural fairness, no deference is due and the Court will set aside the decision of the Board. Where a breach of fairness is found to result from a reasonable apprehension of bias, the standard is particularly demanding, where, as here, the rights of

conseil du demandeur d'asile. Selon le paragraphe 23 des Directives n° 7, le commissaire de la Section de la protection des réfugiés (SPR) peut changer l'ordre des interrogatoires dans des circonstances exceptionnelles. Ces directives ont récemment fait l'objet d'une décision rendue par la Cour fédérale dans *Thamotharem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, où le juge Blanchard avait estimé que les Directives n° 7 entravaient illégalement le pouvoir discrétionnaire des commissaires de la SPR et que la décision dont il avait été saisi devait être infirmée. L'une des demandresses a soutenu qu'un commissaire de la SPR ne peut jamais, en l'absence d'un APR, interroger le demandeur d'asile avant le procureur de celui-ci et que cette pratique entraîne une crainte de partialité institutionnelle et mine le droit des demandeurs d'asile de se faire entendre devant un tribunal impartial et indépendant. Un autre demandeur a affirmé qu'on a porté atteinte aux droits à l'égalité garantis par l'article 15 de la Charte en ce que les demandeurs d'asile font l'objet de discrimination puisqu'on leur refuse les mêmes protections procédurales dont bénéficient d'autres demandeurs qui se présentent devant des organismes judiciaires ou quasi-judiciaires. Les questions suivantes ont été soulevées en l'espèce : 1) quelle était la norme de contrôle applicable aux demandes sous examen? 2) une analyse de la procédure prévue dans les Directives n° 7 devait-elle être faite au regard de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, ces directives contrevenaient-elles à la justice fondamentale garantie par l'article 7 ou enfreignaient-elles l'article 15 de la Charte? 3) la procédure imposée par les Directives n° 7 était-elle, en soi, contraire aux principes de justice naturelle qui existent en common law? 4) la mise en œuvre des Directives n° 7 entravait-elle le pouvoir discrétionnaire des commissaires? 5) les Directives n° 7 outrepassaient-elles le pouvoir du président d'adopter des directives? 6) l'interrogatoire mené par le commissaire de la CISR entraînait-il une crainte raisonnable de partialité institutionnelle? et 7) si la justice naturelle entre en jeu, à quel moment le demandeur devait-il s'opposer à l'utilisation des Directives n° 7?

Jugement : les demandes sont rejetées.

1) Dans les demandes de contrôle judiciaire se rapportant à des mesures prises par les tribunaux administratifs, le point de départ consiste habituellement à déterminer la norme de contrôle à suivre selon une analyse pragmatique et fonctionnelle, ce qui est une question de droit. Toutefois, il n'est pas nécessaire que la Cour effectue une analyse pragmatique et fonctionnelle lorsqu'elle examine des allégations de manquement à la justice naturelle ou à l'équité procédurale. Si elle arrive à la conclusion qu'il y a eu manquement à la justice naturelle ou à l'équité procédurale, elle n'est pas tenue de faire montre de déférence et elle doit annuler la décision de la CISR. Lorsque la Cour conclut

claimants in proceedings before the Board are at stake.

(2) The applicants argued that the order of questioning mandated by paragraph 19 of Guideline 7 is contrary to sections 7 and 15 of the Charter, and that by permitting the Board member to conduct an examination-in-chief of the claimant, paragraph 19 breaches the right to a fair and independent judiciary resulting in a reasonable apprehension of bias. The Charter protects the personal security interests of Convention refugee status claimants who are entitled to fundamental justice in the determination of their status. “Fundamental justice”, as used in section 7 of the Charter, is broader than the administrative law concept of natural justice and encompasses substantive as well as procedural elements. This case concerns classic administrative law issues that may be determined under the principles of natural justice and fairness without invoking the Charter. It was not necessary to determine the scope and effect of fundamental justice under section 7 with regard to the application of the Guideline. The nature of the hearings before the RPD is meant to be administrative and non-adversarial, as is reflected in the language of subsection 162(2) and section 170 of IRPA. These provisions indicate a legislative intention to avoid the formalities which are attendant upon court hearings in civil or criminal proceedings. This legislative intention is not inconsistent with the requirements of fundamental justice. Under Guideline 7, it remains open to each claimant in a refugee determination hearing to fully present any element of his case that the RPO or Board member does not explore in their initial questioning and to have the effective assistance of counsel in so doing. With regard to section 15 of the Charter, there was an insufficient factual basis upon which the Court could decide whether claimants in refugee determination proceedings were discriminated against through the implementation of Guideline 7 as contemplated by that section.

(3) The question of whether the order of questioning implemented by the Board under Guideline 7 is, in itself, inconsistent with natural justice was addressed in a number of Federal Court decisions prior to *Thamotharem*. In none of these decisions was “reverse order questioning” alone found to deny procedural fairness. The procedure followed in each case had to be examined to determine whether there had been a breach of fairness. The factors to be considered in

qu’une crainte raisonnable de partialité a entraîné un manquement à l’équité, la norme est particulièrement exigeante lorsque, comme en l’espèce, les droits accordés aux demandeurs d’asile dans des procédures devant la CISR sont en jeu.

2) Les demandeurs ont plaidé que l’ordre des interrogatoires imposé par le paragraphe 19 des Directives n° 7 est contraire aux articles 7 et 15 de la Charte et qu’en autorisant le commissaire à mener un interrogatoire principal auprès du demandeur d’asile, le paragraphe 19 prive celui-ci de son droit d’être entendu par un appareil judiciaire équitable et indépendant, ce qui entraîne une crainte raisonnable de partialité. La Charte protège les intérêts relatifs à la sécurité des personnes qui revendiquent le statut de réfugié au sens de la Convention; ces personnes ont droit à ce que leur statut soit déterminé selon les principes de justice fondamentale. La « justice fondamentale », au sens où cette expression est utilisée à l’article 7 de la Charte, est un concept plus large que celui de justice naturelle en droit administratif et englobe des éléments de fond tout autant que des éléments procéduraux. Cette affaire concernait des questions classiques de droit administratif qui pouvaient être tranchées en vertu des principes de justice naturelle et d’équité sans qu’il fût besoin d’invoquer la Charte. Il n’était pas nécessaire que la Cour détermine la portée et l’effet de la justice fondamentale garantie par l’article 7 au regard de l’application des directives. Les audiences qui se déroulent devant la SPR sont de nature administrative et non accusatoire, comme il ressort du texte du paragraphe 162(2) et de l’article 170 de la LIPR. Ces dispositions indiquent que le législateur avait l’intention d’éviter les formalités qui sont accessoires aux audiences dans des instances civiles ou criminelles. Cette intention du législateur n’est pas incompatible avec les exigences de la justice fondamentale. En vertu des Directives n° 7, il reste loisible à chaque demandeur au cours d’une audience sur une demande d’asile de présenter complètement tous les éléments de sa cause que l’APR ou le commissaire n’abordent pas dans son interrogatoire initial et de se faire aider en cela par son avocat. Pour ce qui est de l’article 15 de la Charte, il n’y avait pas de fondement factuel suffisant pour permettre à la Cour de décider si les demandeurs d’asile dans les procédures visant à déterminer le statut de réfugié faisaient l’objet de discrimination du fait de l’application des Directives n° 7 au sens où l’entend cet article.

3) La question de savoir si l’ordre des interrogatoires adopté par la CISR en vertu des Directives n° 7 est, en soi, contraire à la justice naturelle a été abordée dans bon nombre de décisions de la Cour fédérale avant la décision *Thamotharem*. Dans aucune de ces décisions n’a-t-on conclu que « l’ordre inversé des interrogatoires » à lui seul privait un demandeur d’asile du droit à l’équité procédurale. On a dû examiner la procédure suivie dans chaque cas pour décider s’il

determining whether the common-law duty of fairness has been met by the procedures in question were discussed by the Supreme Court of Canada in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*. After consideration of the *Baker* factors, it was not established that natural justice requires that counsel for a refugee claimant be provided with the opportunity to question the claimant first in order for the claimant to have a meaningful opportunity to present his case fully and fairly, or that Guideline 7 results in denial of the effective assistance of counsel. The opportunity for the applicant to make written submissions and provide evidence to the Board, to have an oral hearing with the participation of counsel, and to make oral submissions satisfies the requirements of the participatory rights required by the duty of fairness, and Guideline 7 does not, in itself, breach that duty.

(4) The finding in *Thamotharem* that Board members' discretion was fettered by the implementation of Guideline 7 turned on the language of the Guideline itself and the extrinsic evidence about how it could be interpreted and applied by RPD members and not on the facts of the particular case. The language of Guideline 7 could be construed as mandatory in nature by an inexperienced and less confident Board member and Board members in general may feel some top-down pressure to follow it. But that does not necessarily lead to the conclusion that members consider themselves bound to apply it as if it were legislation, a regulation or a formal rule made under the Chairperson's authority. Guidelines are not rendered invalid merely because they regulate the conduct of those to whom they are directed. The evidence did not support a finding of fettering similar to that considered by the courts in other cases. The text of Guideline 7 itself allows for consideration of the particular circumstances of each case and for exceptions to the standard practice to be made. The general policy statement which the Chairperson has issued respecting all of the guidelines states expressly that they are not binding. There was no evidence of any consequences flowing to those members who chose to ignore or to not strictly apply the guidelines. The applicants did not demonstrate that the discretion of RPD members to determine the procedure to be followed in the refugee proceedings before them was fettered by the implementation of Guideline 7.

(5) The issue was whether the Chairperson overstepped the bounds of the authority provided by the statute to issue

y avait eu manquement à l'équité. Les facteurs dont il faut tenir compte pour décider si l'obligation d'équité prévue par la common law a été respectée par les procédures en question ont été examinés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*. Après examen des facteurs énoncés dans l'arrêt *Baker*, il n'a pas été établi que la justice naturelle exige que le procureur d'un demandeur d'asile interroge d'abord son client de sorte que celui-ci ait une possibilité valable de présenter complètement et équitablement sa cause, ou que les Directives n° 7 privent réellement le demandeur d'asile de l'aide que peut lui apporter son procureur. La possibilité, pour le demandeur, de déposer des prétentions écrites et de produire une preuve devant la CISR, d'obtenir une audience à laquelle participe son procureur et de présenter des observations de vive voix satisfait aux exigences relatives aux droits de participation requis par l'obligation d'équité et les Directives n° 7 ne contreviennent pas en soi à cette obligation.

4) La conclusion tirée dans la décision *Thamotharem* selon laquelle il y avait eu entrave au pouvoir discrétionnaire des commissaires de la CISR par suite de la mise en œuvre des Directives n° 7 s'appuyait sur le libellé même des Directives et sur la preuve intrinsèque de la façon dont elles pouvaient être interprétées et appliquées par les commissaires de la SPR, et non sur les faits particuliers de la cause. Le libellé des Directives n° 7 pouvait être interprété comme étant de nature obligatoire par un commissaire inexpérimenté et manquant de confiance en lui-même et, en général, les commissaires pouvaient ressentir la pression exercée par la haute direction pour s'y conformer. Mais cela ne mène pas nécessairement à la conclusion que les commissaires s'estiment obligés de les appliquer comme s'il s'agissait d'une loi, d'un règlement ou d'une règle formelle prise en vertu du pouvoir du président. Les Directives ne sont pas invalidées du simple fait qu'elles réglementent la conduite des personnes à qui elles s'adressent. La preuve n'appuyait pas une conclusion d'entrave semblable à celle qui a été examinée par les tribunaux dans d'autres décisions. Le texte des Directives n° 7 autorise l'examen des circonstances particulières de chaque cas et l'application de certaines exceptions à la pratique normalisée. L'énoncé de politique générale que le président a émis concernant toutes les Directives prévoit expressément qu'elles ne sont pas obligatoires. Il n'y avait pas de preuve que ceux qui avaient choisi d'ignorer ou de ne pas appliquer strictement ces directives avaient subi quelque conséquence que ce soit. Les demandeurs n'ont pas démontré que le pouvoir discrétionnaire des commissaires de la SPR d'établir la procédure à suivre dans les instances relatives aux demandes d'asile dont ils étaient saisis a été entravé par l'application des Directives n° 7.

5) La question était de savoir si le président avait outrepassé les limites du pouvoir qui lui est conféré par la loi

guidelines and imposed a mandatory rule which required legislative action or the approval of the Governor in Council. The Chairperson's authority to issue guidelines is set out in paragraph 159(1)(h) of IRPA, and there is no ambiguity in the interpretation of that paragraph that might be resolved by reference to a missing comma, as suggested by the applicants. The legislative intent from the plain language employed was that the Chairperson is authorized to both issue guidelines and to identify certain decisions of the Board as models for the members to emulate. Administrative tribunals are free, within reason, to determine their own procedures as they are "masters in their own house" with respect to internal administrative procedures. There is no limitation in the statute on the scope of the guidelines that the Chairperson may issue so long as they are intended to "assist members in carrying out their duties". The Chairperson's authority to make guidelines is broad enough to encompass the adoption of a procedure such as the standard order of questioning contemplated by Guideline 7. The Guideline did not operate as a mandatory rule and was not outside the Chairperson's authority.

(6) One applicant argued that as a result of the diminishing presence of RPOs in refugee hearings, the role of the Board member is being distorted giving rise to a reasonable apprehension of institutional bias and threatening the independence and impartiality of the Board. Institutional bias will not be found unless a well-informed person would have a reasonable apprehension in a substantial number of cases. Failing that, allegations of an apprehension of bias cannot be brought on an institutional level but must be dealt with on a case-by-case basis. The circumstances surrounding the Board's adoption of the standard order of questioning did not compare with those examined by the Federal Court of Appeal in *Kozak v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*. A reasonable apprehension of bias does not arise merely because a Board member conducts the questioning. However, aggressive questioning may amount to a breach of fairness. Case law cited did not support the proposition that a change in the order of questioning in itself gives rise to a reasonable apprehension of bias. The question of bias in this context has to be raised on a case-by-case basis.

(7) The question of waiver arose because a number of the applicants neither raised an objection to the Guideline 7 procedure at the Board hearing nor sought a decision to vary the order of questioning from the member. Case law regarding when an applicant must raise an objection to the order of

de donner des directives et s'il avait imposé une règle obligatoire qui exigeait des mesures législatives ou l'approbation du gouverneur en conseil. Le pouvoir du président de donner des directives est prévu à l'alinéa 159(1)(h) de la LIPR et il n'y avait pas, dans l'interprétation de l'alinéa, une ambiguïté qui pouvait être résolue en faisant référence à une virgule manquante, comme les demandeurs l'affirmaient. L'intention du législateur dégagée du sens ordinaire des mots utilisés fait ressortir que le président est autorisé à la fois à donner des directives et à désigner certaines décisions de la CISR que les commissaires sont invités à prendre comme modèles. Les tribunaux administratifs sont libres, dans une mesure raisonnable, d'établir leur propre procédure étant donné qu'ils sont « maîtres chez eux » pour ce qui a trait aux procédures administratives internes. Il n'y a aucune restriction dans la loi quant à la portée des directives que le président peut donner tant et aussi longtemps qu'elles ont pour but « d'aider les commissaires dans l'exécution de leurs fonctions ». Le pouvoir du président de donner des directives est suffisamment large pour englober l'adoption d'une procédure comme l'ordre normalisé des interrogatoires prévu par les Directives n° 7. Les Directives ne constituent pas des règles contraignantes et elles n'outrepassent pas, en tant que telles, le pouvoir du président.

6) Une demanderesse a fait valoir que par suite de la présence de moins en moins fréquente des APR dans les audiences relatives aux demandes d'asile, le rôle du commissaire est déformé, ce qui donne lieu à une crainte raisonnable de partialité institutionnelle, situation qui compromet l'indépendance et l'impartialité de la Commission. On ne pourra conclure à une partialité institutionnelle à moins qu'une personne bien renseignée n'éprouve une crainte raisonnable dans un grand nombre de cas. Autrement, les allégations de crainte de partialité ne peuvent porter sur l'institution dans son ensemble, mais doivent être traitées au cas par cas. Les circonstances entourant l'adoption par la Commission de l'ordre normalisé des interrogatoires ne se comparaient pas avec celles que la Cour d'appel fédérale a examinées dans l'affaire *Kozak c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*. Une crainte raisonnable de partialité n'existe pas simplement parce que le commissaire mène l'interrogatoire. Toutefois, un interrogatoire musclé peut constituer un manquement à l'équité. La jurisprudence citée n'appuyait pas la thèse selon laquelle un changement dans l'ordre des interrogatoires donne lieu en soi à une crainte raisonnable de partialité. La question de la partialité dans ce contexte doit être traitée au cas par cas.

7) La question de la renonciation s'est posée parce qu'un certain nombre de demandeurs n'ont ni soulevé d'objection à la procédure prévue dans les Directives n° 7 au cours de l'audience, ni demandé au commissaire de changer l'ordre des interrogatoires. La jurisprudence n'est pas fixée sur la

questioning in order to have it dealt with upon judicial review is unsettled. But any waiver to be effective must be made freely and with full knowledge of all the facts relevant to the decision whether to waive or not. An applicant must raise an allegation of bias or other violation of natural justice before the tribunal at the earliest practical opportunity which arises when he is aware of the relevant information and it is reasonable to expect him to raise an objection. A failure to object at the hearing must be taken as an implied waiver of any perceived unfairness resulting from the application of the Guideline itself. The operation of the doctrine of waiver does not preclude an applicant from arguing that the manner in which the hearing was conducted breached the duty of fairness. Arguments not made before the tribunal cannot be raised on judicial review. The applicants in this case who did not raise issues of procedural fairness respecting Guideline 7 before the Board and in their applications for leave and for judicial review should be precluded from doing so by way of written and oral argument at this time. Waiver will not be implied where the party against whom it is claimed has made an objection to the procedure before or during the hearing itself. The doctrine seeks to prevent the situation where the litigant sits mute through the procedure and tries to take advantage of the issue before a higher forum. If the applicants failed to cite a denial of procedural fairness in their applications for leave, judicial review of the applications should be confined to the grounds for which they sought leave.

Applying these principles to the present cases, there were some cases in which there was no waiver because of a timely objection at or before the Board hearing and the denial of procedural fairness was identified as a ground for judicial review in the leave application either expressly or through a "basket clause". In these cases, the applications for judicial review were not barred from proceeding on the procedural fairness issue in relation to the application of Guideline 7. There were other cases in which no objection was raised before or during the hearing and for which waiver was implied. In these cases, the applications for judicial review were barred from proceeding on the ground of procedural fairness in relation to Guideline 7.

Seven questions were certified because they transcended the interests of the immediate parties to the litigation, raised issues of broad significance and could be determinative of the appeal.

question de savoir à quel moment un demandeur doit s'opposer à l'ordre des interrogatoires pour que ce point puisse être débattu au cours du contrôle judiciaire. Pour être valable, toute renonciation doit être faite librement et en pleine connaissance de tous les faits concernant la décision de renoncer ou non. Un demandeur doit soulever une allégation de partialité ou tout autre manquement à la justice naturelle devant le tribunal à la première occasion qui lui est donnée, lorsqu'il est informé des renseignements pertinents et qu'il est raisonnable de s'attendre à ce qu'il soulève une objection. Le fait de ne pas s'opposer au cours de l'audience doit être considéré comme une renonciation implicite à invoquer toute crainte d'iniquité résultant de l'application des Directives elles-mêmes. L'application de la doctrine de la renonciation n'empêche pas un demandeur de faire valoir que la façon dont l'audience a été menée constituait un manquement à l'obligation d'équité. Les arguments non invoqués devant le tribunal ne peuvent pas être soulevés au cours d'un contrôle judiciaire. Les demandeurs en l'espèce qui n'ont pas soulevé de questions d'équité procédurale au sujet des Directives n° 7 devant la Commission et dans leur demande d'autorisation et de contrôle judiciaire devraient être forclos de le faire par voie d'observations écrites ou verbales à cette étape-ci de l'instance. La renonciation ne peut être implicite lorsque la partie contre laquelle elle est invoquée a soulevé une objection à la procédure avant l'audience ou au cours de celle-ci. Ce que la doctrine cherche à éviter, c'est le cas du justiciable qui ne dit rien pendant toute la procédure et qui essaie de tirer parti de la question devant une instance supérieure. Si les demandeurs ont omis de mentionner le déni d'équité procédurale dans leurs demandes d'autorisation, le contrôle judiciaire de ces demandes devrait se limiter aux motifs pour lesquels ils ont demandé l'autorisation.

En appliquant ces principes aux causes en l'espèce, il y avait certaines causes dans lesquelles il n'y avait pas eu de renonciation parce qu'une objection avait été formulée en temps opportun avant l'audience devant la Commission ou au cours de l'audience et parce que le déni d'équité procédurale a été mentionné comme motif de contrôle judiciaire dans la demande d'autorisation, soit expressément, soit sous forme de clause omnibus. Dans ces causes, la question de l'équité procédurale relative à l'application des Directives n° 7 a pu être débattue. Il y avait d'autres causes dans lesquelles aucune objection n'avait été soulevée avant ou au cours de l'audience et pour lesquelles la renonciation était implicite. Dans ces causes, les demandeurs ne pouvaient faire valoir un manquement à l'équité procédurale relativement aux Directives n° 7.

Sept questions ont été certifiées parce qu'elles transcendaient les intérêts des parties immédiates au litige, soulevaient des questions graves de portée générale et pouvaient permettre de trancher l'appel.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

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, 15.

Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 23.

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 57 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19; 2002, c. 8, s. 54).

Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 1), 105(a), 107(1), 301 (as am. *idem*, s. 36), 369, 383 (as am. *idem*, s. 22).

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 65(3) (as enacted by S.C. 1992, c. 49, s. 55), 69(4) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18).

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 74, 159(1)(h), 161, 162(2), 170.

Inquiries Act, R.S.C., 1985, c. I-11.

Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 2 “regulation”.

Official Languages Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31, s. 16 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 155).

Refugee Protection Division Rules, SOR/2002-228, rr. 19, 21, 23, 24, 25, 27, 43, 44.

Statutory Instruments Act, R.S.C., 1985, c. S-22.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

NOT FOLLOWED:

Thamotharem v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2006] 3 F.C.R. 168; (2006), 40 Admin. L.R. (4th) 221; 2006 FC 16.

DISTINGUISHED:

Kozak v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2006] 4 F.C.R. 377; (2006), 267 D.L.R. (4th) 54; 52 Imm. L.R. (3d) 163; 349 N.R. 309; 2006 FCA 124; *Ha v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2004] 3 F.C.R. 195; (2004), 236 D.L.R. (4th) 485; 11 Admin. L.R. (4th) 306; 34 Imm. L.R. (3d) 157; 316 N.R. 299; 2004 FCA 49.

CONSIDERED:

Hansard Spruce Mills Ltd. (Re), [1954] 4 D.L.R. 590; (1954), 13 W.W.R. (N.S.) 285 (B.C.S.C.); *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*,

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, 15.

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 23.

Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 2 « règlement ».

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 57 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19; 2002, ch. 8, art. 54).

Loi sur les enquêtes, L.R.C. (1985), ch. I-11.

Loi sur les langues officielles, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31, art. 16 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 155).

Loi sur les textes réglementaires, L.R.C. (1985), ch. S-22.

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 65(3) (édicte par L.C. 1992, ch. 49, art. 55), 69(4) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18).

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 74, 159(1)(h), 161, 162(2), 170.

Règles de la Section de la protection des réfugiés, DORS/2002-228, règles 19, 21, 23, 24, 25, 27, 43, 44.

Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 1), 105(a), 107(1), 301 (mod., *idem*, art. 36), 369, 383 (mod., *idem*, art. 22).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION NON SUIVIE :

Thamotharem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2006] 3 R.C.F. 168; 2006 CF 16.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Kozak c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2006] 4 R.C.F. 377; 2006 CAF 124; *Ha c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2004] 3 R.C.F. 195; 2004 CAF 49.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Hansard Spruce Mills Ltd. (Re), [1954] 4 D.L.R. 590; (1954), 13 W.W.R. (N.S.) 285 (C.S.C.-B.); *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*,

[1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84; (2002), 208 D.L.R. (4th) 107; 37 Admin. L.R. (3d) 252; 18 Imm. L.R. (3d) 93; 280 N.R. 268; 2002 SCC 3; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559; (2002), 212 D.L.R. (4th) 1; [2002] 5 W.W.R. 1; 166 B.C.A.C. 1; 100 B.C.L.R. (3d) 1; 18 C.R.R. (4th) 289; 93 C.R.R. (2d) 189; 2002 SCC 42; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 152; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1; 2002 SCC 1; *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357; (1989), 61 D.L.R. (4th) 385; [1989] 6 W.W.R. 351; 61 Man. R. (2d) 270; *Zaki v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 48 Imm. L.R. (d) 149; 2005 FC 1066; *Herrera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1724; *Sandor v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 266 F.T.R. 311; 42 Imm. L.R. (3d) 73; 2004 FC 1782; *Rajaratnam v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1991), 135 N.R. 300 (F.C.A.); *Ainsley Financial Corp. v. Ontario Securities Commission* (1994), 21 O.R. (3d) 104; 121 D.L.R. (4th) 79; 28 Admin. L.R. (2d) 1; 77 O.A.C. 155 (C.A.); affg (1993), 14 O.R. (3d) 280; 106 D.L.R. (4th) 507; 17 Admin. L.R. (2d) 281; 10 B.L.R. (2d) 173 (Gen. Div.); *Jin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2006), 40 Admin. L.R. (4th) 266; 2006 FC 57; *Vazquez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 106; *Leung v. Ontario (Criminal Injuries Compensation Board)* (1995), 24 O.R. (3d) 530; 82 O.A.C. 43 (Div. Ct.); 2747-3174 *Québec Inc. v. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919; (1996), 140 D.L.R. (4th) 577; 42 Admin. L.R. (2d) 1; 205 N.R. 1; *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 S.C.R. 781; (2001), 204 D.L.R. (4th) 33; [2001] 10 W.W.R. 1; 93 B.C.L.R. (3d) 1; 34 Admin. L.R. (3d) 1; 274 N.R. 116; 2001 SCC 52; *Farkas v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 190; *In re Human Rights Tribunal and Atomic Energy of Canada Limited*, [1986] 1 F.C. 103; (1985), 24 D.L.R. (4th) 675; 17 Admin. L.R. 1; 7 C.H.R.R. D/3232; 86 CLLC 17,012; 64 N.R. 126 (C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused, [1986] 2 S.C.R. v; *Yassine v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 27 Imm. L.R. (2d) 135; 172 N.R. 308 (F.C.A.); *Zündel v. Canada (Canadian Human Rights Commission)* (2000), 195 D.L.R. (4th) 399; 30 Admin. L.R. (3d) 77; 264 N.R. 174 (F.C.A.); *Mohammadian v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 3 F.C. 371; (2000), 4 Imm. L.R. (3d) 131 (T.D.); affd [2001] 4 F.C. 85; (2001), 14 Imm.

[1999] 2 R.C.S. 817; *Chieu v. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84; 2002 CSC 3; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559; 2002 CSC 42; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3; 2002 CSC 1; *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357; *Zaki c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1066; *Herrera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1724; *Sandor c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1782; *Rajaratnam c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] A.C.F. n° 1271 (C.A.) (QL); *Ainsley Financial Corp. v. Ontario Securities Commission* (1994), 21 O.R. (3d) 104; 121 D.L.R. (4th) 79; 28 Admin. L.R. (2d) 1; 77 O.A.C. 155 (C.A.); conf. (1993), 14 O.R. (3d) 280; 106 D.L.R. (4th) 507; 17 Admin. L.R. (2d) 281; 10 B.L.R. (2d) 173 (Div. gén.); *Jin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 57; *Vazquez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 106; *Leung v. Ontario (Criminal Injuries Compensation Board)* (1995), 24 O.R. (3d) 530; 82 O.A.C. 43 (C. div.); 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919; *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 R.C.S. 781; 2001 CSC 52; *Farkas c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 190; *Affaire intéressant le Tribunal des droits de la personne et Énergie atomique du Canada Limitée*, [1986] 1 C.F. 103 (C.A.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [1986] 2 R.C.S. v; *Yassine c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 949 (C.A.) (QL); *Zündel c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [2000] A.C.F. n° 1838 (C.A.) (QL); *Mohammadian c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 3 C.F. 371 (1^{re} inst.); conf. par [2001] 4 C.F. 85; 2001 CAF 191; *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627; *Stumpf c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CAF 148; *Marshall c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 34; *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Ganji c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] A.C.F. n° 1120 (1^{re} inst.) (QL); *Qi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 1615 (1^{re} inst.) (QL); *Mercier-Néron c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1995] A.C.F. n° 1024 (1^{re} inst.) (QL); *Bendahmane c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 3 C.F. 16 (C.A.).

L.R. (3d) 130; 271 N.R. 91; 2001 FCA 191; *Native Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1994] 3 S.C.R. 627; (1994), 119 D.L.R. (4th) 224; [1995] 1 C.N.L.R. 47; 24 C.R.R. (2d) 233; 173 N.R. 241; *Stumpf v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002), 289 N.R. 165; 2002 FCA 148; *Marshall v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 34; *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *Ganji v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1997), 135 F.T.R. 283; 40 Imm. L.R. (2d) 95 (F.C.T.D.); *Qi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 33 Imm. L.R. (2d) 57 (F.C.T.D.); *Mercier-Néron v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1995), 98 F.T.R. 36 (F.C.T.D.); *Bendahmane v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 3 F.C. 16; (1989), 39 Admin. L.R. 1; 8 Imm. L.R. (2d) 20; 95 N.R. 385 (C.A.).

REFERRED TO:

Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services), [2004] 3 S.C.R. 152; (2004), 242 D.L.R. (4th) 193; 17 Admin. L.R. (4th) 1; 45 B.L.R. (3d) 161; 324 N.R. 259; 189 O.A.C. 201; 2004 SCC 54; *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539; (2003), 226 D.L.R. (4th) 193; 50 Admin. L.R. (3d) 1; 304 N.R. 76; 173 O.A.C. 38; 2003 SCC 29; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 76; (2004), 234 D.L.R. (4th) 257; 180 C.C.C. (3d) 353; 16 C.R. (6th) 203; 315 N.R. 201; 183 O.A.C. 1; 46 R.F.L. (5th) 1; 2004 SCC 4; *Attorney General (Que.) and Glassco v. Cumming*, [1978] 2 S.C.R. 605; (1978), 22 N.R. 271; 3 R.F.L. (2d) 173; *Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*, [1995] 2 S.C.R. 97; (1995), 124 D.L.R. (4th) 129; 31 Admin. L.R. (2d) 261; 39 C.R. (4th) 141; 180 N.R. 1; *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 S.C.R. 530; (1989), 62 D.L.R. (4th) 634; 11 C.H.R.R. D/165; 102 N.R. 81; 27 Q.A.C. 81; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307; (2000), 190 D.L.R. (4th) 513; [2000] 10 W.W.R. 567; 23 Admin. L.R. (3d) 175; 81 B.C.L.R. (3d) 1; 3 C.C.E.L. (3d) 165; 77 C.R.R. (2d) 189; 260 N.R. 1; 2000 SCC 44; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; (1987), 44 D.L.R. (4th) 193; 37 C.C.C. (3d) 1; 61 C.R. (3d) 1; 80 N.R. 161; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3; (2002), 219 D.L.R. (4th) 385; 49 Admin. L.R. (3d) 1; 22 C.P.R. (4th) 289; 7 C.R. (6th) 88; 99 C.R.R. (2d) 324; 2002 SCC 75; *B.D.L. v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 866; *Cortes Silva v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 738; *Martinez v. Canada (Minister of*

DÉCISIONS CITÉES :

Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers), [2004] 3 R.C.S. 153; 2004 CSC 54; *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539; 2003 CSC 29; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76; 2004 CSC 4; *Procureur général (Qué.) et Glassco c. Cumming*, [1978] 2 R.C.S. 605; *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97; *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307; 2000 CSC 44; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3; 2002 CSC 75; *B.D.L. c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 866; *Cortes Silva c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 738; *Martinez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1121; *Fabiano c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1260; *Liang c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 622; *Kante c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1974] A.C.F. n° 525 (1^{re} inst.) (QL); *Atwal c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] A.C.F. n° 1693 (1^{re} int.) (QL); *Veres c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] 2 C.F. 124 (1^{re} inst.); *Cota c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] A.C.F. n° 872 (1^{re} inst.) (QL); *Shahib c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1250; *Bady-Badila c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CFPI 399; *Prasad c. Canada*

Citizenship and Immigration), 2005 FC 1121; *Fabiano v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1260; *Liang v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 622; *Kante v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1974] F.C.J. No. 525 (T.D.) (QL); *Atwal v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 157 F.T.R. 258 (F.C.T.D.); *Veres v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 2 F.C. 124 (T.D.); *Cota v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] F.C.J. No. 872 (T.D.) (QL); *Shahib v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1250; *Bady-Badila v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCT 399; *Prasad v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 1 S.C.R. 560; (1989), 57 D.L.R. (4th) 663; [1989] 3 W.W.R. 289; 36 Admin. L.R. 72; 7 Imm. L.R. (2d) 253; 93 N.R. 81; *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2; (1982), 137 D.L.R. (3d) 558; 44 N.R. 354; *R.A.Y. (Re)*, [2002] C.R.D.D. No. 236 (QL); *R.K.N. (Re)*, [2004] R.P.D.D. No. 14 (QL); *Fouchong v. Canada (Secretary of State)* (1994), 88 F.T.R. 37; 26 Imm. L.R. (2d) 200 (F.C.T.D.); *Sivasambo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] 1 F.C. 741; (1994), 29 Admin. L.R. (2d) 211; 87 F.T.R. 46 (T.D.); *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; (1991), 64 C.C.C. (3d) 513; 5 C.R.R. (2d) 31; 5 M.P.L.R. (2d) 113; 128 N.R. 1; 39 Q.A.C. 241; *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369; (1976), 68 D.L.R. (3d) 716; 9 N.R. 115; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3; (1995), 122 D.L.R. (4th) 129; 26 Admin. L.R. (2d) 1; [1995] 2 C.N.L.R. 92; 177 N.R. 325; *Zündel v. Citron*, [2000] 4 F.C. 225; (2000), 189 D.L.R. (4th) 131; 25 Admin. L.R. (3d) 113; 256 N.R. 201 (C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused, [2000] 2 S.C.R. xv; *Sy v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 271 F.T.R. 242; 2005 FC 379; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892; (1990), 75 D.L.R. (4th) 577; 13 C.H.R.R. D/435; 3 C.R.R. (2d) 116; *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623; (1992), 95 Nfld. & P.E.I.R. 271; 4 Admin. L.R. (2d) 121; 134 N.R. 241; *Métis National Council of Women v. Canada (Attorney General)*, [2005] 4 F.C.R. 272; [2005] 2 C.N.L.R. 192; (2005), 265 F.T.R. 162; 2005 FC 230; *Schut v. Canada (Attorney General)* (2000), 186 F.T.R. 212 (F.C.T.D.); *Canada (Human Rights Commission) v. Pathak*, [1995] 2 F.C. 455; (1995), 180 N.R. 152 (C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused, [1995] 4 S.C.R. vii; *Toussaint v. Canada (Labour Relations Board)* (1993), 160 N.R. 396 (F.C.A.); *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet*

(Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1989] 1 R.C.S. 560; *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2; *R.A.Y. (Re)*, [2002] D.S.S.R. n° 236 (QL); *R.K.N. (Re)*, [2004] D.S.P.R. n° 14 (QL); *Fouchong c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1994] A.C.F. n° 1727 (1^{re} inst.) (QL); *Sivasambo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] 1 C.F. 741 (1^{re} inst.); *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369; *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3; *Zündel c. Citron*, [2000] 4 C.F. 225 (C.A.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2000] 2 R.C.S. xv; *Sy c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 379; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623; *Conseil national des femmes métisses c. Canada (Procureur général)*, [2005] 4 R.C.F. 272; 2005 CF 230; *Schut c. Canada (Procureur général)*, [2000] A.C.F. n° 424 (1^{re} inst.) (QL); *Canada (Commission des droits de la personne) c. Pathak*, [1995] 2 C.F. 455 (C.A.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [1995] 4 R.C.S. vii; *Toussaint c. Canada (Conseil canadien des relations du travail)*, [1993] A.C.F. n° 616 (C.A.) (QL); *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. Canadienne des fournisseurs Internet*, 2001 CAF 4; *Liyanagamage c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 1637 (C.A.) (QL).

Providers (2000), 10 C.P.R. (4th) 417; 267 N.R. 82; 2001 FCA 4; *Liyanagamage v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 176 N.R. 4 (F.C.A.).

AUTHORS CITED

- Canada. Immigration and Refugee Board. *Guidelines Issued by the Chairperson Pursuant to Section 65(3) of the Immigration Act: Women Refugee Claimants Fearing Gender-Related Persecution*. Ottawa: IRB, 1993.
- Canada. Immigration and Refugee Board. *Guideline 1: Civilian Non-Combatants Fearing Persecution in Civil War Situations: Guidelines Issued by the Chairperson Pursuant to Section 65(3) of the Immigration Act*. Ottawa: IRB, 1996.
- Canada. Immigration and Refugee Board. *Guideline 2: Guidelines on Detention: Guidelines Issued by the Chairperson Pursuant to Section 65(4) of the Immigration Act*. Ottawa: IRB, 1998.
- Canada. Immigration and Refugee Board. *Guideline 3: Child Refugee Claimants: Procedural and Evidentiary Issues: Guidelines Issued by the Chairperson Pursuant to Section 65(3) of the Immigration Act*. Ottawa: IRB, 1996.
- Canada. Immigration and Refugee Board. *Guideline 4: Women Refugee Claimants Fearing Gender-Related Persecution: Guidelines Issued by the Chairperson Pursuant to Section 65(3) of the Immigration Act*. Ottawa: IRB, 1996.
- Canada. Immigration and Refugee Board. *Guideline 5: Providing the PIF and No PIF Abandonment in the Refugee Protection Division: Guidelines Issued by the Chairperson Pursuant to Section 159(1)(h) of the Immigration and Refugee Protection Act*. Ottawa: IRB, 2003.
- Canada. Immigration and Refugee Board. *Guideline 6: Scheduling and Changing the Date or Time of a Proceeding in the Refugee Protection Division: Guidelines Issued by the Chairperson Pursuant to Section 159(1)(h) of the Immigration and Refugee Protection Act*. Ottawa: IRB, 2003.
- Canada. Immigration and Refugee Board.: *Guideline 7: Concerning Preparation and Conduct of a Hearing in the Refugee Protection Division: Guidelines Issued by the Chairperson Pursuant to Section 159(1)(h) of the Immigration and Refugee Protection Act*. Ottawa: IRB, 2003.

DOCTRINE CITÉE

- Canada. Bureau du Conseil privé. *Gouvernement du Canada politique de réglementation*. Ottawa, novembre 1999.
- Canada. Commission de l'immigration et du statut de réfugié. *Directives données par la présidente en application du paragraphe 65(3) de la Loi sur l'immigration : Revendicatrices du statut de réfugié craignant d'être persécutées en raison de leur sexe*. Ottawa : CISR, 1993.
- Canada. Commission de l'immigration et du statut de réfugié. *Directives n° 1 : Civils non combattants qui craignent d'être persécutés dans des situations de guerre civile : Directives données par la présidente en application du paragraphe 65(3) de la Loi sur l'immigration*. Ottawa : CISR, 1996.
- Canada. Commission de l'immigration et du statut de réfugié. *Directives n° 2 : Directives sur la détention : Directives données par la présidente en application du paragraphe 65(4) de la Loi sur l'immigration*. Ottawa : CISR, 1998.
- Canada. Commission de l'immigration et du statut de réfugié. *Directives n° 3 : Les enfants qui revendiquent le statut de réfugié : Directives données par la présidente en application du paragraphe 65(3) de la Loi sur l'immigration*. Ottawa : CISR, 1996.
- Canada. Commission de l'immigration et du statut de réfugié. *Directives n° 4 : Revendicatrices du statut de réfugié craignant d'être persécutées en raison de leur sexe : Directives données par la présidente en application du paragraphe 65(3) de la Loi sur l'immigration*. Ottawa : CISR, 1996.
- Canada. Commission de l'immigration et du statut de réfugié. *Directives n° 5 : Directives concernant la transmission du FRP et le désistement pour défaut de transmission du FRP à la Section de la protection des réfugiés : Directives données par le président en application de l'alinéa 159(1)(h) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Ottawa : CISR, 2003.
- Canada. Commission de l'immigration et du statut de réfugié. *Directives n° 6 : Mise au rôle et changement de la date ou de l'heure d'une procédure à la Section de la protection des réfugiés : Directives données par le président en application de l'alinéa 159(1)(h) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Ottawa : CISR, 2003.

Canada. Immigration and Refugee Board. *Policy on the Use of Jurisprudential Guides*, Policy No. 2003-01. Ottawa: IRB, 2003.

Canada. Privy Council Office. *Government of Canada Regulatory Policy*. Ottawa, November 1999.

Canadian Oxford Dictionary, 2nd ed. Toronto: Oxford University Press, 2004, "guideline".

Nouveau Petit Robert: dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. Paris: Dictionnaires Le Robert, 2002, "directive".

Oxford English Dictionary, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, "guideline".

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 2002.

Canada. Commission de l'immigration et du statut de réfugié. *Directives n° 7 : Directives concernant la préparation et la tenue des audiences à la Section de la protection des réfugiés : Directives données par le président en application de l'alinéa 159(1)h de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Ottawa : CISR, 2003.

Canada. Commission de l'immigration et du statut de réfugié. *Politique sur l'utilisation de guides jurisprudentiels*, Politique n° 2003-01. Ottawa : CISR, 2003.

Canadian Oxford Dictionary, 2nd ed. Toronto : Oxford University Press, 2004, « guideline ».

Nouveau Petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. Paris : Dictionnaires Le Robert, 2002, « directive ».

Oxford English Dictionary, 2nd ed. Oxford : Clarendon Press, 1989, « guideline ».

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Toronto : Butterworths, 2002.

APPLICATIONS for judicial review regarding a guideline issued by the Chairperson of the Immigration and Refugee Board under the authority of paragraph 159(1)(h) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Applications dismissed; questions certified.

DEMANDES de contrôle judiciaire concernant une directive émise par le président de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié en application de l'alinéa 159(1)h de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Demandes rejetées; questions certifiées.

APPEARANCES:

Matthew James Jeffery for applicants.
Jamie R.D. Todd, Catherine C. Vasilaros, John Provart and *Michael W. Butterfield* for respondent.

ONT COMPARU :

Matthew James Jeffery, pour les demandeurs.
Jamie R.D. Todd, Catherine C. Vasilaros, John Provart et *Michael W. Butterfield*, pour le défendeur.

SOLICITORS OF RECORD:

Matthew J. Jeffery, Toronto, for applicants.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Matthew J. Jeffery, Toronto, pour les demandeurs.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

The following are the reasons for order rendered in English by

Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance rendus par

MOSLEY J.:

Procedural History

[1] These reasons concern 19 applications for judicial review which were consolidated in part for hearing by the order of Justice Judith A. Snider dated February 20, 2006. Each of the 19 applications raises issues regarding a guideline made by the Chairperson of the Immigration and Refugee Board (IRB) [or the Board] under the authority of paragraph 159(1)(h) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA).

[2] This guideline, entitled *Guideline 7: Concerning Preparation and Conduct of a Hearing in the Refugee Protection Division*, was the subject of a recent decision of Justice Edmond P. Blanchard in *Thamotharem v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] 3 F.C.R. 168 (F.C.). In reasons dated January 6, 2006, Justice Blanchard found that Guideline 7 unlawfully fettered the discretion of members of the Refugee Protection Division (RPD) and held that the decision that was before him would be quashed and the applicant's claim remitted for redetermination by a differently constituted panel. In an order dated January 19, 2006, Justice Blanchard allowed the application and certified three questions as being of general importance in accordance with paragraph 74(d) of the IRPA. An appeal and cross-appeal have been filed from this decision.

[3] Following the release of Justice Blanchard's decision in *Thamotharem*, it became apparent that there were a number of applications for judicial review raising similar issues scheduled to be heard by different judges at various sittings of this Court. Following consultations with counsel for the parties, Chief Justice Allan Lutfy ordered that 20 applications be continued as specially managed proceedings and, pursuant to rule 383 [as am. by SOR/2004-282, s. 22] of the *Federal Courts Rules*, [SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)], appointed Mr. Justice Gibson and Madam Justice Snider

LE JUGE MOSLEY :

L'historique procédural

[1] Les présents motifs portent sur 19 demandes de contrôle judiciaire qui ont été partiellement réunies afin d'être entendues conformément à l'ordonnance de la juge Judith A. Snider en date du 20 février 2006. Chacune de ces 19 demandes soulève des questions concernant des directives adoptées par le président de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR) en application de l'alinéa 159(1)h) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR).

[2] Ces directives, intitulées *Directives n° 7 : Directives concernant la préparation et la tenue des audiences à la Section de la protection des réfugiés*, ont récemment fait l'objet d'une décision rendue par le juge Edmond P. Blanchard dans *Thamotharem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] 3 R.C.F. 168 (C.F.). Dans ses motifs rendus le 6 janvier 2006, le juge Blanchard a estimé que les Directives n° 7 entravaient illégalement le pouvoir discrétionnaire des commissaires de la Section de la protection des réfugiés (la SPR) et il a conclu que la décision dont il était saisi devait être infirmée et la demande renvoyée afin qu'un tribunal différemment constitué se prononce de nouveau sur la question. Dans une ordonnance en date du 19 janvier 2006, le juge Blanchard a accueilli la demande et a certifié trois questions qui étaient selon lui des questions graves de portée générale au sens de l'alinéa 74d) de la LIPR. Un appel, ainsi qu'un appel incident, ont été déposés concernant cette décision.

[3] Après que la décision du juge Blanchard dans *Thamotharem* eut été rendue publique, on s'est aperçu que plusieurs demandes de contrôle judiciaire soulevaient des questions semblables et avaient été inscrites au rôle pour être entendues par différents juges de la Cour. Après avoir consulté les avocats des parties, le juge en chef Allan Lutfy a ordonné que 20 demandes soient instruites comme des instances à gestion spéciale et, conformément à la règle 383 [mod. par DORS/2004-283, art. 22] des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)], il a

as case management judges for those applications.

[4] Justice Frederick E. Gibson and Justice Snider participated in conference calls with counsel for the parties on several dates in February. Upon being satisfied that it was in the interest of justice that the identified Guideline 7 issues be dealt with as expeditiously as is consistent with fairness and justice, Justice Snider ordered the consolidation of the 20 applications.

[5] Pursuant to paragraph 105(a) of the *Federal Courts Rules*, Justice Snider's order provided that the consolidated judicial reviews were, in part, to be heard together, or one immediately after the other, at the discretion of the hearing judge. Further to subsection 107(1) of the *Federal Courts Rules*, the issues in the consolidated judicial reviews that relate in whole or in part to Guideline 7 were to be determined separately following a single hearing with counsel located in centres outside the Greater Toronto area participating by video conference if it were impractical to attend in person. The order also instructed that any remaining issues on each of the consolidated cases were to be determined in separate hearings presided over by one or more different judges, on dates that are as early as practicable following the expedited hearing of the Guideline 7 issues. It also set out deadlines for the filing of further written submissions and affidavits and completion of cross-examinations on the affidavits.

[6] Prior to the hearing on the Guideline 7 issues, one application was resolved on consent leaving 19 which were the subject of these proceedings. The hearing took place at Toronto on March 7 and 8, 2006 with counsel participating by video conference from Montréal and Halifax. Submissions were received from counsel for each of the applicants in sequence, followed by the respondent's consolidated submissions. Reply submissions were received in the same order. As one of the applicants sought and was granted leave, on consent,

nommé le juge Gibson et la juge Snider responsables de la gestion de ces demandes.

[4] Le juge Frederick E. Gibson et la juge Snider ont à plusieurs reprises participé à des conférences téléphoniques avec les avocats des parties en février. Une fois convaincue qu'il était dans l'intérêt de la justice que les questions concernant les Directives n° 7 soient traitées aussi rapidement que possible pour en assurer l'équité et la justice, la juge Snider a ordonné la réunion des 20 demandes.

[5] Conformément à l'alinéa 105a) des *Règles des Cours fédérales*, l'ordonnance de la juge Snider prévoyait que les demandes de contrôle judiciaire ainsi réunies seraient, en partie, instruites conjointement, ou successivement, à la discrétion du juge chargé de l'audition. En vertu du paragraphe 107(1) des *Règles des Cours fédérales*, les questions soulevées dans les demandes de contrôle judiciaire ainsi réunies qui concernent en totalité ou en partie les Directives n° 7 devaient être jugées séparément dans le cadre d'une seule audience, à laquelle pourraient participer par vidéoconférence les avocats exerçant à l'extérieur de la région métropolitaine de Toronto s'il leur était impossible d'y assister en personne. L'ordonnance mentionnait également que toutes les autres questions soulevées dans chacune des causes réunies seraient jugées au cours d'audiences tenues séparément et présidées par un ou plusieurs juges, le plus rapidement possible à l'issue de l'audience accélérée portant sur les questions soulevées par les Directives n° 7. L'ordonnance fixait également des délais pour le dépôt d'autres observations écrites et d'affidavits, et l'achèvement des contre-interrogatoires des auteurs des affidavits.

[6] Avant l'audience concernant les questions soulevées par les Directives n° 7, une demande a été résolue sur consentement des parties, ce qui laisse donc 19 demandes à juger dans le cadre de la présente instance. L'audience a eu lieu à Toronto les 7 et 8 mars 2006, les avocats de Montréal et Halifax ayant participé par vidéoconférence. Les observations ont été reçues successivement des avocats de chacun des demandeurs et ont été suivies des observations réunies du défendeur. Les observations déposées en réplique ont été reçues

to file an IRB document during reply submissions, counsel were invited to submit further written representations on the content of that document following the hearing as well as to propose serious questions of general importance for certification in accord with IRPA, section 74.

[7] The evidence that was before Justice Blanchard in *Thamotharem* was also filed in these proceedings. That included the affidavits and cross-examinations, of Mr. Raoul Boulakia, President of the Refugee Lawyers Association, Professor James Galloway of the University of Victoria and former IRB member, Dr. Donald Payne, a psychiatrist, and Mr. Paul Aterman, lawyer and Director General, Operations for the IRB. This evidence is described in detail in Justice Blanchard's reasons at paragraphs 26-27.

[8] A second affidavit from Mr. Aterman, sworn January 6, 2006, and cross-examination dated February 23, 2006, were also filed. In addition, the respondent submitted the affidavit of Asad Kiyani sworn February 20, 2006 to which was attached two volumes of RPD decisions and excerpts of transcripts from RPD hearings relating to the implementation of Guideline 7.

[9] Simultaneous interpretation in English and French was provided on Tuesday, March 7, 2006 at the request of counsel for the respondent. Counsel for one applicant presented her submissions in French. The submissions in both languages were heard and understood by the Court without the assistance of the interpretation, as required by section 16 [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 155] of the *Official Languages Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31.

[10] In keeping with the consolidation order, submissions from counsel respecting the facts in relation to each application for judicial review were not received in this hearing except to the extent that counsel deemed it necessary to refer to them in support of their arguments respecting the Guideline 7 issues. Counsel

dans le même ordre. Étant donné que l'un des demandeurs a demandé et obtenu l'autorisation, par consentement, de déposer un document de la CISR à l'étape des observations déposées en réplique, les avocats ont été invités à fournir par écrit d'autres observations sur le contenu de ce document à la suite de l'audience, en plus de proposer des questions graves de portée générale aux fins de la certification conformément à l'article 74 de la LIPR.

[7] La preuve dont était saisi le juge Blanchard dans la décision *Thamotharem* a également été déposée dans la présente instance. Cette preuve inclut les affidavits et les contre-interrogatoires de M. Raoul Boulakia, président de la Refugee Lawyers Association, du professeur James Galloway de l'Université de Victoria et ancien commissaire de la CISR, du D^r Donald Payne, psychiatre, et de M^e Paul Aterman, avocat et directeur général des opérations de la CISR. Ces dépositions sont décrites en détail dans les motifs du juge Blanchard, aux paragraphes 26 et 27.

[8] Un deuxième affidavit de M^e Aterman, fait sous serment le 6 janvier 2006, et le contre-interrogatoire du 23 février 2006 relatif à cet affidavit, ont également été déposés. En outre, le défendeur a déposé l'affidavit d'Asad Kiyani, fait sous serment le 20 février 2006, auquel étaient joints deux volumes des décisions de la SPR et des extraits de transcriptions d'audiences de la SPR ayant trait à l'application des Directives n^o 7.

[9] Des services d'interprétation simultanée en anglais et en français ont été fournis le mardi 7 mars 2006 à la demande de l'avocat du défendeur. L'avocate d'un demandeur a présenté ses observations en français. Les observations dans les deux langues officielles ont été entendues et comprises par la Cour sans l'aide d'un interprète, comme l'exige l'article 16 [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 155] de la *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31.

[10] Conformément à l'ordonnance visant la réunion des demandes, les observations des avocats concernant les faits se rapportant à chaque demande de contrôle judiciaire n'ont pas été déposées aux fins de la présente instance, sauf dans la mesure où les avocats jugeaient nécessaire d'y faire référence pour appuyer leur

did draw the Court's attention to the particular circumstances of certain applicants for whom an increased susceptibility to stress in a hearing room and to questioning by strangers could be inferred. Counsel also referred to portions of the transcripts of the refugee determination hearings to illustrate certain points in issue.

[11] After the hearing, on March 13, 2006, counsel for one of the applicants brought a motion in writing pursuant to rule 369 for an order to permit the applicant to amend his application record to include a second affidavit from Mr. Boulakia, attaching a recent decision by an RPD member opposed to Guideline 7. The respondent opposed that motion on the ground that it was incompatible with the order of Justice Snider dated February 20, 2006. By order dated April 1, 2006, I dismissed the motion to amend the application record.

LEGISLATIVE FRAMEWORK

[12] The provisions of the *Immigration and Refugee Protection Act* that are of particular significance in these proceedings, in my view, are paragraph 159(1)(h), section 161, subsection 162(2) and section 170.

[13] The Chairperson's discretionary authority to issue guidelines to Board members is set out in IRPA paragraph 159(1)(h). The enactment states that the purpose of this authority is to assist the members with carrying out their duties:

159. (1) The Chairperson is, by virtue of holding that office, a member of each Division of the Board and is the chief executive officer of the Board. In that capacity, the Chairperson

...

(h) may issue guidelines in writing to members of the Board and identify decisions of the Board as jurisprudential guides, after consulting with the Deputy Chairpersons and the Director General of the Immigration

argumentation sur les questions relatives aux Directives n° 7. Les avocats ont attiré l'attention de la Cour sur la situation particulière de certains demandeurs dont on pouvait craindre qu'ils soient trop sensibles au stress dans une salle d'audience et aux questions pouvant leur être posées par des étrangers. Les avocats ont également fait référence à des parties des transcriptions des audiences relatives aux demandes d'asile pour illustrer certains des points en cause.

[11] Après l'audience, le 13 mars 2006, l'avocat de l'un des demandeurs a déposé une requête écrite en vertu de la règle 369 pour obtenir une ordonnance autorisant son client à modifier son dossier de demande en y incluant un deuxième affidavit de M. Boulakia, auquel est jointe une récente décision d'un commissaire de la SPR opposé aux Directives n° 7. Le défendeur s'est opposé à cette requête au motif qu'elle était incompatible avec l'ordonnance de la juge Snider en date du 20 février 2006. Dans une ordonnance datée du 1^{er} avril 2006, j'ai rejeté la requête en modification du dossier de la demande.

LE CADRE LÉGISLATIF

[12] Les dispositions de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* qui sont d'une importance particulière dans la présente instance sont, à mon avis, l'alinéa 159(1)h), l'article 161, le paragraphe 162(2) et l'article 170.

[13] Le pouvoir discrétionnaire du président de donner des directives aux commissaires de la CISR lui est conféré par l'alinéa 159(1)h) de la LIPR. La disposition prévoit que ce pouvoir s'exerce en vue d'aider les commissaires dans l'exécution de leurs fonctions :

159. (1) Le président est le premier dirigeant de la Commission ainsi que membre d'office des quatre sections; à ce titre :

[...]

h) après consultation des vice-présidents et du directeur général de la Section de l'immigration et en vue d'aider les commissaires dans l'exécution de leurs fonctions, il donne des directives écrites aux commissaires et précise les

Division, to assist members in carrying out their duties;

décisions de la Commission qui serviront de guide jurisprudentiel;

[14] Under IRPA, section 161, the IRB Chairperson may also make rules respecting, among other things, the “activities, practice and procedure” of each division of the Board. Rules made under this authority require the approval of the Governor in Council and must be laid before each House of Parliament within 15 sitting days of such approval. I note that there are no similar requirements for guidelines or jurisprudential guides under paragraph 159(1)(h). See *Refugee Protection Division Rules*, SOR/2002-228.

[14] En vertu de l’article 161 de la LIPR, le président de la CISR peut également prendre des règles visant, entre autres choses, les « travaux, la procédure et la pratique » de chacune des sections de la CISR. Les règles établies en vertu de ce pouvoir exigent l’approbation du gouverneur en conseil et doivent être déposées devant chacune des chambres du Parlement dans les 15 jours suivant leur approbation. Je signale qu’il n’y a pas d’exigence semblable pour les directives ou le guide jurisprudentiel dont il est question à l’alinéa 159(1)h). Voir les *Règles de la Section de la protection des réfugiés*, DORS/2002-228.

[15] The text of subsection 161(1) is reproduced here:

[15] Le texte du paragraphe 161(1) est reproduit ci-dessous :

161. (1) Subject to the approval of the Governor in Council, and in consultation with the Deputy Chairpersons and the Director General of the Immigration Division, the Chairperson may make rules respecting

161. (1) Sous réserve de l’agrément du gouverneur en conseil et en consultation avec les vice-présidents et le directeur général de la Section de l’immigration, le président peut prendre des règles visant :

(a) the activities, practice and procedure of each of the Divisions of the Board, including the periods for appeal, the priority to be given to proceedings, the notice that is required and the period in which notice must be given;

a) les travaux, la procédure et la pratique des sections, et notamment les délais pour interjeter appel de leurs décisions, l’ordre de priorité pour l’étude des affaires et les préavis à donner, ainsi que les délais afférents;

(b) the conduct of persons in proceedings before the Board, as well as the consequences of, and sanctions for, the breach of those rules;

b) la conduite des personnes dans les affaires devant la Commission, ainsi que les conséquences et sanctions applicables aux manquements aux règles de conduite;

(c) the information that may be required and the manner in which, and the time within which, it must be provided with respect to a proceeding before the Board; and

c) la teneur, la forme, le délai de présentation et les modalités d’examen des renseignements à fournir dans le cadre d’une affaire dont la Commission est saisie;

(d) any other matter considered by the Chairperson to require rules.

d) toute autre mesure nécessitant, selon lui, la prise de règles.

[16] Subsection 162(2) indicates Parliament’s intent that proceedings before the IRB are to be conducted with as little formality, and as quickly as is consistent with natural justice:

[16] Le paragraphe 162(2) indique que le législateur avait l’intention que les instances devant la CISR se déroulent avec aussi peu de formalisme et autant de célérité que le permet le respect des règles de justice naturelle :

162. (1) . . .

162. (1) [. . .]

(2) Each Division shall deal with all proceedings before it as informally and quickly as the circumstances and the considerations of fairness and natural justice permit.

(2) Chacune des sections fonctionne, dans la mesure où les circonstances et les considérations d’équité et de justice naturelle le permettent, sans formalisme et avec célérité.

[17] Section 170 describes the mandate of the Refugee Protection Division and sets out certain mandatory and permissive considerations respecting its proceedings:

170. The Refugee Protection Division, in any proceeding before it,

(a) may inquire into any matter that it considers relevant to establishing whether a claim is well-founded;

(b) must hold a hearing;

(c) must notify the person who is the subject of the proceeding and the Minister of the hearing;

(d) must provide the Minister, on request, with the documents and information referred to in subsection 100(4);

(e) must give the person and the Minister a reasonable opportunity to present evidence, question witnesses and make representations;

(f) may, despite paragraph (b), allow a claim for refugee protection without a hearing, if the Minister has not notified the Division, within the period set out in the rules of the Board, of the Minister's intention to intervene;

(g) is not bound by any legal or technical rules of evidence;

(h) may receive and base a decision on evidence that is adduced in the proceedings and considered credible or trustworthy in the circumstances; and

(i) may take notice of any facts that may be judicially noticed, any other generally recognized facts and any information or opinion that is within its specialized knowledge

BACKGROUND TO THE GUIDELINE 7 CONTROVERSY

[18] Under the authority of a provision in the predecessor statute, subsection 65(3) [as enacted by S.C. 1992, c. 49, s. 55] of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, guidelines were issued by the Chairperson of the Immigration and Refugee Board to encourage consistent and transparent decision making with respect to a number of subject areas. The *Guidelines Issued by the Chairperson Pursuant to Section 65(3) of the Immigration Act: Women Refugee Claimants Fearing Gender-Related Persecution* were issued in 1993 and

[17] L'article 170 décrit le mandat de la Section de la protection des réfugiés et énonce certaines considérations obligatoires et facultatives concernant son fonctionnement :

170. Dans toute affaire dont elle est saisie, la Section de la protection des réfugiés :

a) procède à tous les actes qu'elle juge utiles à la manifestation du bien-fondé de la demande;

b) dispose de celle-ci par la tenue d'une audience;

c) convoque la personne en cause et le ministre;

d) transmet au ministre, sur demande, les renseignements et documents fournis au titre du paragraphe 100(4);

e) donne à la personne en cause et au ministre la possibilité de produire des éléments de preuve, d'interroger des témoins et de présenter des observations;

f) peut accueillir la demande d'asile sans qu'une audience soit tenue si le ministre ne lui a pas, dans le délai prévu par les règles, donné avis de son intention d'intervenir;

g) n'est pas liée par les règles légales ou techniques de présentation de la preuve;

h) peut recevoir les éléments qu'elle juge crédibles ou dignes de foi en l'occurrence et fonder sur eux sa décision;

i) peut admettre d'office les faits admissibles en justice et les faits généralement reconnus et les renseignements ou opinions qui sont du ressort de sa spécialisation.

LE CONTEXTE DE LA CONTROVERSE RELATIVE AUX DIRECTIVES N° 7

[18] Sous le régime d'une disposition de la loi précédente, en l'occurrence le paragraphe 65(3) [édicte par L.C. 1992, ch. 49, art. 55] de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, des directives ont été établies par le président de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié pour favoriser la cohérence et la transparence des décisions portant sur un certain nombre de sujets. Les *Directives données par la présidente en application du paragraphe 65(3) de la Loi sur l'immigration : Revendicatrices du statut de réfugié*

updated in November 1996 [Guideline 4]. *Guideline 1: Civilian Non-Combatants Fearing Persecution in Civil War Situations* was issued in March 1996; *Guideline 3: Child Refugee Claimants: Procedural and Evidentiary Issues* in September 1996; *Guideline 2: Guidelines on Detention* on March 12, 1998. Upon the coming into force of IRPA on June 28, 2002, the gender, civilian non-combatants and child refugee claimant guidelines were reissued by the Chairperson under paragraph 159(1)(h).

[19] In October 2003, the Chairperson issued three further guidelines as part of an action plan to address the backlog of refugee claims which had accumulated by that time. Guideline 5 dealing with the submission of personal information forms and abandonment proceedings came into effect on October 30, 2003 [*Guideline 5: Providing the PIF and No PIF Abandonment in the Refugee Protection Division*] and Guideline 6, relating to scheduling and date changes, became effective on December 1, 2003 [*Guideline 6: Scheduling and Changing the Date or Time of a Proceeding in the Refugee Protection Division*]. Guideline 7 was also made effective December 1, 2003 but was not brought fully into effect until June 2004.

[20] Paul Aterman's affidavits describe the purpose of these guidelines from the Board's perspective. He says that they are issued to address specific legal issues, to provide guidance on questions of mixed law and fact, to codify the exercise of discretion, and to provide guidance on procedural issues. The intent is to promote consistency, coherence and fairness in the treatment of cases at the Board. They are not viewed as binding. Members are advised to use their discretion to follow a different approach where warranted in individual cases. These views are also set out in a statement entitled "Policy on the use of the Chairperson's Guidelines" attached as Exhibit "J" to the second Aterman affidavit.

craignant d'être persécutées en raison de leur sexe ont été adoptées en 1993 et mises à jour en novembre 1996 [Directives n° 4]. Les *Directives n° 1 : Civils non combattants qui craignent d'être persécutés dans des situations de guerre civile* ont été adoptées en mars 1996; *Directives n° 3 : Les enfants qui revendiquent le statut de réfugié*, en septembre 1996; et les *Directives n° 2 : Directives sur la détention*, le 12 mars 1998. À l'entrée en vigueur de la LIPR, le 28 juin 2002, les directives concernant les femmes qui craignent d'être persécutées en raison de leur sexe, les civils non combattants et les enfants qui revendiquent le statut de réfugié ont été remises en vigueur par le président en application de l'alinéa 159(1)h).

[19] En octobre 2003, le président a adopté trois nouvelles séries de directives dans le cadre d'un plan d'action visant à réduire l'arriéré des demandes d'asile qui s'était accumulé jusqu'à cette date. Les Directives n° 5 traitant du dépôt des formulaires de renseignements personnels et de la procédure de désistement sont entrées en vigueur le 30 octobre 2003 [*Directives n° 5 : Directives concernant la transmission du FRP et le désistement pour défaut de transmission du FRP à la Section de la protection des réfugiés*], et les Directives n° 6, ayant trait à la fixation et au changement des dates, le 1^{er} décembre 2003 [*Directives n° 6 : Mise au rôle et changement de la date ou de l'heure d'une procédure à la Section de la protection des réfugiés*]. Les Directives n° 7 sont également entrées en vigueur le 1^{er} décembre 2003, mais elles n'ont été appliquées entièrement qu'en juin 2004.

[20] Les affidavits de Paul Aterman décrivent l'objet de ces directives du point de vue de la CISR. Il dit qu'elles ont pour objet de traiter de questions juridiques précises, de fournir une orientation sur des questions mixtes de fait et de droit, de codifier l'exercice du pouvoir discrétionnaire, et de donner des conseils sur les questions procédurales. Leur objet est donc de favoriser l'uniformité, la cohérence et l'équité dans le traitement des cas soumis à la CISR. Elles ne sont pas considérées comme obligatoires. Les commissaires sont invités à exercer leur pouvoir discrétionnaire d'adopter une démarche différente lorsque celle-ci est justifiée dans des cas particuliers. Ces opinions sont également exprimées dans une déclaration intitulée [TRADUCTION]

[21] At paragraph 30 of the second affidavit, Mr. Aterman states that prior to the issuance of Guideline 7, the order of questioning at RPD hearings varied regionally within the IRB. Guideline 7 introduced a national standard order of questioning. His affidavit further describes the consultations that were undertaken with interested non-governmental organizations prior to the implementation of the Guideline which resulted in steps being taken by the Board to respond to concerns raised. These included internal training sessions on questioning and a six-month phase-in period from December 1, 2003 to May 31, 2004 during which the standard order was implemented only with the claimant's consent.

[22] In paragraph 19 of Guideline 7, found at Exhibit "I" to the second Aterman affidavit, RPD members and others are advised:

In a claim for refugee protection, the standard practice will be for the [Refugee Protection Officer] RPO to start questioning the claimant. If there is no RPO participating in the hearing, the member will begin, followed by counsel for the claimant. [Emphasis added.]

[23] The paragraph concludes with the statement:

Beginning the hearing in this way allows the claimant to quickly understand what evidence the member needs from the claimant in order for the claimant to prove his or her case.

[24] The Guideline contemplates that the RPD will define the issues which are to be addressed at the hearing through disclosure of the RPD file screening form with the notice to appear for the hearing and that questioning would be limited to those issues and any others that the claimant may wish to submit. Guideline 7 covers matters such as case preparation, disclosure of documents, research requests, pre-hearing conferences,

« Politique sur l'utilisation des directives données par le président », jointe sous la pièce « J » au deuxième affidavit de M. Aterman.

[21] Au paragraphe 30 du deuxième affidavit, M. Aterman déclare qu'avant l'établissement des Directives n° 7, l'ordre des interrogatoires au cours des audiences de la SPR variait selon les régions administratives de la CISR. Les Directives n° 7 ont instauré à l'échelle nationale un ordre normalisé d'interrogatoire. Son affidavit décrit aussi les consultations tenues auprès des organismes non gouvernementaux intéressés avant la mise en œuvre des directives et qui ont amené la CISR à prendre des mesures pour répondre aux préoccupations exprimées. Ces mesures comprenaient entre autres des séances de formation interne sur la manière de mener un interrogatoire et une période de mise en application graduelle de six mois du 1^{er} décembre 2003 au 31 mai 2004, au cours de laquelle l'ordre normalisé n'était suivi qu'avec le consentement du demandeur d'asile.

[22] Au paragraphe 19 des Directives n° 7, qui est déposé sous la pièce « I » du deuxième affidavit de M. Aterman, les commissaires de la SPR et d'autres commissaires reçoivent le conseil suivant :

Dans toute demande d'asile, c'est généralement l'APR [agent de protection des réfugiés] qui commence à interroger le demandeur d'asile. En l'absence d'un APR à l'audience, le commissaire commence l'interrogatoire et est suivi par le conseil du demandeur d'asile. [Non souligné dans l'original.]

[23] Le paragraphe se termine sur la déclaration suivante :

Cette façon de procéder permet ainsi au demandeur d'asile de connaître rapidement les éléments de preuve qu'il doit présenter au commissaire pour établir le bien-fondé de son cas.

[24] Les Directives prévoient que la SPR définira les questions devant être traitées au cours de l'audience au moyen de la production du formulaire d'examen initial de la SPR et de l'avis de convocation et que l'interrogatoire se limitera à ces questions et à toutes celles que le demandeur d'asile souhaite proposer. Les Directives n° 7 traitent de questions comme la préparation du cas, la communication des documents, les

interpretation and the making of representations. The Guideline also stipulates the order of questioning where the Minister intervenes on the issue of exclusion, on other issues, or in an application to vacate or cease refugee protection.

[25] Paragraph 23 of the Guideline provides that the RPD member may change the order of questioning in exceptional circumstances. The examples provided of exceptional circumstances are a severely disturbed claimant or a very young child who might feel intimidated by an unfamiliar examiner and thereby finds it difficult to understand and answer questions. In such circumstances, the paragraph says, the member could decide that it would be better for the claimant's counsel to begin the questioning. However, the party who believes that exceptional circumstances exist is expected to make an application to change the order of questioning before the hearing and the application is to be made according to the *Refugee Protection Division Rules*, rule 44, that is, in writing before the hearing supported by evidence in affidavit or statutory declaration form.

[26] The introduction to the Guideline states, in part:

Administrative tribunals operate less formally and more expeditiously than courts of law. Accordingly, the *Immigration and Refugee Protection Act (IRPA)* requires the IRB to deal with proceedings before it informally, quickly and fairly. The Chairperson has issued these guidelines to explain what the RPD does before and during the hearing to make its proceedings more efficient but still fair. The guidelines also set out what the RPD expects participants to do.

The guidelines apply to most cases heard by the RPD. However, in compelling or exceptional circumstances, the members will use their discretion not to apply some guidelines or to apply them less strictly.

Generally speaking, the RPD will make allowances for unrepresented claimants who are unfamiliar with the Division's processes and rules. Claimants identified as

demandes d'information, les conférences informelles avant l'audience, l'interprétation et le dépôt d'observations. Les Directives prévoient également l'ordre des interrogatoires en cas d'intervention du ministre sur la question de l'exclusion, sur d'autres questions, ou dans une demande d'annulation ou de constat de perte d'asile.

[25] Selon le paragraphe 23 des Directives, le commissaire peut changer l'ordre des interrogatoires dans des circonstances exceptionnelles. À titre d'exemples, on mentionne un demandeur d'asile très perturbé ou un très jeune enfant qui pourrait se sentir intimidé par les questions d'un examinateur inconnu au point de ne pas être en mesure de les comprendre ni d'y répondre convenablement. Dans de telles circonstances, selon ce que prévoit le paragraphe, le commissaire peut décider de permettre au conseil du demandeur de commencer l'interrogatoire. Toutefois, la partie qui estime que de telles circonstances exceptionnelles existent doit soumettre une demande en vue de changer l'ordre des interrogatoires avant l'audience et cette demande doit être faite conformément à la règle 44 des *Règles de la Section de la protection des réfugiés*, c'est-à-dire par écrit, avant l'audience, et être appuyée par une preuve sous forme d'affidavit ou de déclaration solennelle.

[26] Les Directives s'ouvrent sur les mots suivants :

Les tribunaux administratifs s'acquittent de leurs fonctions de façon moins formelle et selon une procédure plus expéditive que les cours de justice. Ainsi, la CISR est tenue, par la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR), de fonctionner sans formalisme et avec célérité et équité. Les présentes directives, données par le président, visent à expliquer les mesures prises par la SPR avant et pendant l'audience pour rendre sa procédure plus efficace tout en étant équitable. Les directives précisent également les attentes de la SPR à l'égard des participants.

Les directives s'appliquent à la plupart des cas entendus par la SPR. Toutefois, dans des circonstances exceptionnelles ou impérieuses, les commissaires peuvent exercer leur pouvoir discrétionnaire pour ne pas appliquer certains éléments des directives ou pour les appliquer moins rigoureusement.

En général, la SPR se montre plus indulgente envers les demandeurs d'asile non représentés qui ne connaissent pas ses processus et ses règles. Elle fait preuve d'une plus grande

particularly vulnerable will be treated with special sensitivity.

[27] The role of RPD members under the IRPA is described in the Guideline as comparable to that of Commissioners under the *Inquiries Act*, R.S.C., 1985, c. I-11. The text states that members may inquire into anything they consider relevant to establishing whether a claim is well founded and define the issues that must be resolved in order to render a decision. This role is distinguished in the Guideline from that of a judge. A judge's role, the Guideline states, is to consider the evidence and argument which the parties chose to present. Moreover, it provides, the RPD has control of its own procedure, including who is to start the questioning. RPD members, the text states, have to be actively involved to make the RPD's inquiry process work properly.

[28] Mr. Aterman's evidence is that in drafting the Guideline, a deliberate choice was made to avoid the use of terminology such as "examination-in-chief" and "cross-examination" as inappropriate concepts better suited to an adversarial model requiring judicial formality. Attached to his affidavit as Exhibit "N" is a copy of the Board's training handout entitled "Questioning 101" which instructs new members and RPOs [refugee protection officer] that they are not to "cross-examine" claimants, or employ aggressive techniques such as attempting to trap the claimant, to badger or harass by repetitious or misleading questions or to adopt a hostile or sarcastic tone. The object is not to try to "win" a case.

[29] Notwithstanding these instructions, the Court is familiar with instances in which RPD members have failed to live up to these expectations, some of which are described in the cases discussed below in these reasons and in the evidence of Mr. Boulakia and Professor Galloway. It is clear from that evidence that RPOs and members do not always maintain neutrality and a

sensibilité à l'égard des demandeurs d'asile particulièrement vulnérables.

[27] Le rôle des commissaires de la SPR en vertu de la LIPR est décrit dans les directives comme étant comparable à celui des commissaires nommés en vertu de la *Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), ch. I-11. Le texte précise qu'ils peuvent enquêter sur toutes les questions qui, à leur avis, peuvent servir à déterminer si la demande est fondée et cerner les questions qui doivent être réglées pour qu'ils puissent prendre une décision. Les directives font une distinction entre ce rôle et celui d'un juge. Selon les directives, le rôle d'un juge est d'examiner les éléments de preuve et les arguments que les parties choisissent de présenter. En outre, elles prévoient que la SPR est maître de sa propre procédure, et peut décider notamment de la personne qui commence l'interrogatoire. Selon le texte des directives, les commissaires de la SPR doivent prendre une part active aux audiences pour que le travail d'enquête de la SPR soit efficace.

[28] Selon le témoignage de M^c Aterman, en rédigeant les Directives, le président a délibérément choisi d'éviter des termes comme « interrogatoire principal » et « contre-interrogatoire », parce qu'ils ne sont pas appropriés et qu'ils conviennent davantage à un modèle accusatoire exigeant le formalisme judiciaire. La pièce « N », jointe à son affidavit, est une copie d'un document de formation de la CISR intitulé « Interrogatoire 101 » qui donne instruction aux nouveaux commissaires et aux APR [agent de protection des réfugiés] de ne pas « contre-interroger » les demandeurs d'asile, ni d'employer des techniques musclées, par exemple essayer de tendre un piège au demandeur, de l'intimider ou de le harceler en lui posant plusieurs fois la même question ou des questions trompeuses, ni d'adopter un ton hostile ou sarcastique. Il ne faut pas essayer de « gagner » une cause.

[29] Malgré ces instructions, la Cour connaît des cas où les commissaires de la SPR ne se sont pas conformés à ces attentes; certains de ces cas sont décrits dans les causes traitées ci-dessous dans les présents motifs et dans les dépositions de M. Boulakia et du professeur Galloway. Il ressort clairement de ces dépositions que les APR et les commissaires n'adoptent pas toujours une

non-adversarial stance in their questioning as they are instructed to do in their training.

[30] It appears from the evidence, and submissions of counsel, that prior to the implementation of Guideline 7, it was common in Toronto, and possibly Calgary and Vancouver, although the evidence with respect to those cities is not clear, for counsel for the claimant to begin the questioning at the hearings. The RPO (if present) would then question the claimant, followed by the Board member if he or she had any remaining matters to raise. This practice, the applicants submit, was more in keeping with the nature of a quasi-judicial hearing and allowed for an “examination-in-chief” in which claimants were encouraged to fully recount their histories with the assistance of counsel whom they had come to know and trust.

[31] In Montréal and Ottawa, it appears the practice described in Guideline 7 was more common but was not mandatory before June 2004. In those cities, counsel could ask to question their clients first and were frequently accommodated by the Board members.

[32] According to Mr. Aterman’s affidavit evidence, the standard order of questioning was introduced as part of an action plan to increase the Board’s efficiency, decrease the average time of a hearing and reduce burdens on the Board’s resources while maintaining fairness. The applicants challenge these assertions as unfounded and unwarranted. The change, they say, has had little effect on hearing times or the overall disposition rate for refugee determinations but has denied claimants their rights to the effective assistance of counsel and to be heard, both of which are aspects of fundamental justice and procedural fairness.

ISSUES

[33] In considering the issues raised by the parties in these proceedings I have been conscious of the fact that

position neutre et non accusatoire dans l’interrogatoire qu’ils mènent comme on leur a donné instruction de le faire au cours de leur formation.

[30] Il ressort de la preuve, et des observations des avocats, qu’avant l’application des Directives n° 7, il était courant à Toronto, et peut-être aussi à Calgary et à Vancouver, bien que la preuve à l’égard de ces villes soit plus vague, que le procureur du demandeur d’asile commence l’interrogatoire à l’ouverture de l’audience. L’APR, s’il était présent, interrogeait ensuite le demandeur d’asile, suivi du commissaire si celui-ci ou celle-ci avait d’autres questions à poser. Selon les demandeurs, cette pratique s’apparentait davantage à une audience quasi judiciaire et permettait la tenue d’un « interrogatoire principal » au cours duquel les demandeurs d’asile étaient encouragés à raconter entièrement leur histoire avec l’aide d’un avocat qu’ils avaient appris à connaître et en qui ils avaient confiance.

[31] À Montréal et à Ottawa, il semble que la pratique décrite dans les Directives n° 7 était plus courante, sans être obligatoire, avant le mois de juin 2004. Dans ces villes, les avocats pouvaient demander à être les premiers à interroger leurs clients, ce qui leur était fréquemment accordé par les commissaires.

[32] Selon la preuve par affidavit de M^c Aterman, l’ordre normalisé des interrogatoires a été adopté dans le cadre d’un plan d’action visant à améliorer l’efficacité du travail de la Commission, à réduire la durée moyenne d’une audience et à diminuer le fardeau imposé aux ressources de la CISR, tout en assurant l’équité du processus. Les demandeurs estiment que ces affirmations ne sont ni fondées ni justifiées. Ils prétendent que le changement a eu peu d’effet sur la durée des audiences ou sur le taux général d’acceptation des demandes d’asile, mais qu’en revanche il a privé les demandeurs d’asile de leur droit à une aide efficace de la part de leur avocat et de leur droit d’être entendus, droits qui constituent deux aspects de la justice fondamentale et de l’équité procédurale.

LES QUESTIONS EN LITIGE

[33] En examinant les questions soulevées par les parties dans la présente instance, j’ai tenu compte du fait

much of the ground that I am covering has been travelled previously by other judges of this Court, notably Justice Blanchard in *Thamotharem*. I am not bound by those decisions but the notion of judicial comity suggests that I should exercise restraint when dealing with legal issues which my colleagues have previously decided.

[34] Judicial comity is not the application of the rule of *stare decisis*, but recognition that decisions of the Court should be consistent to the extent possible so as to provide litigants with some predictability. I am aware, as was stated in *Re Hansard Spruce Mills Ltd.*, [1954] 4 D.L.R. 590 (B.C.S.C.) [at page 592]:

... I have no power to overrule a brother Judge, I can only differ from him, and the effect of my doing so is not to settle but rather to unsettle the law, because, following such a difference of opinion, the unhappy litigant is confronted with conflicting opinions emanating from the same Court and therefore of the same legal weight.

[35] With judicial comity in mind, I have concluded that I should differ from the prior decisions of my colleagues only if I am satisfied that the evidence before me requires it or that I am convinced that the decisions were wrongly decided in that they did not consider some binding authority or relevant statute. In that regard, I would note that while the record before me includes the evidence that was before the Court in *Thamotharem*, it also includes new evidence that was not part of the record in that case.

[36] In these proceedings, the applicants' submissions start from Justice Blanchard's finding in *Thamotharem* that RPD members' discretion has been fettered by the manner in which Guideline 7 was defined and imposed. However, as he did not hold that the Guideline order of questioning, in itself, denied procedural fairness, the applicants collectively submit that the Court should recognize that a higher standard of procedural fairness is called for in refugee determination hearings. This,

qu'une bonne partie des sujets que j'aborde a déjà été traitée par d'autres juges de la Cour, notamment le juge Blanchard dans *Thamotharem*. Je ne suis pas lié par ces décisions, mais le concept de courtoisie judiciaire implique que je fasse preuve de déférence dans l'étude de questions juridiques que mes collègues ont déjà tranchées.

[34] La courtoisie judiciaire n'est pas l'application de la règle du *stare decisis*, mais bien la reconnaissance du fait que les décisions de la Cour doivent être uniformes dans toute la mesure possible de façon que les parties puissent plus ou moins savoir à quoi s'attendre. Je suis conscient de la portée des propos tenus dans l'arrêt *Re Hansard Spruce Mills Ltd.*, [1954] 4 D.L.R. 590 (C.S.C.-B.) [à la page 592] :

[TRADUCTION] [...] je n'ai nullement le pouvoir d'infirmer le jugement d'un collègue, je ne peux que tirer des conclusions différentes, ce qui aurait pour effet non pas d'assurer la certitude, mais de créer l'incertitude dans les règles de droit, parce que, à la suite d'une telle divergence d'opinions, le malheureux justiciable se trouve aux prises avec des conclusions contradictoires émanant de la même juridiction et ayant donc la même force.

[35] Tout en gardant à l'esprit la notion de courtoisie judiciaire, j'ai conclu que je pourrai m'écarter des décisions rendues antérieurement par mes collègues uniquement si je suis convaincu que la preuve dont je suis saisi l'exige ou que les décisions rendues sont erronées parce qu'elles ne tiennent pas compte d'un précédent obligatoire ou d'une loi pertinente. À cet égard, j'aimerais signaler que, bien que le dossier présenté devant moi inclue la preuve dont était saisie la Cour dans l'affaire *Thamotharem*, elle comprend également de nouveaux éléments de preuve qui ne faisaient pas partie du dossier dans cette affaire.

[36] Dans la présente instance, les observations des demandeurs s'appuient sur la conclusion du juge Blanchard dans la décision *Thamotharem* selon laquelle le pouvoir discrétionnaire des commissaires de la SPR a été entravé par la façon dont les Directives n° 7 ont été élaborées et imposées. Toutefois, comme il n'a pas statué que l'ordre des interrogatoires prévu dans les Directives allait, en soi, à l'encontre de l'équité procédurale, les demandeurs soutiennent collectivement

they contend, would include a right to an “examination-in-chief” by their counsel in advance of any questioning by the RPO or Board member. The applicants submit that this should be acknowledged by the Court to be an aspect of fundamental justice in the context of refugee hearings, as contemplated by section 7 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]] or, the very least, as a principle of natural justice in the common-law sense.

[37] One applicant, Shurlyn Jones (IMM-1877-05), submits that it is never permissible for an RPD member, in the absence of an RPO, to engage in questioning the claimant prior to claimant’s counsel and that this practice results in an apprehension of institutional bias and undermines claimants’ right to an impartial and independent tribunal.

[38] Another applicant, Mike Balomba (IMM-9797-04), contends that the equality rights guaranteed by section 15 of the Charter have been infringed in that refugee claimants are discriminated against by being denied the same procedural protections as other litigants before judicial and quasi-judicial bodies, notably those who appear before the other Divisions of the IRB.

[39] The respondent also starts from Justice Blanchard’s decision and urges that I follow his finding that fairness does not dictate a right to an “examination-in-chief.” The respondent asks the Court to conclude, on the basis of the fresh evidence before me, that the discretion of RPD members has not in fact been fettered by implementation of the Guideline. To the extent that any of the applicants perceive that the application of the Guideline has denied them a fair hearing, the respondent submits that they may seek a remedy in this Court, as they have, and that each case of

que la Cour devrait reconnaître qu’il convient d’appliquer une norme plus élevée d’équité procédurale dans les audiences concernant les demandes d’asile. Selon eux, cette norme inclurait un droit à un « interrogatoire principal » par leur avocat avant que l’APR ou un commissaire ne les interroge. Les demandeurs soutiennent que la Cour devrait reconnaître qu’il s’agit là d’un aspect de la justice fondamentale dans le contexte des audiences sur les demandes d’asile, tel qu’envisagé par l’article 7 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]] ou, à tout le moins, d’un principe de justice naturelle dans le sens où l’entend la common law.

[37] L’une des demanderesse, Shurlyn Jones (IMM-1877-05), soutient qu’un commissaire de la SPR ne peut jamais, en l’absence d’un APR, interroger le demandeur d’asile avant le procureur de celui-ci et que cette pratique entraîne une crainte de partialité institutionnelle et mine le droit des demandeurs d’asile de se faire entendre devant un tribunal impartial et indépendant.

[38] Un autre demandeur, Mike Balomba (IMM-9797-04), prétend qu’on a porté atteinte aux droits à l’égalité garantis par l’article 15 de la Charte en ce que les demandeurs d’asile font l’objet de discrimination puisqu’on leur refuse les mêmes protections procédurales dont bénéficient d’autres demandeurs qui se présentent devant des organismes judiciaires ou quasi judiciaires, notamment ceux qui sont convoqués devant les autres sections de la CISR.

[39] Le défendeur s’inspire également de la décision du juge Blanchard et me demande instamment de suivre sa conclusion selon laquelle l’équité ne dicte pas de droit à un « interrogatoire principal ». Le défendeur me demande de conclure, sur la base des nouveaux éléments de preuve dont je suis saisi, que le pouvoir discrétionnaire des commissaires de la SPR n’a pas réellement été entravé par l’application des directives. Il soutient que si les demandeurs croient que l’application des directives les a privés du droit à une audience équitable, ils peuvent demander réparation à la Cour,

alleged procedural unfairness should be reviewed on an individual basis.

[40] The respondent urges the Court to resolve the controversy between the parties on administrative law principles rather than upon a Charter analysis.

[41] Further, the respondent submits that any applicants who did not object to the Guideline 7 procedure in a timely manner before the refugee hearing or in their applications for leave to this Court, should not now be permitted to claim a denial of procedural fairness.

[42] I have concluded that the issues related to Guideline 7 in the 19 applications before me that I must address in these reasons are as follows:

1. What is the standard of review to be applied to the applications under review?
2. Whether an analysis of the Guideline 7 procedure pursuant to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* analysis is required and, if so, does it infringe fundamental justice under section 7 or violate section 15?
3. Was the procedure mandated by Guideline 7, in itself, contrary to common-law principles of natural justice?
4. Did the implementation of Guideline 7 fetter the discretion of Board members?
5. Is Guideline 7 beyond the scope of the Chairperson's authority to issue guidelines?
6. Does questioning by the Board member demonstrate a reasonable apprehension of institutional bias?
7. If natural justice is implicated, when must the applicant raise an objection to the use of Guideline 7?

comme ils l'ont fait, et que chaque allégation de manquement à l'équité procédurale devrait être examinée individuellement.

[40] Le défendeur demande instamment à la Cour de résoudre la controverse qui existe entre les parties selon les principes du droit administratif, plutôt qu'en se fondant sur la Charte.

[41] En outre, le défendeur soutient que les demandeurs qui ne se sont pas opposés en temps opportun à la procédure prévue dans les Directives n° 7 avant l'audience sur la demande d'asile ou dans leur demande d'autorisation adressée à la Cour ne devraient pas être autorisés à prétendre qu'il y a eu, dans leur cas, déni d'équité procédurale.

[42] J'ai conclu que les questions ayant trait aux Directives n° 7 dans les 19 demandes dont je suis saisi et que je dois traiter dans les présents motifs sont les suivantes :

1. Quelle est la norme de contrôle applicable aux demandes sous examen?
2. Une analyse de la procédure prévue dans les Directives n° 7 doit-elle être faite au regard de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, ces directives contreviennent-elles à la justice fondamentale garantie par l'article 7 ou enfreignent-elles l'article 15?
3. La procédure imposée par les Directives n° 7 est-elle, en soi, contraire aux principes de justice naturelle qui existent en common law?
4. La mise en œuvre des Directives n° 7 entrave-t-elle le pouvoir discrétionnaire des commissaires?
5. Les Directives n° 7 outrepassent-elles le pouvoir du président d'adopter des directives?
6. L'interrogatoire mené par le commissaire de la CISR entraîne-t-il une crainte raisonnable de partialité institutionnelle?
7. Si la justice naturelle entre en jeu, à quel moment le demandeur doit-il s'opposer à l'utilisation des Directives n° 7?

ANALYSIS

Standard of Review

[43] In applications for judicial review of the actions of administrative tribunals, the starting point is usually to determine the standard of review on a pragmatic and functional analysis. This is a question of law which must be decided by the Court even in cases where the parties are in agreement as to what that standard should be: *Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)*, [2004] 3 S.C.R. 152, at paragraph 6.

[44] However, as noted by Justice Blanchard in *Thamotharem*, at paragraph 15, a pragmatic and functional analysis is not required when the Court is assessing allegations of the denial of natural justice or procedural fairness: *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539. Instead, the Court must examine the specific circumstances of the case and determine whether the tribunal in question observed the duty of fairness. If the Court concludes that there has been a breach of natural justice or procedural fairness, no deference is due and the Court will set aside the decision of the Board.

[45] Where a breach of fairness is found to result from a reasonable apprehension of bias, the standard is particularly demanding, particularly where, as here, the rights of claimants in proceedings before the Board are at stake: *Kozak v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] 4 F.C.R. 377 (F.C.A.) (*Kozak*).

Application of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

[46] Two notices of constitutional question were served on the federal and provincial Attorneys General in these proceedings as required by section 57 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19; 2002, c. 8, s. 54] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)]. The notice filed in *Benitez* (IMM-9766-04) identifies three constitutional issues.

ANALYSE

La norme de contrôle

[43] Dans les demandes de contrôle judiciaire se rapportant à des mesures prises par les tribunaux administratifs, le point de départ consiste habituellement à déterminer la norme de contrôle à suivre selon une analyse pragmatique et fonctionnelle. Il s'agit d'une question de droit qui doit être tranchée par la Cour même dans les cas où les parties s'entendent sur la norme applicable : *Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)*, [2004] 3 R.C.S. 152, au paragraphe 6.

[44] Toutefois, comme le note le juge Blanchard dans la décision *Thamotharem*, au paragraphe 15, il n'est pas nécessaire que la Cour effectue une analyse pragmatique et fonctionnelle lorsqu'elle examine des allégations de manquement à la justice naturelle ou à l'équité procédurale : *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539. La Cour doit plutôt examiner les circonstances particulières de l'affaire et décider si le tribunal en cause s'est conformé à son obligation d'agir équitablement. Si elle arrive à la conclusion qu'il y a eu manquement à la justice naturelle ou à l'équité procédurale, elle n'est pas tenue de faire montre de déférence et elle doit annuler la décision de la CISR.

[45] Lorsque la Cour conclut qu'une crainte raisonnable de partialité a entraîné un manquement à l'équité, la norme est particulièrement exigeante, surtout lorsque, comme en l'espèce, les droits accordés aux demandeurs d'asile dans des procédures devant la CISR sont en jeu : *Kozak c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] 4 R.C.F. 377 (C.A.F.) (*Kozak*).

L'application de la *Charte canadienne des droits et libertés*

[46] Deux avis d'une question constitutionnelle ont été signifiés aux procureurs généraux du gouvernement fédéral et des provinces dans la présente instance comme l'exige l'article 57 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19; 2002, ch. 8, art. 54] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)]. L'avis déposé dans l'affaire

They are: (1) that the order of questioning mandated by paragraph 19 of Guideline 7 is contrary to section 7 of the Charter; (2) that Guideline 7 is also contrary to section 15 of the Charter because persons appearing before other tribunals have a right to present their evidence first, have their counsel present their evidence first, and have their counsel question first; and (3) that the failure to implement the Refugee Appeal Division is contrary to section 7. This third issue was not argued at the hearing. The notice filed in *Jones* (IMM-1877-05) states that by permitting the Board member to conduct an examination-in-chief of the claimant, paragraph 19 breaches the right to a fair and independent judiciary resulting in a reasonable apprehension of bias which is contrary to section 7 of the Charter.

Section 7

[47] There is no dispute between the parties that section 7 of the Charter is engaged in the refugee determination process as that question was determined by the Supreme Court in *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177 (*Singh*). The respondent takes the position, however, that there is no need for the Court to determine this matter on fundamental justice considerations as this case may be resolved through the application of administrative law principles respecting natural justice.

[48] I note that in *Thamotharem*, neither the applicant nor the intervener argued that the Chairperson's standard order of questioning procedure violates the principles of fundamental justice guaranteed under section 7 of the Charter. Rather, they based their submissions on the common-law principles of natural justice and procedural fairness. Accordingly, Justice Blanchard determined the content of the procedural protections to be afforded the applicant in that case by an analysis of the factors described by Justice L'Heureux-Dubé in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 (*Baker*). The applicants submit that should be the

Benitez (IMM-9766-04) énonce trois questions constitutionnelles, à savoir : 1) l'ordre des interrogatoires imposé par le paragraphe 19 des Directives n° 7 est contraire à l'article 7 de la Charte; 2) les Directives n° 7 sont aussi contraires à l'article 15 de la Charte parce que les personnes qui comparaissent devant d'autres tribunaux ont le droit de présenter leur preuve en premier lieu, de faire présenter leur preuve d'abord par leur avocat, et d'être interrogées en premier lieu par leur avocat; et 3) l'omission d'instaurer la Section d'appel des réfugiés est contraire à l'article 7. Cette troisième question n'a pas été débattue à l'audience. L'avis déposé dans l'affaire *Jones* (IMM-1877-05) fait valoir qu'en autorisant le commissaire à mener un interrogatoire principal auprès du demandeur d'asile, le paragraphe 19 prive celui-ci de son droit d'être entendu par un appareil judiciaire équitable et indépendant, ce qui entraîne une crainte raisonnable de partialité qui est contraire à l'article 7 de la Charte.

L'article 7

[47] Les parties conviennent que l'article 7 de la Charte intervient dans le processus de détermination du statut de réfugié comme l'a statué la Cour suprême dans l'arrêt *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177 (*Singh*). Toutefois, le défendeur prétend qu'il n'est pas nécessaire que la Cour décide de cette question en s'appuyant sur des considérations de justice fondamentale étant donné qu'elle peut la résoudre en appliquant les principes de droit administratif ayant trait à la justice naturelle.

[48] Je note que, dans l'affaire *Thamotharem*, ni le demandeur, ni l'intervenant n'ont fait valoir que l'ordre normalisé des interrogatoires prévu par le président viole les principes de justice fondamentale garantis par l'article 7 de la Charte. Ils ont plutôt fondé leurs arguments sur les principes de common law relatifs à la justice naturelle et à l'équité procédurale. Par conséquent, le juge Blanchard a décidé de la teneur des protections procédurales qui devaient être accordées au demandeur dans cette affaire en analysant les facteurs décrits par la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 (*Baker*). Les

starting point in considering fundamental justice.

[49] As held in *Singh*, the Charter protects the personal security interests of Convention refugee status claimants. Those interests are engaged by the risk of being returned to persecution and claimants are thus entitled to fundamental justice in the determination of their status. “Fundamental justice”, as used in Charter section 7, is broader than the administrative law concept of natural justice. It encompasses substantive as well as procedural elements. At a minimum, fundamental justice in the refugee determination context requires that claimants are provided with an adequate opportunity to state their case and to know the case they have to meet. In *Singh*, the Supreme Court found that this requires notice and an oral hearing, although how that hearing was to be conducted was not specified.

[50] The applicants submit that refugee determination proceedings are quasi-judicial in nature because the Board has some of the trappings of a judicial body, adjudicates on individual rights, is statutorily mandated to hold hearings to make findings of fact, and must identify the relevant laws and apply them to the facts as found. Accordingly, the applicants submit, the procedures employed by the Board will not meet minimum standards of fairness if they deviate significantly from the curial mode. Moreover, as held in *Singh*, administrative convenience and considerations such as the interest of the tribunal in quicker resolution of cases cannot be determinative of fundamental justice principles. That is the important difference, they submit, between a natural justice argument and a fundamental justice argument—the needs of the tribunal, relevant to a natural justice analysis, cannot trump the Charter rights of the individual.

demandeurs soutiennent qu’il devrait s’agir là du point de départ dans tout examen portant sur la justice fondamentale.

[49] Comme il a été statué dans l’arrêt *Singh*, la Charte protège les intérêts relatifs à la sécurité des personnes qui revendiquent le statut de réfugié au sens de la Convention. Ces intérêts sont en jeu du fait que les demandeurs en question risquent d’être renvoyés dans un pays où ils pourraient être persécutés et ils ont donc droit à ce que leur statut soit déterminé selon les principes de justice fondamentale. La « justice fondamentale », au sens où cette expression est utilisée à l’article 7 de la Charte, est un concept plus large que celui de justice naturelle en droit administratif. Il englobe des éléments de fond tout autant que des éléments procéduraux. À tout le moins, dans le contexte de la détermination du statut de réfugié, la justice fondamentale exige que les demandeurs aient une possibilité suffisante d’exposer leur cause et de savoir ce qu’ils doivent prouver. Dans l’arrêt *Singh*, la Cour suprême a statué qu’il faut pour cela un avis et une audience, bien qu’elle n’ait pas précisé la façon dont cette audience devrait se dérouler.

[50] Les demandeurs soutiennent que la procédure de détermination du statut de réfugié est de nature quasi judiciaire, parce que la CISR possède certains des attributs d’un organisme judiciaire, qu’elle se prononce sur des droits individuels, que la loi l’oblige à tenir des audiences pour tirer des conclusions de fait, et qu’elle doit identifier les lois pertinentes et les appliquer aux faits tels qu’ils existent. Par conséquent, selon les demandeurs, les procédures employées par la CISR ne peuvent respecter les normes d’équité minimales si elles s’éloignent considérablement du mode judiciaire. Qui plus est, comme il a été statué dans l’arrêt *Singh*, la commodité administrative et des considérations telles que l’intérêt qu’a le tribunal à résoudre plus rapidement les cas dont il est saisi ne peuvent être des aspects déterminants des principes de justice fondamentale. C’est la différence importante qui existe, selon eux, entre un argument fondé sur la justice naturelle et un argument fondé sur la justice fondamentale—les exigences du tribunal, dans le contexte d’une analyse des principes de justice naturelle, ne peuvent l’emporter sur les droits d’une personne qui lui sont garantis par la Charte.

[51] The fundamental principles at stake here, the applicants submit, are the right to counsel and the right to be heard. Both principles, they argue, are undermined by the standard order of questioning procedure adopted by the Board, as the practice diminishes the role of counsel in assisting the client and prevents the claimant from adequately presenting his or her case.

[52] The issue was framed in somewhat different terms during oral argument. Counsel submitted that the two principles at play, the right to counsel and to be heard meet the test of fundamental justice principles defined by the Supreme Court in *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 76, i.e., they are legal principles, vital to our societal notion of justice and can be applied with precision and applied predictably. Counsel suggested, however, that the issue before the Court was slightly more subtle (transcript, at page 76):

It is whether or not within the context of a refugee hearing the right to be heard . . . encompasses the right of counsel to determine whether or not he will examine in chief.

[53] I have some difficulty with the notion that the rights at issue in these proceedings are those of counsel. This may have been just a matter of unfortunate phrasing but a recurring theme throughout the oral argument was that what upset counsel most was the loss of control over the presentation of the claimant's case in the hearing setting.

[54] I accept that counsel, generally, have spent considerable time with the claimants prior to the hearings, have gained their trust and know the evidence to be adduced and the claimants' frailties. Many claimants will have been traumatized from their past experiences, as was indicated by Dr. Payne in his evidence. Should the RPO or the Board member, strangers to the claimants, question first, the claimants may be exposed to unnecessary stress that may make it difficult for them to be properly heard.

[51] Selon les demandeurs, les principes fondamentaux qui sont en jeu en l'espèce sont le droit à un avocat et le droit d'être entendu. Toujours selon eux, l'ordre normalisé des interrogatoires adopté par la CISR porte atteinte à ces deux principes, étant donné que cette pratique diminue le rôle d'assistance de l'avocat envers son client et empêche le demandeur d'asile d'exposer convenablement sa cause.

[52] Cette question a été formulée dans des termes quelque peu différents au cours de la plaidoirie. Les avocats ont fait valoir que les deux principes en cause, le droit à un avocat et le droit d'être entendu, respectent le critère des principes de justice fondamentale établi par la Cour suprême dans *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76, à savoir que ce sont des principes juridiques, fondamentaux dans la notion de justice de notre société et qu'ils peuvent être appliqués avec précision et d'une façon prévisible. Toutefois, les avocats font valoir que la question dont est saisie la Cour en l'espèce est un peu plus subtile, savoir (transcription, à la page 76) :

[TRADUCTION] Il faut décider si, dans le contexte d'une audience relative à une demande d'asile, le droit d'être entendu [. . .] englobe le droit de l'avocat de déterminer s'il procédera ou non à un interrogatoire principal.

[53] J'ai quelque difficulté à accepter que les droits en cause dans la présente instance sont ceux de l'avocat. Il se peut que cela ne soit dû qu'à une formulation boiteuse, mais pendant toute la plaidoirie on a répété à plusieurs reprises que ce qui frustré au plus haut point les avocats, c'est la perte de contrôle sur la présentation du cas du demandeur d'asile dans le cadre de l'audience.

[54] Je reconnais qu'en règle générale les avocats ont passé beaucoup de temps avec les demandeurs d'asile avant les audiences, qu'ils ont gagné leur confiance et qu'ils connaissent la preuve à présenter, ainsi que les points vulnérables de leurs clients. Bon nombre de demandeurs d'asile ont été traumatisés par leurs expériences passées, comme l'a précisé le D^r Payne dans son témoignage. Si l'APR ou le commissaire, qui ne les connaissent pas, les interrogent en premier lieu, ils risquent d'exposer ces personnes à un stress inutile qui peut ajouter à la difficulté pour eux de bien se faire comprendre.

[55] In the applicants' submissions, this vulnerability requires that the highest order of procedural protection be applied in refugee determinations and that the application of Guideline 7 be reviewed on fundamental justice standards. In my view, that vulnerability calls for sensitivity and discretion to be exercised by whomever is examining the claimant. Experienced RPOs and Board members may be more adept at it than inexperienced or poorly trained counsel.

[56] The respondent submits that fundamental justice does not require that a claimant for refugee status have a right to an "examination-in-chief". The proceedings are administrative in nature and the role of the hearings has to be considered in the context of the entire inquiry into the validity of the claim. There is no party adverse in interest to the claimant, unless the Minister intervenes on exclusion grounds, which happens in a small percentage of cases.

[57] As a general rule, the courts should endeavour to avoid expressing an opinion on a question of law where it is not necessary to do so in order to dispose of a case, especially when the question of law that need not be decided is a constitutional question: *Attorney General (Que.) and Glassco v. Cumming*, [1978] 2 S.C.R. 605, at page 611; *Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry in the Westray Mine Tragedy)*, [1995] 2 S.C.R. 97, at paragraph 9; *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 S.C.R. 530.

[58] I note that in *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84, at paragraph 19, Justice Iacobucci stated that it was not necessary to consider the scope of section 7 in a case arising in the immigration context as it could be decided on administrative law principles and statutory interpretation. The same conclusion was reached by the Supreme Court in *Baker*, above, at paragraph 11. In *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, the Court discouraged litigants from seeking the use of "Charter values" to interpret legislation when it was not absolutely necessary to resolve ambiguity.

[55] Selon les prétentions des demandeurs, cette vulnérabilité exige qu'une protection procédurale optimale soit assurée dans l'étude des demandes d'asile et que l'application des Directives n° 7 soit examinée selon les normes de la justice fondamentale. À mon avis, cette vulnérabilité exige de quiconque interroge le demandeur d'asile qu'il fasse preuve de sensibilité et de discrétion. Les APR et les commissaires expérimentés ont parfois plus de facilité à adopter une telle conduite que des avocats manquant d'expérience ou de formation.

[56] Le défendeur fait valoir que la justice fondamentale n'exige pas qu'un demandeur d'asile ait droit à un « interrogatoire principal ». La procédure est de nature administrative et le rôle des audiences doit être examiné dans le contexte de l'ensemble de l'enquête sur la validité de la demande. Il n'y a pas de partie dont les intérêts s'opposent à ceux du demandeur, à moins que le ministre n'intervienne pour des motifs d'exclusion, ce qui se produit rarement.

[57] En règle générale, les tribunaux devraient éviter de se prononcer sur une question de droit quand cela n'est pas nécessaire pour disposer d'un cas, surtout quand cette question de droit est une question constitutionnelle : *Procureur général (Qué.) et Glassco c. Cumming*, [1978] 2 R.C.S. 605, à la page 611; *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97, au paragraphe 9; *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530.

[58] Je note que, dans l'arrêt *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, au paragraphe 19, le juge Iacobucci a déclaré qu'il n'était pas nécessaire de traiter de la portée de l'article 7 dans une cause en matière d'immigration, étant donné que la Cour pouvait statuer sur le pourvoi en appliquant les principes de droit administratif et d'interprétation des lois. La Cour suprême est parvenue à la même conclusion dans l'arrêt *Baker*, précité, au paragraphe 11. Dans l'arrêt *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, la Cour a dissuadé les justiciables de chercher à invoquer les « valeurs de la Charte » pour interpréter la loi quand cela n'était pas absolument nécessaire pour résoudre une ambiguïté.

[59] In *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3 (*Suresh*), the Supreme Court made the following comment in relation to the scope of fundamental justice at paragraph 113:

The principles of fundamental justice of which s. 7 speaks, though not identical to the duty of fairness elucidated in *Baker*, are the same principles underlying that duty. As Professor Hogg has said, “The common law rules [of procedural fairness] are in fact basic tenets of the legal system, and they have evolved in response to the same values and objectives as s. 7”: see P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.) vol. 2, at para. 44.20. In *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at pp. 212-13, Wilson J. recognized that the principles of fundamental justice demand, at a minimum, compliance with the common law requirements of procedural fairness. Section 7 protects substantive as well as procedural rights: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*. Insofar as procedural rights are concerned, the common law doctrine summarized in *Baker*, *supra*, properly recognizes the ingredients of fundamental justice. [Emphasis added.]

[60] The applicants seek to elevate the issue of the order of questioning in refugee determination proceedings to a level where constitutional protection would be required and appropriate. While it is an important issue in light of the security of the person interests that are affected by the fairness of the refugee determination process, I am satisfied that this case concerns classic administrative law issues that may be determined under the principles of natural justice and fairness without invoking the Charter. As noted in *Suresh*, the principles underlying the duty of fairness are the same as those of which section 7 speaks in the procedural context. This controversy can be properly dealt with on the basis of the procedural protections reflected in the common-law doctrine of fairness.

[61] I find, therefore, that it is not necessary for the Court to determine the scope and effect of fundamental justice under section 7 with regard to the application of the Guideline. If I am wrong in that regard, I would conclude that fundamental justice does not require that

[59] Dans l’arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3 (*Suresh*), la Cour suprême a fait l’observation suivante relativement à la portée de la justice fondamentale au paragraphe 113 :

Bien que les principes de justice fondamentale visés à l’art. 7 ne correspondent pas en tous points à l’obligation d’équité clarifiée dans *Baker*, ils sont les mêmes que ceux qui la sous-tendent. Pour reprendre les propos du professeur Hogg : [TRADUCTION] « Les règles de la common law [relatives à l’équité procédurale] sont en fait des préceptes fondamentaux du système juridique, et elles ont évolué en fonction des mêmes valeurs et des même objectifs que l’art. 7 » : voir P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 2, par. 44.20. Dans *Singh c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, p. 212-213, madame le juge Wilson a reconnu que les principes de justice fondamentale exigeaient à tout le moins le respect des règles de la common law en matière d’équité procédurale. L’article 7 protège tout autant les droits procéduraux que les droits substantiels : *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité. En ce qui a trait aux droits procéduraux, la règle de la common law résumée dans *Baker*, précité, décrit correctement les éléments de la justice fondamentale. [Non souligné dans l’original.]

[60] Les demandeurs souhaitent élever la question de l’ordre des interrogatoires dans les instances ayant trait aux demandes d’asile à un niveau où la protection constitutionnelle serait nécessaire et appropriée. Bien que cela soit une question importante au vu des intérêts relatifs à la sécurité de la personne qui sont touchés par l’équité du processus de détermination du statut de réfugié, je suis convaincu que cette affaire concerne des questions classiques de droit administratif qui peuvent être tranchées en vertu des principes de justice naturelle et d’équité sans qu’il soit besoin d’invoquer la Charte. Comme il a été noté dans *Suresh*, les principes qui sous-tendent l’obligation d’équité sont les mêmes que ceux dont traite l’article 7 dans le contexte procédural. Cette controverse peut être résolue comme il se doit en s’appuyant sur les protections procédurales dont il est question dans la doctrine d’équité de la common law.

[61] Par conséquent, j’estime qu’il n’est pas nécessaire que la Cour détermine la portée et l’effet de la justice fondamentale garantie par l’article 7 au regard de l’application des directives. Si j’ai tort sur ce point, je conclurais que la justice fondamentale n’exige pas que

the questioning order employed in the civil and criminal courts be extended to refugee determination hearings. That procedural order was developed in the context of adversarial proceedings and strict rules of evidence in which the role of the Court was to oversee the contest between the parties, decide issues of law and instruct a jury, if sitting with one, or itself, if sitting alone, to find the facts and apply the law within the narrow confines of the pleadings or indictment.

[62] I recognize that the language of court procedures has crept into the practice of the IRB. Counsel and, indeed, Board members in their decisions speak of “examination-in-chief” and “cross-examination” and describe the procedure mandated by Guideline 7 as a “reverse order” of questioning. But the nature of the hearings before the RPD is meant to be administrative and non-adversarial, as is reflected in the language of subsection 162(2) and section 170 of the statute. If Parliament had intended that these hearings employ court procedures it could easily have said so. The legislative intent is to the contrary.

[63] Subsection 162(2) provides that “[e]ach Division shall deal with all proceedings before it as informally and quickly as the circumstances and the considerations of fairness and natural justice permit.” While section 170 states that the RPD must give the claimant and the Minister a reasonable opportunity to present evidence, question witnesses and make representations, the procedure is not bound by “legal or technical rules of evidence”.

[64] These provisions indicate to me a legislative intention to avoid the formalities which are attendant upon court hearings in civil or criminal proceedings. This legislative intention is not inconsistent with the requirements of fundamental justice. I note that the Supreme Court has cautioned against extending the procedural rights provided by the Charter for criminal cases to administrative law cases: *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, at paragraph 88.

l'ordre des interrogatoires suivi devant les tribunaux civils et criminels s'étend aux audiences relatives aux demandes d'asile. Cet ordre procédural a été élaboré dans le contexte d'une procédure accusatoire et de règles strictes de preuve où le rôle de la Cour consiste à résoudre le conflit entre les parties, à se prononcer sur des questions de droit et à instruire le jury ou le juge siégeant seul, selon le cas, qu'il s'agit de déterminer les faits pertinents et à appliquer la loi dans les limites bien définies du plaidoyer ou de l'accusation.

[62] Je reconnais que le langage des procédures judiciaires s'est infiltré dans la pratique de la CISR. Les avocats et, en fait, les commissaires utilisent dans leur décision les expressions « interrogatoire principal » et « contre-interrogatoire » et décrivent la procédure imposée par les Directives n° 7 comme étant un « ordre inversé » d'interrogatoires. Mais les audiences qui se déroulent devant la SPR sont de nature administrative et non accusatoire, comme il ressort du texte du paragraphe 162(2) et de l'article 170 de la Loi. Si le législateur avait eu l'intention que la procédure judiciaire soit suivie au cours de ces audiences, il aurait pu facilement le dire. Mais il a visiblement eu l'intention contraire.

[63] Le paragraphe 162(2) prévoit ce qui suit : « [C]haque des sections fonctionne, dans la mesure où les circonstances et les considérations d'équité et de justice naturelle le permettent, sans formalisme et avec célérité ». L'article 170 dispose que la SPR doit donner au demandeur d'asile et au ministre la possibilité de produire des éléments de preuve, d'interroger des témoins et de présenter des observations, mais il précise qu'elle n'est pas liée par « des règles légales ou techniques de présentation de la preuve ».

[64] Ces dispositions m'indiquent que le législateur avait l'intention d'éviter les formalités qui sont accessoires aux audiences dans des instances civiles ou criminelles. Cette intention du législateur n'est pas incompatible avec les exigences de la justice fondamentale. Je note que la Cour suprême a fait une mise en garde contre la tentative d'étendre les droits procéduraux garantis par la Charte pour des causes criminelles à des cas de droit administratif : *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, au paragraphe 88.

[65] The Board should not be held to the same procedural standards as a judicial body. In *Kozak*, above, the Court of Appeal in commenting [at paragraph 55] on the Board's "uniquely difficult mandate of administrative adjudication" had this to say at paragraph 56:

In view of these challenges, the Board has had to devise means of maintaining and enhancing the consistency and quality of its decisions, which is of critical importance to its ability to perform its statutory functions and to retain its legitimacy. To this end, the Board's procedure should not be confined in a model of due process that draws exclusively on the judicial paradigm and discourages innovation. Nonetheless, procedures designed to increase quality and consistency cannot be adopted at the expense of the duty of each panel to afford to the claimant before it a high degree of impartiality and independence. [Emphasis added.]

[66] What constitutes a "reasonable opportunity to present evidence" must depend upon the circumstances of each case. It may be that in a particular refugee determination hearing it would be necessary for the claimant's counsel to question first in order to ensure that his or her evidence is properly presented. But I have difficulty understanding why that would be necessary in every case or why it is essential in fundamental justice terms that the claimant have the option at his or her discretion to determine the order of questioning, as the applicants have argued.

[67] Under Guideline 7, it remains open to each claimant in a refugee determination hearing to fully present any element of his or her case that the RPO or Board member does not explore in their initial questioning and to have the effective assistance of counsel in so doing. Were it to foreclose such an opportunity, I would have no hesitation in finding that the right to a hearing was being denied. But that is not the result of the implementation of Guideline 7. While fundamental justice entitles a refugee claimant to a fair hearing, it does not entitle him or her to "the most favourable procedures that could possibly be imagined": *R v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at page 362; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3, at paragraph 46.

[65] La CISR ne devrait pas être tenue aux mêmes normes procédurales qu'un tribunal judiciaire. Dans l'arrêt *Kozak*, précité, la Cour d'appel [au paragraphe 55], en commentant le « mandat [. . .] de rendre des décisions administratives est particulièrement difficile » de la CISR disait ceci au paragraphe 56 :

Pour faire face à ces défis, la Commission a dû trouver des moyens de maintenir et d'accroître la cohérence et la qualité de ses décisions afin de pouvoir s'acquitter des fonctions que la loi lui confie et conserver sa légitimité. Aussi, la procédure de la Commission ne doit pas se limiter à un modèle d'application régulière de la loi s'inspirant uniquement du paradigme judiciaire et décourageant l'innovation. Les procédures destinées à accroître la qualité et la cohérence ne doivent toutefois pas être adoptées au détriment de l'obligation de chaque formation d'assurer au demandeur qui comparait devant elle un degré élevé d'impartialité et d'indépendance. [Non souligné dans l'original.]

[66] Ce qui constitue une « possibilité raisonnable de présenter des éléments de preuve » doit dépendre des circonstances de chaque cas. Il se peut qu'au cours de l'audition d'une demande d'asile particulière, il soit nécessaire que l'avocat du demandeur l'interroge en premier lieu pour s'assurer que sa preuve est correctement présentée. Toutefois, j'ai de la difficulté à comprendre pourquoi cela devrait être nécessaire dans tous les cas ou pourquoi il est essentiel, en termes de justice fondamentale, que le demandeur d'asile ait la faculté de déterminer, à sa discrétion, l'ordre des interrogatoires, comme l'ont fait valoir les demandeurs.

[67] En vertu des Directives n° 7, il reste loisible à chaque demandeur au cours d'une audience sur une demande d'asile de présenter complètement tous les éléments de sa cause que l'APR ou le commissaire n'abordent pas dans son interrogatoire initial et de se faire aider en cela par son avocat. Si on lui refusait une telle possibilité, je n'aurais aucune hésitation à conclure qu'il a été privé de son droit de se faire entendre. Mais ce n'est pas le résultat de l'application des Directives n° 7. Bien que la justice fondamentale donne à un demandeur d'asile le droit à une audience équitable, elle ne lui donne pas le droit de bénéficier « des procédures les plus favorables que l'on puisse imaginer » : *R c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la page 362; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3, au paragraphe 46.

Section 15

[68] With regard to section 15 of the Charter, counsel for one of the applicants has argued that refugee claimants are discriminated against because they do not have the right to present their evidence first and to have their counsel question them first, in contrast to the procedure before other tribunals, including the other IRB Divisions. This argument is advanced on a hypothetical and theoretical basis without reference to a factual foundation other than that revealed by the Guideline 7 documentation filed in these proceedings.

[69] There is no evidence before me as to the practice of other administrative tribunals and I am not prepared to speculate as to what their practices might be based on my own knowledge or counsel's submissions. In so far as the proceedings before the other IRB Divisions are concerned, the only material that I have indicates that they are in fact adversarial and involve parties with opposing interests. Thus, I would have difficulty finding that they are suitable comparators for the purpose of a section 15 analysis.

[70] In *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357, the Supreme Court of Canada cautioned that Charter decisions should not be made in a factual vacuum as doing so would both trivialize the Charter and result in ill-considered opinions.

[71] I am satisfied that there is an insufficient factual basis in this case upon which the Court could decide whether claimants in refugee determination proceedings were discriminated against through the implementation of Guideline 7 as contemplated by section 15 of the Charter. And, as discussed above, it is not necessary to determine the question when there is an adequate alternative remedy available to the applicants at common law. Accordingly, I decline to address that question.

L'article 15

[68] Pour ce qui concerne l'article 15 de la Charte, l'avocat de l'un des demandeurs a fait valoir que les demandeurs d'asile font l'objet de discrimination parce qu'ils n'ont pas le droit de présenter d'abord leur preuve et d'obtenir que leur avocat les interroge en premier, contrairement à la procédure qui se déroule devant d'autres tribunaux, y compris les autres sections de la CISR. Cet argument est présenté sur une base hypothétique et théorique sans aucune référence à un fondement factuel autre que celui que révèlent les documents relatifs aux Directives n° 7 qui ont été déposés dans la présente instance.

[69] Je ne suis saisi d'aucune preuve quant à la pratique qui est suivie devant d'autres tribunaux administratifs et je ne suis pas disposé à conjecturer ce que peut être le fondement de leurs pratiques en m'appuyant sur mes propres connaissances ou sur les observations des avocats. Pour ce qui concerne la procédure suivie devant les autres sections de la CISR, les seuls documents dont je dispose révèlent que cette procédure est en fait accusatoire et qu'elle met en cause des parties ayant des intérêts opposés. J'ai donc de la difficulté à conclure qu'il s'agit là d'éléments comparatifs adéquats pour les fins d'une analyse fondée sur l'article 15.

[70] Dans l'arrêt *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357, la Cour suprême du Canada a fait la mise en garde suivante : les décisions relatives à la Charte ne doivent pas être rendues dans un vide factuel car cela banaliserait la Charte et produirait des opinions mal motivées.

[71] Je suis convaincu qu'il n'y a pas en l'espèce de fondement factuel suffisant pour permettre à la Cour de décider si les demandeurs d'asile dans les procédures visant à déterminer le statut de réfugié font l'objet de discrimination du fait de l'application des Directives n° 7 au sens où l'entend l'article 15 de la Charte. En plus, comme je l'ai dit ci-dessus, il n'est pas nécessaire de décider de cette question quand il existe un redressement subsidiaire adéquat dont peuvent se prévaloir les demandeurs en vertu de la common law. Par conséquent, je refuse de traiter de cette question.

Is the procedure mandated by Guideline 7 and adopted by the tribunal contrary to natural justice?

[72] The question of whether the order of questioning implemented by the Board under Guideline 7 is, in itself, inconsistent with natural justice was addressed in a number of decisions of this Court prior to *Thamotharem*. In none of these decisions was “reverse order questioning” alone found to deny procedural fairness: *B.D.L. v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 866 (*B.D.L.*); *Cortes Silva v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 738 (*Cortes Silva*); *Martinez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1121 (*Martinez*); *Fabiano v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1260 (*Fabiano*); *Liang v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 622 (*Liang*); and *Zaki v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 48 Imm. L.R. (3d) 149 (F.C.) (*Zaki*).

[73] In general, the common view expressed by my colleagues in these decisions is that the procedure followed in each case had to be examined to determine whether there had been a breach of fairness. As stated by the Court in *Zaki*, above, at paragraph 14:

Although the Guideline per se is not, in my view, procedurally unfair, it may well be that its implementation in any given case is done in such a way as to lead to a conclusion that a claimant was not afforded an opportunity to make his case. The relevant question is whether the procedure, on the facts of this case, resulted in unfairness to the Applicant.

[74] Justice Blanchard reviewed these decisions in *Thamotharem* and found that, while instructive, they were not determinative of the issues before him. The Court had not previously had the benefit of the extensive evidence and submissions that were presented by the parties and by the intervener in that case. The issues had not been as comprehensively canvassed and argued. Accordingly, Justice Blanchard revisited the question of whether the application of Guideline 7, was, in itself,

La procédure imposée par les Directives n° 7 et adoptée par le tribunal est-elle contraire à la justice naturelle?

[72] La question de savoir si l'ordre des interrogatoires adopté par la Commission en vertu des Directives n° 7 est, en soi, contraire à la justice naturelle a été abordée dans bon nombre de décisions de la présente Cour avant la décision *Thamotharem*. Dans aucune de ces décisions n'a-t-on conclu que « l'ordre inversé des interrogatoires » à lui seul privait un demandeur d'asile du droit à l'équité procédurale : *B.D.L. c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 866 (*B.D.L.*); *Cortes Silva c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 738 (*Cortes Silva*); *Martinez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1121 (*Martinez*); *Fabiano c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1260 (*Fabiano*); *Liang c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 622 (*Liang*); et *Zaki c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1066 (*Zaki*).

[73] En général, l'opinion commune exprimée par mes collègues dans ces décisions est que la procédure suivie dans chaque cause a dû être examinée pour déterminer s'il y avait eu manquement à l'équité. Comme le déclare la Cour dans la décision *Zaki*, précitée, au paragraphe 14 :

À mon avis, les Directives ne constituent pas en soi un manquement à l'équité procédurale, mais il se peut fort bien que, dans un cas donné, elles soient appliquées de telle manière que l'on puisse affirmer qu'un demandeur d'asile n'a pas eu la possibilité d'exposer ses arguments. Le point à décider est celui de savoir si, eu égard aux circonstances de la présente affaire, la procédure a entraîné une iniquité pour le demandeur.

[74] Le juge Blanchard a passé en revue ces décisions dans l'affaire *Thamotharem* et a conclu que, bien qu'elles fussent instructives, elles ne lui permettaient pas de trancher de façon décisive les questions dont il était saisi. La Cour n'avait pas bénéficié auparavant d'éléments de preuve et d'arguments aussi nombreux que ceux qui ont été présentés par les parties et par l'intervenant dans cette affaire. Les questions n'avaient pas été formulées et débattues de façon aussi

inconsistent with procedural fairness.

[75] I have had the benefit of the thorough review of that question which Justice Blanchard conducted together with the submissions of counsel in these proceedings which have largely focused on his analysis.

[76] In an effort to establish that the Court has previously recognized that fairness dictates that refugee claimants must be examined first by their counsel, the applicants have cited several decisions in which the conduct of the hearing was in question. These include *Kante v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] F.C.J. No. 525 (T.D.) (QL); *Ganji v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1997), 135 F.T.R. 283 (F.C.T.D.) (*Ganji*); *Atwal v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 157 F.T.R. 258 (F.C.T.D.); and *Veres v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 2 F.C. 124 (T.D.).

[77] These decisions were also the subject of submissions to the Court in *Thamotharem*. Following a review of each case, Justice Blanchard expressed the following conclusion at paragraph 46 of his reasons:

In my opinion, in none of these cases did the Court establish that the principles of natural justice and procedural fairness require that refugee claimants be questioned by their counsel first. In fact, whether the Board's choice of the order of questioning accorded with natural justice or procedural fairness was not before the Court in any of the cases. The cases all dealt with specific circumstances in which the Court held that the Refugee Board's conduct of the hearing was improper or led to an error in the Board's findings of fact.

And further at paragraph 53:

In my opinion, the cases cited by the applicant and the interveners do not lead to the conclusion that a meaningful

approfondie que par le passé. En conséquence, le juge Blanchard a réexaminé la question de savoir si l'application des Directives n° 7 était, en soi, incompatible avec l'équité procédurale.

[75] J'ai eu l'avantage de prendre connaissance de l'examen approfondi qu'a fait le juge Blanchard de cette question, de même que des arguments présentés par les avocats dans la présente instance et qui se fondent largement sur son analyse.

[76] S'efforçant d'établir que la Cour a déjà reconnu que l'équité accorde aux demandeurs d'asile le droit d'être d'abord interrogés par leur avocat, les demandeurs ont cité plusieurs décisions dans lesquelles la conduite de l'audience était en cause. Ces décisions comprennent les suivantes : *Kante c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 525 (1^{re} inst.) (QL); *Ganji c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] A.C.F. n° 1120 (1^{re} inst.) (QL) (*Ganji*); *Atwal c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] A.C.F. n° 1693 (1^{re} inst.) (QL); et *Veres c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] 2 C.F. 124 (1^{re} inst.).

[77] Ces décisions ont également fait l'objet d'observations présentées à la Cour dans l'affaire *Thamotharem*. Après l'examen de chaque cas, le juge Blanchard a exprimé la conclusion suivante au paragraphe 46 de ses motifs :

À mon avis, la Cour n'a statué dans aucun de ces cas que les principes de justice naturelle et d'équité procédurale exigent qu'un demandeur d'asile soit d'abord interrogé par son procureur. En fait, la Cour n'était saisi dans aucune de ces affaires de la question de savoir si l'ordre des interrogatoires choisi par la Section était conforme à la justice naturelle ou à l'équité procédurale. Toutes ces décisions concernaient des circonstances particulières et, dans tous les cas, la Cour a statué que la Section des réfugiés n'avait pas dirigé l'audience de manière appropriée ou que la conduite de l'audience avait amené la Section à tirer des conclusions de fait erronées.

Il ajoute ensuite au paragraphe 53 :

À mon avis, les décisions invoquées par le demandeur et l'intervenant ne permettent pas de conclure qu'une possibilité

opportunity to present one's case includes a right to question first. Rather, they reaffirm that the Board is entitled to control the procedures of a hearing but that the Board must conduct the hearing in a way that does not unfairly restrict the claimant's right to present her or his case.

[78] Having closely reviewed the reasons in each of the cases cited above and considered the arguments of counsel, I see no reason to depart from the conclusions reached by my colleague in *Thamotharem* on the correct interpretation of these prior decisions. While the reasons for decision contain statements which may be construed as lending support for the notion that a fair hearing requires that the claimant's counsel question first, a close examination discloses that the Court in each case was more concerned with whether the hearing, as a whole, was fair than with the order of questioning. The order of questioning may have contributed to unfairness in a particular case but was not determinative of that finding.

[79] The applicants rely in particular upon two decisions of this Court: *Herrera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1724 (*Herrera*) and *Sandor v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 266 F.T.R. 311 (F.C.) (*Sandor*). *Herrera* was considered by Justice Blanchard and distinguished. *Sandor* was, I believe, not addressed before Justice Blanchard.

[80] In *Herrera*, the Court held that a hearing had been unfairly conducted where the applicant's counsel had consented to the RPO questioning first, to be followed by the RPD member. The applicants rely on paragraph 4 of the reasons which reads as follows:

As argued by Counsel for the applicant in the present application, a serious due process issue exists as to whether there was a fair hearing before the RPD. At the hearing, the applicant was not allowed to lead his evidence, but instead, the Refugee Protection Officer was instructed to question first, and then, the RPD followed with what I find is accurately

raisonnable d'exposer sa cause inclut le droit d'être le premier à poser des questions. En fait, ces décisions confirment de nouveau que la Section peut contrôler le déroulement d'une audience, mais qu'elle doit mener celle-ci sans limiter de manière inéquitable le droit du demandeur d'exposer sa cause.

[78] Après avoir examiné minutieusement les motifs donnés dans chacune des causes citées ci-dessus et avoir examiné les arguments des avocats, je ne vois aucune raison de m'écarter des conclusions auxquelles est parvenu mon collègue dans *Thamotharem* sur l'interprétation qu'il convient de donner à ces décisions antérieures. Bien que les motifs à l'appui de la décision renferment des déclarations qui peuvent être interprétées comme favorables à l'idée que le principe de l'audience équitable exige que le procureur du demandeur d'asile soit le premier à poser des questions, un examen détaillé révèle que, dans chaque cas, la Cour était plus préoccupée par la question de savoir si l'audience, dans son ensemble, avait été équitable que par l'ordre des interrogatoires. L'ordre des interrogatoires peut avoir contribué à un résultat inéquitable dans un cas particulier, mais ce n'était pas l'élément décisif qui a permis de parvenir à cette conclusion.

[79] Les demandeurs s'appuient en particulier sur deux décisions de la Cour : *Herrera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1724 (*Herrera*) et *Sandor c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1782 (*Sandor*). La décision *Herrera* a été examinée par le juge Blanchard, qui en a fait la distinction avec le cas dont il était saisi. Je ne crois pas que la décision *Sandor* ait été débattue devant le juge Blanchard.

[80] Dans *Herrera*, la Cour a statué qu'une audience avait été menée d'une manière inéquitable parce que le procureur du demandeur avait consenti à ce que l'APR soit le premier à interroger son client, suivi du commissaire. Les demandeurs s'appuient sur le paragraphe 4 des motifs de cette décision qui sont reproduits ci-dessous :

Comme l'a soutenu l'avocat du demandeur relativement à la présente demande, il se pose une grave question qui se rattache au principe de l'application régulière de la loi : le demandeur a-t-il eu droit à une audition équitable devant la SPR? Lors de l'audience, on n'a pas permis au demandeur de produire sa preuve, on a plutôt ordonné à l'agent chargé de la

described by counsel for the applicant as “badgering” cross-examination.

[81] The fact that the member conducted what the Court described as a “badgering cross-examination” alone would have been enough, in my view, to send the matter back for a rehearing. However, it is also clear from the decision that the Court was concerned that the RPD had effectively set a trap for the applicant at the outset of the hearing by misdescribing the issues to be addressed. At paragraph 5 he states:

It is quite clear that at the opening of the hearing the RPD had a suspicion that the Applicant’s credibility was seriously in question, given the variance between the two statements which were in the written record. Immediately prior to asking for the Applicant’s lawyer to consent to the procedure whereby the RPO would lead the claimant’s case, the case was simply called “a simple outlined claim”. As it turns out, it was anything but.

[82] As I read the Court’s reasons, this decision does not stand for the proposition that the claimant’s counsel must always question first but rather, whichever procedure is followed, that the claimant must be given fair notice of the issues and a fair opportunity to be heard. A similar reading of this decision was reached by Justice Blanchard in *Thamotharem* and by Justice Snider in *Zaki*.

[83] In *Sandor*, above, at paragraph 36, the Court found that the applicant was denied a fair hearing largely because of the Board member’s extensive questioning. He stated that he reached that conclusion because of this questioning and because of “the fact that the RPO was allowed to cross-examine the applicant before his examination in chief was completed” (emphasis added). This is the phrase that the applicants rely upon but, in my view, it is an exceedingly thin basis upon which to make the case that the Court has accepted that procedural fairness requires that counsel examine first.

protection des réfugiés d’interroger en premier le demandeur et la SPR a ensuite pris le relais en se livrant à un contre-interrogatoire « musclé », pour reprendre le qualificatif judiciaire de l’avocat du demandeur.

[81] Le fait que le commissaire ait effectué ce que la Cour décrit comme un « contre-interrogatoire musclé » aurait suffi à lui seul, à mon avis, pour que l’affaire soit renvoyée pour nouvelle audition. Toutefois, il ressort aussi clairement de la décision que la Cour se préoccupait du fait que la SPR avait effectivement tendu un piège au demandeur dès le début de l’audience en définissant de façon erronée les questions à débattre. Au paragraphe 5, il déclare ceci :

Il est tout à fait manifeste que, à l’ouverture de l’audition [*sic*], la SPR avait de graves soupçons quant à la crédibilité du demandeur, vu la divergence entre les deux déclarations figurant au dossier. Tout juste avant de demander à l’avocat du demandeur de consentir à la procédure consistant à laisser l’agent chargé de la protection des réfugiés d’exposer la thèse du demandeur, on a simplement parlé d’« exposer la cause uniquement dans ses grandes lignes ». Ce n’est absolument pas ce qui c’est produit.

[82] Selon l’interprétation que je donne des motifs de la Cour, cette décision n’appuie pas la thèse voulant que l’avocat du demandeur d’asile doit toujours interroger son client en premier mais plutôt que, quelle que soit la procédure suivie, le demandeur d’asile doit être équitablement informé des questions qui seront débattues et qu’il ait une possibilité raisonnable d’être entendu. Le juge Blanchard, dans *Thamotharem*, et la juge Snider, dans *Zaki*, ont interprété cette décision d’une manière semblable à la mienne.

[83] Dans la décision *Sandor*, précitée, au paragraphe 36, la Cour a statué que le demandeur avait été privé du droit à une audition équitable principalement en raison de l’interrogatoire poussé du commissaire. Il a déclaré qu’il était parvenu à cette conclusion en raison de cet interrogatoire et du « fait que l’APR a été autorisé à contre-interroger le revendicateur avant la fin de son interrogatoire principal » (non souligné dans l’original). C’est l’expression sur laquelle les demandeurs s’appuient mais, à mon avis, ce fondement visant à démontrer que la Cour a accepté que l’équité procédurale exige l’interrogatoire du client par son procureur en premier est extrêmement ténu.

[84] It appears that the hearing had commenced with the claimant's counsel questioning first when the interruptions from the Board member began. The issue of whether procedural fairness required that the claimant's counsel go first does not appear to have been squarely addressed in the proceedings as it had not been raised prior to the judicial review hearing. One may infer from the Court's reasons that it was the interruptions by the Board member that offended my colleague's sense of fairness together with the RPO's extensive questioning.

Baker Analysis

[85] As noted above, the factors to be considered in determining whether the common-law duty of fairness has been met by the procedures in question were discussed by Justice L'Heureux-Dubé in *Baker*, above, at paragraphs 22-28. The factors identified by Justice L'Heureux-Dubé, while not exhaustive, are as follows:

1. The nature of the decision being made and the process followed in making it.
2. The role of the particular decision within the statutory scheme.
3. The importance of the decision to the individual affected.
4. The legitimate expectations of the person challenging the decision where undertakings were made as to the procedure to be followed.
5. Whether the decision-maker is empowered by statute to set its own procedures.

[86] The application of these factors to the Guideline 7 order of questioning procedure was analysed in depth by Justice Blanchard in *Thamotharem*, at paragraphs 68-83 of his reasons. He concluded that an application of the first, second and third factors indicated that a higher level of procedural fairness was called for. His analysis of the fourth factor dealing with legitimate

[84] Il semble que l'audience ait débuté par l'interrogatoire du procureur du demandeur d'asile qui a voulu savoir quand les interruptions du commissaire ont commencé. La question de savoir si l'équité procédurale exige que le procureur du demandeur d'asile passe en premier ne semble pas avoir été clairement débattue au cours de la procédure étant donné qu'elle n'avait pas été soulevée avant l'audition du contrôle judiciaire. On peut déduire des motifs de la Cour que ce sont les interruptions du commissaire, de même que les nombreuses questions posées par l'APR, qui ont offusqué le sens de l'équité de mon collègue.

L'analyse de l'arrêt *Baker*

[85] Comme je l'ai noté ci-dessus, les facteurs dont il faut tenir compte pour déterminer si l'obligation d'équité prévue par la common law a été respectée par les procédures en question ont été décrits par la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Baker*, précité, aux paragraphes 22 à 28. Les facteurs relevés par la juge L'Heureux-Dubé, bien que la liste n'en soit pas exhaustive, sont les suivants :

1. La nature de la décision recherchée et le processus suivi pour y parvenir.
2. Le rôle que joue la décision particulière au sein du régime législatif.
3. L'importance de la décision pour la personne visée.
4. Les attentes légitimes de la personne qui conteste la décision lorsque des engagements ont été pris quant à la procédure à suivre.
5. La question de savoir si le décideur est habilité par la loi à choisir ses propres procédures.

[86] L'application de ces facteurs à l'ordre des interrogatoires prévu dans les Directives n° 7 a été analysée en détail par le juge Blanchard dans la décision *Thamotharem*, aux paragraphes 68 à 83 de ses motifs. Il a conclu que l'application des premier, deuxième et troisième facteurs fait ressortir qu'un degré d'équité procédurale plus élevé s'impose. Son analyse du

expectation and the fifth concerning the ability of the tribunal to control its own process pointed to a lesser standard. With regard to the importance of the decision to the individual affected, the third factor, I agree with Justice Blanchard that as the security interests of the claimants are engaged and will be determined by the Board's decision, this indicates that a higher degree of procedural fairness is required.

[87] The applicants do not take issue with Justice Blanchard's analysis of the second and third *Baker* factors but question his analysis of the first factor and invite me to reach different conclusions regarding the remaining two. They submit that there are additional factors that militate in favour of a higher standard of procedural fairness that were not considered in *Thamotharem*.

[88] The respondent questions Justice Blanchard's findings that the first two factors indicate a higher standard. The first, the respondent submits, should indicate a lower standard and the second is, at best, neutral. The third, the importance of the decision to the individual, the respondent agrees points to greater protection. In these reasons, I will deal only with those factors where there is a substantial disagreement between the parties.

[89] With respect to the second factor, the nature of the decision-making process in the legislative scheme, *Baker*, above, at paragraph 24, indicates that the lack of a right of appeal suggests a higher degree of procedural protection will be required.

[90] The applicants submit that the enactment by Parliament in the IRPA of provisions for a Refugee Appeal Division (RAD), combined with the failure of the Governor in Council to bring the RAD into effect enhances the duty of fairness owed to the applicant and decreases the deference owed by the Court to a decision of the Board on refugee protection. The applicants submit that the duty is greater and deference less than if the appeal provisions had not been legislated.

quatrième facteur ayant trait aux attentes légitimes et du cinquième facteur concernant le pouvoir de l'organisme d'établir sa propre procédure penche en faveur d'une norme inférieure. Pour ce qui est de l'importance de la décision pour la personne visée, soit le troisième facteur, je souscris à l'opinion du juge Blanchard selon laquelle, lorsque les droits à la sécurité de la personne sont en jeu et qu'ils seront l'objet de la décision de la Commission, l'équité exige des garanties procédurales plus importantes.

[87] Les demandeurs ne contestent pas l'analyse que le juge Blanchard fait des deuxième et troisième facteurs cités dans l'arrêt *Baker*, mais mettent en doute son analyse du premier facteur et me demandent d'en arriver à des conclusions différentes concernant les deux autres. Ils soutiennent qu'il y a d'autres facteurs militant en faveur d'une norme d'équité procédurale plus élevée qui n'ont pas été examinés dans la décision *Thamotharem*.

[88] Le défendeur conteste les conclusions du juge Blanchard selon lesquelles les deux premiers facteurs appellent une norme plus élevée. Selon lui, le premier facteur appelle une norme inférieure et le deuxième est, au mieux, neutre. Le troisième, savoir l'importance de la décision pour la personne visée, exige une protection accrue, ce que le défendeur reconnaît. Dans les présents motifs, je ne traiterai que des facteurs sur lesquels il y a un désaccord important entre les parties.

[89] Pour ce qui concerne le deuxième facteur, soit la nature du processus décisionnel à l'intérieur du régime législatif, il ressort de l'arrêt *Baker*, précité, au paragraphe 24, que des protections procédurales plus importantes seront exigées lorsque la loi ne prévoit aucune procédure d'appel.

[90] Les demandeurs soutiennent que l'adoption par le législateur, dans la LIPR, de dispositions prévoyant la création d'une section d'appel des réfugiés (SAR), combinée à l'omission du gouverneur en conseil d'instaurer cette SAR, accroît l'obligation d'équité qui est due au demandeur d'asile et diminue le degré de déférence dont la Cour doit faire preuve à l'égard d'une décision de la CISR concernant la protection accordée aux réfugiés. Les demandeurs soutiennent que l'obligation d'équité est plus importante et le degré de déférence

[91] The respondent acknowledges that the lack of a right to appeal a negative refugee decision is a factor to be considered in ascertaining the content of procedural fairness in refugee hearings as per the second branch of the *Baker* test. The respondent submits, however, that issues concerning the RAD are separate and distinct from the Guideline 7 issues that are properly before this Court.

[92] Justice Blanchard took into account the fact that IRPA, sections 110 and 111 creating the appeal division had not been brought into force in finding that the second factor called for greater protection. I have nothing to add to his conclusion in that regard other than to note that the appeal provided for in the unproclaimed sections was to be conducted on the basis of the record of the refugee determination proceedings below rather than through an oral hearing. Judicial review is not an appeal and this does not detract from the significance of the factor in the *Baker* analysis but in so far as that record may disclose procedural unfairness that may be addressed in an application for judicial review to this Court.

The nature of the decision being made by the administrative tribunal and the process followed in making that decision.

[93] With respect to the first factor, Justice Blanchard found that Parliament intended the RPD procedure to be less judicial and more inquisitorial. He concluded at paragraph 75, after comparing RPD hearings with court proceedings, that the RPD hearing was not an adversarial process notwithstanding the often aggressive and probing nature of questioning by RPOs and members. However, because the nature of the decision calls for the Board to adjudicate issues that have an impact on the rights of refugee claimants, he concluded that a higher level of procedural protection is warranted.

moins élevé que si les dispositions d'appel n'avaient pas été intégrées à la Loi.

[91] Le défendeur reconnaît que l'absence d'un droit d'appel dans le cas d'une décision refusant le statut de réfugié est un facteur dont il faut tenir compte pour déterminer la teneur du principe d'équité procédurale dans les audiences sur les demandes d'asile, comme le veut le deuxième volet du critère élaboré dans l'arrêt *Baker*. Toutefois, le défendeur fait valoir que les questions concernant la SAR sont distinctes de celles soulevées par les Directives n° 7 qui ont été à bon droit soumises à la Cour.

[92] Le juge Blanchard a pris en compte le fait que les articles 110 et 111 de la LIPR qui créent la section d'appel n'ont pas été mis en vigueur pour qu'on en conclut que le deuxième facteur exigeait une protection accrue. Je n'ai rien à ajouter à sa conclusion sur ce point, si ce n'est de faire remarquer que l'appel prévu dans les articles qui ne sont pas entrés en vigueur devait se fonder sur le dossier de la procédure relative à la demande d'asile devant le tribunal inférieur plutôt que d'être instruit sous la forme d'une audience. Le contrôle judiciaire n'est pas un appel et cela ne diminue pas l'importance du facteur dans l'analyse fondée sur l'arrêt *Baker* mais, dans la mesure où le dossier peut révéler une iniquité sur le plan procédural, il s'agit là d'une question qui peut être abordée dans une demande de contrôle judiciaire devant la Cour.

La nature de la décision rendue par le tribunal administratif et le processus suivi pour en arriver à cette décision

[93] Pour ce qui concerne le premier facteur, le juge Blanchard a conclu que le législateur souhaitait que la procédure de la SPR ressemble davantage à une enquête et moins à une procédure judiciaire. Il a conclu au paragraphe 75, après avoir comparé les audiences de la SPR et les procédures judiciaires, que les audiences de la SPR n'étaient pas de nature accusatoire, malgré le caractère souvent musclé et serré des interrogatoires effectués par l'APR et les commissaires. Toutefois, étant donné que la nature de la décision exige que la Section tranche des questions qui ont une incidence sur les droits des demandeurs d'asile, il a conclu qu'un degré élevé de protection procédurale est justifié.

[94] The applicants submit that the characterization of the refugee determination process as non-adversarial is suspect when the role of counsel for the claimant is compared to that of the RPO. Counsel's role is to demonstrate that the claimant is a person in need of protection. By contrast, the role of the RPO is, in part they submit, to flush out any weaknesses in the claimant's case which may lead to a determination that a person is not a person in need of protection. In this sense, the applicants contend the roles of counsel and the RPO are opposed.

[95] Further, the applicants submit that Justice Blanchard reached the conclusion that the refugee proceedings are non-adversarial without reference to a suitable factual foundation. Had he considered the facts in *Benitez* (IMM-9766-04), the lead application in these proceedings, he may have arrived at a different conclusion. In *Benitez*, it is submitted, the record discloses that the member and RPO in turn, took turns over almost the entire day of the hearing to aggressively examine the claimant on perceived inconsistencies in his account. This demonstrates, the applicants contend, that while RPOs and members are ostensibly neutral, in reality they see their role in a hearing as being to focus on any negative evidence while leaving the presentation of the positive evidence to counsel, effectively an adversarial position.

[96] The respondent points to the legislative framework as supporting the conclusion that the proceedings are non-adversarial and require a lesser standard of procedural protection. In particular, the respondent contrasts the rules applicable to the Immigration Appeal Division, constituted as a court of record under IRPA section 174, and clearly the setting for an adversarial contest. This was recognized by the Supreme Court in *Chieu*, at paragraph 82 which described the hearings before the Convention Refugee Determination Division, the RPD's forerunner, as "more inquisitorial in nature" in contrast to those before the IAD.

[94] Les demandeurs font valoir que la qualification de non accusatoire attribuée au processus de détermination du statut de réfugié est suspecte quand le rôle de l'avocat du demandeur d'asile est comparé à celui de l'APR. Le rôle de l'avocat est de démontrer que le demandeur d'asile est une personne à protéger. Inversement, le rôle de l'APR est, en partie selon eux, de faire ressortir dans la cause du demandeur d'asile toute lacune qui pourrait mener à la décision que cette personne n'est pas à protéger. Dans ce sens, les demandeurs soutiennent que les rôles de l'avocat et l'APR sont opposés.

[95] En outre, les demandeurs soutiennent que le juge Blanchard est parvenu à la conclusion que les procédures de détermination du statut de réfugié avaient un caractère non accusatoire sans un fondement factuel approprié. S'il avait examiné les faits de la cause *Benitez* (IMM-9766-04), la demande principale en l'espèce, il en serait peut-être venu à une conclusion différente. Dans l'affaire *Benitez*, selon eux, le dossier révèle que le commissaire et l'APR se sont relayés pendant presque toute la journée d'audition pour interroger le demandeur d'asile de façon musclée au sujet des incohérences qu'ils percevaient dans son récit. Selon les demandeurs, cela prouve que, même si les APR et les commissaires sont en apparence neutres, ils considèrent en réalité que leur rôle au cours d'une audience est de mettre l'accent sur tout élément de preuve négatif, tout en laissant la présentation des éléments de preuve positifs au procureur du demandeur d'asile, ce qui est en fait la position adoptée dans une procédure accusatoire.

[96] Pour sa part, le défendeur croit que le régime législatif appuie la conclusion selon laquelle la procédure n'est pas accusatoire et exige une norme de protection procédurale moindre. En particulier, il fait la comparaison avec les règles applicables à la Section d'appel de l'immigration, qui a été constituée en tant que cour d'archives en vertu de l'article 174 de la LIPR, où l'on se trouve manifestement en présence d'une procédure accusatoire. Cette situation a été reconnue par la Cour suprême dans l'arrêt *Chieu*, au paragraphe 82, qui décrit les audiences devant la Section du statut de réfugié, le prédécesseur de la SPR, comme étant « plus inquisitoires », contrairement à celles qui se déroulent devant la SAI.

[97] The respondent further submits that the fact that RPOs and Board members may question claimants does not make the process adversarial. Thorough questioning has been recognized by the Court as consistent with the Board's mandate to get at the truth of claims. If a member goes too far, an effective remedy is always available to claimants through judicial review: *Cota v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] F.C.J. No. 872 (T.D.) (QL), at paragraph 26; *Shahib v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1250, at paragraph 20; *Bady-Badila v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCT 399.

[98] In my view, the conclusion that the process was intended by Parliament to be inquisitorial rather than adversarial in nature is supported on the face of the legislation. Notwithstanding Professor Galloway's evidence and the Court's awareness of egregious examples of hostile and aggressive questioning, I am not persuaded that a failure to respect that intent by RPOs or Board members in individual cases establishes that the hearings are adversarial. The process was not designed to be a contest between parties adverse in interest but rather an inquiry into whether a claim to Canada's protection is being legitimately made. In that context, a close examination of the merits of the claim is consistent with the nature of the process and the roles of the member and the RPO.

[99] While Refugee Protection Officers and Board members receive training and guidance on how to question effectively and how to deal with vulnerable claimants, it is not surprising that there will be cases in which the questioning crosses a line as to what is acceptable in terms of fairness. One should not assume from these exceptions that all hearings take on an adversarial tone and that the procedures adopted should mirror those used in a courtroom setting. The process does not require recognition of a higher procedural standard, such as the right to an examination-in-chief, but rather greater attention to ensuring that the hearing as a whole is conducted fairly.

[97] Le défendeur fait également valoir que le fait que les APR et les commissaires puissent interroger les demandeurs d'asile ne rend pas la procédure accusatoire. L'interrogatoire approfondi a été reconnu par la Cour comme étant compatible avec le mandat de la Commission qui est d'établir la véracité des revendications. Si un commissaire va trop loin, les demandeurs d'asile peuvent toujours avoir recours au contrôle judiciaire : *Cota c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] A.C.F. n° 872 (1^{re} inst.) (QL), au paragraphe 26; *Shahib c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1250, au paragraphe 20; *Bady-Badila c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CFPI 399.

[98] À mon avis, la conclusion selon laquelle le législateur souhaitait que le processus soit de nature plus inquisitoire qu'accusatoire est appuyée par le texte de la loi. Malgré le témoignage du professeur Galloway et le fait que la Cour soit au courant d'exemples flagrants d'interrogatoires hostiles et musclés, je ne suis pas convaincu qu'un manquement à cette intention du législateur par les APR ou les commissaires dans certains cas établisse le fait que les audiences sont de nature accusatoire. Le processus n'a pas été conçu pour être une contestation entre des parties ayant des intérêts opposés, mais plutôt une enquête visant à déterminer si la demande d'asile au Canada est légitime. Dans ce contexte, un examen approfondi du bien-fondé de la revendication est compatible avec la nature du processus et les rôles du commissaire et de l'APR.

[99] Bien que les agents chargés de la protection des réfugiés et les commissaires reçoivent formation et orientation sur la façon de poser efficacement des questions et sur la façon de traiter des demandeurs d'asile vulnérables, on ne peut s'étonner qu'il y ait des cas où l'interrogatoire dépassera les bornes de ce qui est acceptable en matière d'équité. Il ne faut pas déduire de ces exceptions que toutes les audiences se déroulent sur un ton accusatoire et que les procédures suivies devraient refléter celles qui sont utilisées dans une cour de justice. Le processus n'exige pas la reconnaissance d'une norme de protection procédurale plus élevée, comme le droit à un interrogatoire principal, mais plutôt une attention plus soutenue pour assurer que l'audience, dans son ensemble, se déroule équitablement.

Legitimate Expectation

[100] With regard to the fourth *Baker* factor, Justice Blanchard found that the Board's advance notice that it was implementing the procedure set out in Guideline 7 indicated that there was no legitimate expectation that refugee counsel would be able to question first. I note that the applicant in *Thamotharem* had not made any submissions on this factor.

[101] In these proceedings, the Toronto-based applicants submit that they had a legitimate expectation that they would be allowed to question first because that was the general practice prior to the adoption of the Guideline, outside of hearings conducted in Montréal and Ottawa. With respect to the Montréal-based applicants, they submit that the practice in that city was to allow counsel to question first on request, and that the reason why this was not done as a general rule had more to do with the exigencies of the provincial legal aid tariff than any other reason.

[102] Further the applicants submit, the elimination of certain of the procedural safeguards that were present under the former *Immigration Act*, such as two-member panels and the reduction of time within which to submit a Personal Information Form (PIF) has led to a legitimate expectation on the part of refugees that such protections as they have left will be respected, particularly in the absence of a statutory right to an appeal.

[103] The respondent contends that the applicants could not have a legitimate expectation concerning the order of questioning as refugee claimants were never given any indication that they would be questioned first by their counsel when they made their claims. They cannot rely on their counsel's experience that this is the way it was done in Toronto and assert that it should remain the same as the practice varied across the country. Moreover, counsel and claimants were advised of the adoption of the Guideline long in advance of its implementation.

L'attente légitime

[100] Pour ce qui est du quatrième facteur énoncé dans *Baker*, le juge Blanchard a conclu que le préavis donné par la CISR, selon laquelle elle s'apprêtait à mettre en œuvre la procédure énoncée dans les Directives n° 7, prouve que les demandeurs ne pouvaient légitimement s'attendre à ce que leur procureur soit le premier à les interroger. Je note que le demandeur dans la décision *Thamotharem* n'a pas présenté d'argument sur ce facteur.

[101] En l'espèce, les demandeurs de Toronto font valoir qu'ils pouvaient légitimement s'attendre à être autorisés à procéder en premier à l'interrogatoire parce que c'était la pratique généralement suivie avant l'adoption des Directives, à l'exception des audiences tenues à Montréal et à Ottawa. Pour ce qui est des demandeurs de Montréal, ils soutiennent que la pratique suivie dans cette ville consistait à autoriser, sur demande, le procureur du demandeur d'asile à être le premier à poser les questions, et que la raison pour laquelle cela n'était pas fait de façon générale tient plus aux exigences posées par le tarif de l'aide juridique provinciale qu'à toute autre explication.

[102] En outre, les demandeurs font valoir que la suppression de certaines garanties procédurales qui existaient en vertu de l'ancienne *Loi sur l'immigration*, comme des formations constituées de deux commissaires et la réduction du délai prévu pour le dépôt du formulaire de renseignements personnels (le FRP), a mené les réfugiés à croire légitimement que les protections restantes seraient respectées, particulièrement en l'absence d'un droit d'appel prévu par la loi.

[103] Le défendeur fait valoir que les demandeurs ne pouvaient avoir d'attente légitime concernant l'ordre des interrogatoires étant donné que les demandeurs d'asile n'ont jamais été informés qu'ils seraient d'abord interrogés par leur procureur quand ils ont présenté leurs revendications. Ils ne peuvent s'appuyer sur l'expérience de leur procureur car ce dernier ne pouvait pas leur affirmer que, puisque cela se faisait à Toronto, cela se faisait ailleurs étant donné que la pratique varie d'une région à l'autre du pays. Qui plus est, les procureurs et les demandeurs d'asile ont été informés de l'adoption des Directives bien avant leur entrée en vigueur.

[104] In *Baker*, above, at paragraph 26, Justice L'Heureux-Dubé noted that the doctrine of legitimate expectation is based on the principle that the "circumstances" affecting procedural fairness take into account the promises or regular practices of administrative decision makers, and that it will generally be unfair for them to act in contravention of representations as to procedure, or to backtrack on substantive promises without according significant procedural rights. If the claimant has a legitimate expectation that a certain procedure will be followed, this procedure will be required by the duty of fairness.

[105] The cases cited by Justice L'Heureux-Dubé in support of this statement of principle are *Qi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 33 Imm. L.R. (2d) 57 (F.C.T.D.) (*Qi*); *Mercier-Néron v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1995), 98 F.T.R. 36 (F.C.T.D.) (*Mercier-Néron*); *Bendahmane v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 3 F.C. 16 (C.A.) (*Bendahmane*).

[106] In each of these cases, the question of legitimate expectation arose in the context of representations made or alleged to have been made directly to the party seeking to rely on the doctrine. For example in *Qi*, the applicant had been invited to have counsel present at her interview but counsel was then denied an opportunity to take part in the process. In *Mercier-Néron*, a hearing was offered and then withdrawn. In *Bendahmane*, the Minister had advised the applicant that his claim would be considered and then proceeded to try to remove him.

[107] In these cases, there appear to have been no "representations as to procedure" or "substantive promises" made directly to any of the applicants with respect to the procedure to be followed. I am asked to find that a legitimate expectation arose from the regular practice of some Board members, at least in Toronto, to allow or invite counsel to question their clients first because that is what, in essence, counsel there have come to expect. In my view, the expectations of counsel do not constitute legitimate expectations in the sense

[104] Dans l'arrêt *Baker*, précité, au paragraphe 26, la juge L'Heureux-Dubé a mentionné que la doctrine de l'attente légitime est fondée sur le principe que les « circonstances » touchant l'équité procédurale comprennent les promesses ou pratiques habituelles des décideurs administratifs, et qu'il serait généralement injuste de leur part d'agir en contravention d'assurances données en matière de procédures, ou de revenir sur des promesses matérielles sans accorder de droits procéduraux importants. Si le demandeur d'asile s'attend légitimement à ce qu'une certaine procédure soit suivie, l'obligation d'équité exigera cette procédure.

[105] Les causes citées par la juge L'Heureux-Dubé à l'appui de cette déclaration de principe sont les suivantes : *Qi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 1615 (1^{re} inst.) (QL) (*Qi*); *Mercier-Néron c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1995] A.C.F. n° 1024 (1^{re} inst.) (QL) (*Mercier-Néron*); *Bendahmane c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 3 C.F. 16 (C.A.) (*Bendahmane*).

[106] Dans chacune de ces causes, la question de l'attente légitime s'est posée dans le contexte d'assurances qui ont été ou qui auraient été données directement à la partie cherchant à s'appuyer sur la doctrine. Par exemple, dans la décision *Qi*, la demanderesse avait été invitée à se faire accompagner par son procureur à l'entrevue, mais par la suite, on avait refusé au procureur la possibilité d'y participer. Dans la décision *Mercier-Néron*, une audience avait été offerte et avait ensuite été refusée. Dans la décision *Bendahmane*, le ministre avait informé le demandeur que sa revendication serait examinée et avait ensuite essayé de le renvoyer.

[107] Dans les causes susmentionnées, il semble qu'aucune « assurance en matière de procédure » n'ait été donnée ni aucune « promesse matérielle » faite directement à l'un ou l'autre des demandeurs concernant la procédure à suivre. On me demande de conclure qu'en raison de la pratique habituellement suivie par certains commissaires, à tout le moins à Toronto, on serait en droit de s'attendre légitimement à ce que les procureurs soient autorisés ou invités à interroger leurs clients en premier lieu parce que cela est,

contemplated in *Baker*.

The choice of procedures by the agency itself

[108] At paragraphs 81-83 of his reasons, Justice Blanchard concluded that Parliament accorded the Board the authority to determine its own procedures provided they were not contrary to the principles of natural justice. As the Court must guard against imposing a level of procedural formality that would unduly encumber efficient administration, he concluded this indicated a lesser level of procedural fairness.

[109] The applicants acknowledge that the courts have held that an administrative tribunal is master of its own proceedings and may determine the procedures to be followed where the enabling statute is silent: *Prasad v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 1 S.C.R. 560.

[110] The applicants submit, nonetheless, that for the purpose of the *Baker* analysis in this case, it is necessary to consider whether the evidence supports the conclusion that the order of questioning adopted by the Board does in fact improve its efficiency or, put another way, whether counsel-first questioning would be an impediment to hearing efficiency. They suggest that was not considered in *Thamotharem* and invite the Court in these proceedings to arrive at a different conclusion of the weight to be afforded this factor. The applicants point to the concession of Mr. Aterman on cross-examination that there is no evidence that the implementation of the Guideline order of questioning has, in itself, had any impact on increasing the efficiency of refugee hearings.

[111] I note that in *Baker*, above, at paragraph 27, Justice L'Heureux-Dubé stated that in this analysis respect must be accorded the choices of procedure made by the agency itself, particularly when the statute leaves to the decision maker the ability to choose its own

essentiellement, ce à quoi les avocats s'attendent. À mon avis, les attentes des avocats ne constituent pas des attentes légitimes au sens de l'arrêt *Baker*.

Les choix de procédure faits par l'organisme lui-même

[108] Aux paragraphes 81 à 83 de ses motifs, le juge Blanchard a conclu que le législateur avait conféré à la CISR le pouvoir d'établir sa propre procédure, pourvu que celle-ci respecte les principes de justice naturelle. Comme la Cour doit se garder d'imposer un degré de formalité procédurale qui risque de nuire indûment à une bonne administration, il a conclu que cela se traduisait par un degré d'équité procédurale moins élevé.

[109] Les demandeurs reconnaissent que les cours de justice ont statué qu'un tribunal administratif est maître de sa propre procédure et qu'il peut déterminer la procédure à suivre lorsque sa loi habilitante est muette sur ce point : *Prasad c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 1 R.C.S. 560.

[110] Les demandeurs font néanmoins valoir que, pour les fins de l'analyse fondée sur l'arrêt *Baker* en l'espèce, il est nécessaire d'examiner si la preuve appuie la conclusion selon laquelle l'ordre des interrogatoires adopté par la CISR améliore en fait son efficacité ou, autrement dit, si l'interrogatoire mené d'abord par l'avocat du demandeur d'asile serait un obstacle à l'efficacité de l'audience. Ils laissent entendre que cette question n'a pas été examinée dans la décision *Thamotharem* et ils invitent la Cour en l'espèce à tirer une conclusion différente sur l'importance qu'il convient d'accorder à ce facteur. Les demandeurs signalent la concession faite par M^e Aterman en contre-interrogatoire selon laquelle aucune preuve ne montre que l'application de l'ordre des interrogatoires prévu par les Directives a eu, en soi, une incidence sur l'amélioration de l'efficacité des audiences relatives aux demandes d'asile.

[111] Je note que, dans l'arrêt *Baker*, précité, au paragraphe 27, la juge L'Heureux-Dubé a déclaré que dans cette analyse il faut respecter les choix de procédure que l'organisme fait lui-même, particulièrement quand la loi laisse au décideur la possibilité de

procedures, or when the agency has an expertise in determining what procedures are appropriate in the circumstances. Important weight, she said, must be given to the choice of procedures made by the agency itself and its institutional constraints.

[112] It is clear that Parliament has left much to the Board to decide through the Chairperson's rule and guideline-making authority with respect to its own procedures. In giving weight to the choices made by the Board respecting its procedures, it is not necessary for the Court to conclude that these procedures have been effective or the best choice. That choice is for the Board to make, recognizing always that the application of the Board's procedures in an individual case may result in a denial of fairness. It is not appropriate, in my view, for the Court, in hindsight, to substitute its own view of what procedure would be preferable unless it is necessary to ensure natural justice.

"Other" Factors

[113] The five factors discussed by Justice L'Heureux-Dubé in *Baker* are not exhaustive of the considerations that may indicate that a higher degree of procedural protection is required. In *Thamotharem*, Justice Blanchard also considered the particular vulnerabilities that are found among refugee claimants, which he found to militate in favour of an increased requirement for procedural protections. However, he concluded, at paragraph 90, that the fact that many refugee claimants are vulnerable and as a result have difficulty testifying effectively does not necessarily make Guideline 7 unfair. It was a factor to be considered in each case but did not necessarily dictate that the order of questioning should always be counsel-first.

[114] The applicants submit that a number of considerations common to refugee claimants underscore the need to allow claimants' counsel to conduct an examination-in-chief in refugee proceedings. The

choisir sa propre procédure, ou quand l'organisme a une expertise dans le choix de la procédure appropriée dans les circonstances. Selon elle, il faut accorder une grande importance au choix de procédure fait par l'organisme lui-même et à ses contraintes institutionnelles.

[112] Il est clair que le législateur a laissé à la CISR beaucoup de latitude pour décider, par le truchement du pouvoir du président de prendre des règles et des directives, des questions se rapportant à ses propres procédures. En accordant une importance aux choix faits par la CISR relativement à sa procédure, il n'est pas nécessaire que la Cour conclue que cette procédure a été efficace ou qu'elle constituait le meilleur choix dans les circonstances. Il revient à la CISR de faire ce choix, et celle-ci doit toujours reconnaître que l'application de sa procédure dans un cas particulier peut entraîner un déni de justice. À mon avis, il n'est pas approprié que la Cour substitue, *a posteriori*, sa propre opinion sur la procédure qu'il aurait été préférable de suivre, à moins que cela ne soit nécessaire pour assurer le respect de la justice naturelle.

Les « autres » facteurs

[113] Les cinq facteurs décrits par la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Baker* ne sont pas une liste complète des considérations qui peuvent amener à conclure qu'un degré plus élevé de protection procédurale est nécessaire. Dans la décision *Thamotharem*, le juge Blanchard a également examiné les vulnérabilités particulières des demandeurs d'asile, qui, à son avis, justifient que des garanties procédurales plus importantes leur soient accordées. Toutefois, il a conclu au paragraphe 90 que le fait que bon nombre de demandeurs d'asile soient vulnérables et aient en conséquence de la difficulté à témoigner efficacement ne rend pas nécessairement les Directives n° 7 inéquitables. C'est un facteur qui doit être pris en compte dans les circonstances de chaque cas, mais qui n'exige pas nécessairement que le demandeur soit toujours interrogé en premier lieu par son procureur.

[114] Les demandeurs soutiennent qu'un certain nombre de considérations communes aux demandeurs d'asile souligne la nécessité d'autoriser leur procureur à mener un interrogatoire principal dans les procédures

applicants point to characteristics shared by many refugee claimants which result from their experiences prior to coming to Canada. The following is a list of the characteristics identified:

1. Distrust of individuals in general and government agents in particular;
2. Post-Traumatic Stress Disorder;
3. Suppression and/or repression of memories;
4. Anxiety and panic attacks; and
5. Depression.

The applicants submit that because of these considerations, it is unfair to the applicants to have questioning begin by someone other than their own counsel.

[115] The respondent concedes that some refugee claimants do suffer from one, or a combination of the conditions outlined by the applicants. If a claimant believes that his or her personal circumstances require that an exception be made for him or her from the standard practice of questioning in the hearing, the respondent says, the claimant may file a motion setting out the specific reason why an exemption from the standard practice should be provided. The Board would then be in a position to make a determination as to whether the application of Guideline 7 to the particular case is the best course of action.

[116] Contrary to the applicants' assertions that Guideline 7 is intended to be a mandatory provision, the respondent submits that paragraph 23 anticipates that it may not be appropriate in every hearing. The Guideline does not require a specific mode of procedure. The claimant is free in any particular case to bring to the attention of the Board any relevant evidence which would establish why proceeding with an examination by the RPO or Board member would prejudice their case.

relatives à la détermination du statut de réfugié. Ils signalent des caractéristiques partagées par de nombreux demandeurs d'asile qui sont le résultat des expériences qu'ils ont connues avant d'arriver au Canada. Voici une liste des caractéristiques relevées :

1. la méfiance à l'égard d'autrui en général, et des fonctionnaires en particulier;
2. le syndrome du stress post-traumatique;
3. la suppression ou la répression des souvenirs;
4. l'anxiété et des accès de panique;
5. la dépression.

Les demandeurs soutiennent qu'en raison de ces considérations, il est inéquitable de laisser une personne autre que leur procureur les interroger en premier lieu.

[115] Le défendeur reconnaît que certains demandeurs d'asile souffrent de l'un ou de plusieurs des états mentionnés par les demandeurs. Si un demandeur d'asile croit que sa situation personnelle exige qu'une exception soit faite dans son cas afin que l'on s'écarte de la pratique d'interrogatoire habituellement suivie au cours de l'audience, il peut, selon le défendeur, déposer une requête énonçant la raison précise pour laquelle cette exception devrait lui être accordée. La CISR serait alors en mesure de déterminer si l'application des Directives n° 7 à ce cas particulier est la meilleure façon de procéder.

[116] Contrairement aux affirmations des demandeurs selon lesquelles on avait l'intention de faire des Directives n° 7 une disposition obligatoire, le défendeur soutient que le paragraphe 23 prévoit que ces directives peuvent, dans certains cas, ne pas être appropriées. Les Directives n'exigent pas un mode précis de procédure. Dans tout cas particulier, le demandeur d'asile peut attirer l'attention de la CISR sur un élément de preuve pertinent susceptible d'établir la raison pour laquelle un interrogatoire mené d'abord par l'APR ou le commissaire pourrait nuire à sa cause.

[117] The applicant in *Thamotharem* had not put forward any evidence that he had any of these characteristic vulnerabilities. The applicants submit that Justice Blanchard may have reached a different conclusion on the weight to be given this factor if he had evidence before him of actual, rather than hypothetical vulnerability.

[118] To illustrate, the applicants point to the case of applicant Gutierrez Trujillo (IMM-2709-05) in which a psychological report had been submitted to the Board indicating that he was suffering from post-traumatic stress that could affect his ability to testify. The Board member did not refer to this evidence in making his determination that the Guideline 7 order should be maintained. The applicants submit that fairness cannot be ensured by a case-by-case determination of the order of questioning if such evidence can be readily discounted or overlooked. Moreover, they submit, such a process would not contribute to the efficient use of the Board's resources. The only practical approach to the reality that many claimants have vulnerabilities which would make it fairer for their counsel to question them first, is to require this as the normal procedure.

[119] The respondent submits that the evidence indicates that the manner in which vulnerable claimants are questioned matters much more than who questions them. This was acknowledged by Dr. Payne in cross-examination. Professor Galloway conceded that the training received by members and RPOs and their involvement in hundreds of refugee hearings may well give them more experience and aptitude in questioning claimants than novice counsel. In cases where the questioning inhibits claimants' ability to present their cases, the Court can and will intervene if they have not been afforded a fair hearing.

[120] There is considerable strength to the applicants' argument that vulnerable claimants require greater care in presenting their evidence and that may well mean that counsel should be permitted to assist their clients by

[117] Dans la décision *Thamotharem*, le demandeur n'avait pas présenté d'éléments de preuve montrant qu'il présentait des vulnérabilités particulières. Les demandeurs soutiennent que le juge Blanchard aurait pu parvenir à une conclusion différente sur l'importance qu'il convient d'accorder à ce facteur s'il avait disposé d'éléments de preuve démontrant une réelle vulnérabilité, plutôt qu'une vulnérabilité hypothétique.

[118] Pour illustrer ce point, les demandeurs citent le cas du demandeur Gutierrez Trujillo (IMM-2709-05) à l'égard duquel un rapport psychologique remis à la CISR indiquait qu'il souffrait d'un syndrome de stress post-traumatique susceptible d'influer sur sa capacité de témoigner. Le commissaire n'a pas fait référence à cette preuve en décidant que l'ordre des interrogatoires prévu par les Directives n° 7 devait être maintenu. Les demandeurs soutiennent que l'équité ne peut être assurée en décidant au cas par cas de l'ordre des interrogatoires si ces éléments de preuve peuvent d'emblée être écartés ou ignorés. Qui plus est, selon eux, une procédure de ce genre ne favorise pas une utilisation efficace des ressources de la CISR. Étant donné que de nombreux demandeurs d'asile présentent des vulnérabilités telles qu'il serait plus juste de laisser leur procureur les interroger en premier, la seule démarche pratique qu'il convient d'adopter est d'en faire la procédure normale.

[119] Le défendeur soutient que la preuve révèle que la manière dont les demandeurs d'asile vulnérables sont interrogés importe davantage que de savoir qui les interroge. Ce fait a été reconnu par le D^r Payne en contre-interrogatoire. Le professeur Galloway a concédé que la formation que reçoivent les commissaires et les APR et leur participation à des centaines d'audiences relatives à des demandes d'asile pourraient leur donner plus d'expérience et d'aptitudes sur la façon d'interroger des demandeurs d'asile que des avocats inexpérimentés. Dans des cas où l'interrogatoire entrave la capacité des demandeurs d'exposer leur cause, la Cour peut intervenir et le fera si une audience équitable ne leur est pas offerte.

[120] L'argument des demandeurs selon lequel il faut aider davantage les demandeurs d'asile vulnérables à présenter leur preuve a un poids considérable et pourrait fort bien signifier que les procureurs devraient être

questioning them first, but I am not persuaded that this cannot be accommodated on a case-by-case basis with prior notice to the Board that a change in the order may be required. It is not every case that would require counsel to question first and I am satisfied from the additional evidence filed in these proceedings that members can and do make appropriate decisions to change the order of questioning when presented with a request and supporting information.

[121] An additional factor raised in these proceedings is the perceived distortion of the role of the Board member. The function of making decisions on a daily basis that have profound implications for those appearing before them is very challenging. Guideline 7 adds to the burden of that task as members must often now take on a lead role in questioning where no RPO is present, which is increasingly common.

[122] The applicants submit that while a Board member can and should ask questions to clarify matters that arise in the course of a hearing, it is not appropriate for the member to take on the role of counsel or the RPO and conduct an examination and/or cross-examination of a refugee claimant. The member should remain out of the arena in order to impartially assess the evidence presented in the course of the hearing and intervene only when necessary to clarify or gather evidence necessary to the determination if that evidence has not been elicited by counsel or the RPO. Guideline 7, it is submitted, impedes the adjudicative role of the member and this further contributes to the denial of procedural fairness.

[123] In support of this argument, the applicants rely upon a statement by Justice Stone of the Federal Court of Appeal in *Rajaratnam v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1991), 135 N.R. 300 (*Rajaratnam*) in which he observed that the Court was concerned “that the Board member, by her questioning, may have removed her judicial hat and put on the hat of an advocate.” This arose in the context of extensive

autorisés à aider leurs clients en étant les premiers à les interroger, mais je ne suis pas convaincu que cela ne peut être décidé au cas par cas, moyennant un préavis à la CISR selon lequel qu’il y aurait lieu de changer l’ordre des interrogatoires. Le procureur n’a pas à interroger d’abord le demandeur d’asile qu’il représente dans tous les cas et je suis convaincu, d’après la preuve additionnelle qui a été déposée en l’espèce, que les commissaires ont le pouvoir de changer, et qu’ils changent effectivement, l’ordre des interrogatoires quand une demande accompagnée des renseignements à l’appui leur est soumise.

[121] La déformation perçue du rôle du commissaire est un autre facteur qui a été soulevé en l’espèce. Prendre quotidiennement des décisions ayant des répercussions profondes sur la vie des personnes qui comparaissent devant eux est extrêmement difficile. Les Directives n° 7 ajoutent à ce fardeau étant donné que les commissaires doivent souvent prendre un rôle prépondérant dans les interrogatoires lorsqu’aucun APR n’est présent, ce qui est de plus en plus fréquent.

[122] Les demandeurs font valoir que même si un commissaire peut et devrait poser des questions pour préciser des points qui sont soulevés au cours de l’audience, il n’est pas approprié que le commissaire adopte le rôle du procureur ou celui de l’APR en interrogeant ou en contre-interrogeant un demandeur d’asile. Le commissaire devrait demeurer au-dessus de la mêlée afin de pouvoir évaluer impartialement la preuve présentée au cours de l’audience et n’intervenir que lorsque cela est nécessaire pour préciser un point ou recueillir d’autres éléments de preuve nécessaires à sa décision si cette preuve n’a pas déjà été obtenue par le procureur ou l’APR. Les Directives n° 7, allègue-t-on, font obstacle au rôle d’arbitre du commissaire, ce qui contribue davantage au déni d’équité procédurale.

[123] À l’appui de cet argument, les demandeurs citent une déclaration du juge Stone de la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Rajaratnam c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1991] A.C.F. n° 1271 (C.A.) (QL) (*Rajaratnam*) dans lequel il faisait observer que la Cour craignait que « la commissaire ait, par ses questions, quitté son rôle judiciaire pour prendre celui d’un avocat ». Cela s’est produit dans le contexte d’un

questioning by the member after the evidence of the claimant had already been elicited by counsel and the refugee hearing officer. Justice Stone referred to the principles respecting judicial intervention in hearings and concluded that the questioning had remained within the bounds of propriety.

[124] The question was raised in *Rajaratnam* by the Court on its own motion and does not appear to have been fully argued by the parties. Moreover it occurred in the context of proceedings under the former legislation and the order of questioning was not in issue. Justice Stone's discussion supports the principles that a Board member must act fairly, impartially and judiciously, and does not stand, in my view, for the proposition that a member should not question a claimant or, indeed, that a member may not question in advance of the claimant's counsel.

[125] Some of the applicants have submitted that an additional factor in determining the content of the duty of fairness in refugee hearings should be the short time allowed for the preparation of the claimant's Personal Information Form (PIF). The argument is that as it is more difficult to present a complete history within the 28-day deadline, this has made it all the more necessary for claimants to present their cases first with the assistance of counsel. Further, they submit, the filing of the PIF and the presentation of the claimant's narrative in written form does not mitigate the need for an examination-in-chief. This is particularly so because of the central role that credibility determinations play in refugee proceedings. Since natural justice requires that credibility be assessed primarily on the basis of *viva voce* evidence, it follows that presentation of the PIF is not an adequate substitution for an examination-in-chief, the applicants submit.

[126] However, as also found by Justice Blanchard, the PIF is not the only way claimants may tell their story to the panel. They may also submit documentary

interrogatoire serré effectué par la commissaire après que la preuve du demandeur d'asile eut été expliquée par son avocat et par l'agent chargé de la revendication. Le juge Stone a fait référence aux principes ayant trait à l'intervention judiciaire dans les audiences et il a conclu que l'interrogatoire était demeuré à l'intérieur des limites acceptables.

[124] Dans l'arrêt *Rajaratnam*, la question a été soulevée par la Cour de sa propre initiative et ne semble pas avoir été pleinement débattue par les parties. En outre, cela s'est produit dans le contexte d'une instance introduite sous l'ancienne loi et l'ordre des interrogatoires n'était pas en cause. L'analyse du juge Stone appuie les principes selon lesquels un commissaire doit agir équitablement, impartialement et judicieusement, mais elle n'établit pas, à mon avis, qu'un commissaire ne devrait pas interroger un demandeur d'asile ni, en fait, qu'un commissaire ne peut interroger le demandeur d'asile avant le procureur de ce dernier.

[125] Certains des demandeurs ont fait valoir qu'un autre facteur permettant de déterminer la teneur de l'obligation d'équité dans les audiences relatives aux demandes d'asile est le court laps de temps accordé pour la préparation du formulaire de renseignements personnels (le FRP) du demandeur d'asile. Selon cet argument, comme il est plus difficile de présenter un récit complet dans un délai de 28 jours, il est d'autant plus nécessaire que les demandeurs d'asile exposent d'abord leur cause avec l'aide de leur procureur. En outre, d'après les demandeurs, le dépôt du FRP et la présentation par écrit de l'exposé narratif du demandeur d'asile n'atténuent pas la nécessité d'un interrogatoire principal. Cela est particulièrement vrai en raison du rôle clé que jouent les conclusions sur la crédibilité dans les procédures relatives à la détermination du statut de réfugié. Étant donné que la justice naturelle exige que la crédibilité soit évaluée principalement sur la base de témoignages de vive voix, il s'ensuit, selon les demandeurs, que la présentation du FRP n'est pas un substitut approprié à un interrogatoire principal.

[126] Toutefois, comme l'a également statué le juge Blanchard, le FRP n'est pas le seul moyen dont disposent les demandeurs d'asile pour raconter leur récit

evidence, make further written submissions before the hearing, make oral representations at the hearing and may have the opportunity to subsequently file further submissions. Claimants are not limited by their PIFs nor are any problems with the PIF process sufficient to elevate the standard of procedural fairness at the hearing to require a form of examination-in-chief.

Conclusion on the *Baker* analysis

[127] I have no difficulty, after considering the *Baker* factors and the further factors submitted by the applicants, in deciding that it has not been established that natural justice requires that counsel for a refugee claimant be provided with the opportunity to question the claimant first in order for the claimant to have a meaningful opportunity to present his or her case fully and fairly, or that the Guideline results in denial of the effective assistance of counsel.

[128] I agree with the conclusion reached by Justice Blanchard that the opportunity for the applicant to make written submissions and provide evidence to the Board, to have an oral hearing with the participation of counsel, and to make oral submissions, satisfies the requirements of the participatory rights required by the duty of fairness and that Guideline 7 does not, in itself, breach that duty.

Was the Discretion of Board Members Fettered by the Imposition and Implementation of Guideline 7?

[129] A convenient starting point for an analysis of this issue is the decision of the Ontario Court of Appeal in *Ainsley Financial Corp. v. Ontario Securities Commission* (1994), 21 O.R. (3d) 104 (*Ainsley*). In that case, the issue was whether an Ontario Securities Commission policy statement was actually a set of binding rules and thus required legislative or regulatory authority.

[130] At the trial level, the Court in *Ainsley* found the statement to be mandatory and regulatory in nature

à la CISR. Ils peuvent également produire des documents, présenter des prétentions écrites avant l'audience, faire des observations de vive voix à l'audience et déposer de nouvelles prétentions écrites après l'audience. Les demandeurs d'asile ne sont pas limités par leur FRP et les problèmes suscités par le processus de présentation du FRP ne sont pas suffisamment graves pour élever la norme de l'équité procédurale à l'audience au point d'exiger un interrogatoire principal.

Conclusion de l'analyse fondée sur l'arrêt *Baker*

[127] Après avoir examiné les facteurs énoncés dans l'arrêt *Baker* et les autres facteurs présentés par les demandeurs, je n'ai aucune difficulté à conclure qu'il n'a pas été établi que la justice naturelle exige que le procureur d'un demandeur d'asile interroge d'abord son client de sorte que celui-ci ait une possibilité valable de présenter complètement et équitablement sa cause, ou que les Directives privent réellement le demandeur d'asile de l'aide que peut lui apporter son procureur.

[128] Je souscris à la conclusion du juge Blanchard selon laquelle la possibilité, pour le demandeur, de déposer des prétentions écrites et de produire une preuve devant la CISR, d'obtenir une audience à laquelle participe son procureur et de présenter des observations de vive voix satisfait aux exigences relatives aux droits de participation requis par l'obligation d'équité et que les Directives n° 7 ne contreviennent pas en soi à cette obligation.

L'imposition et la mise en œuvre des Directives n° 7 ont-elles entravé le pouvoir discrétionnaire des commissaires?

[129] La décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Ainsley Financial Corp. v. Ontario Securities Commission* (1994), 21 O.R. (3d) 104 (*Ainsley*) est un bon point de départ pour faire l'analyse de cette question. Dans cette affaire, il s'agissait de savoir si un énoncé de politique de la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario était en fait une série de règles obligatoires qui relevaient donc d'un pouvoir de législation ou de réglementation.

[130] En première instance, la Cour a statué dans *Ainsley* que l'énoncé était obligatoire et de nature

based on three factors: (1) the language of the policy; (2) the practical effect of failing to comply with the policy; and (3) the evidence with respect to the expectations of the Commission and staff regarding the implementation of the policy: see *Ainsley Financial Corp. v. Ontario Securities Commission* (1993), 14 O.R. (3d) 280 (Gen. Div.).

[131] In upholding that decision, the Court of Appeal held that the two factors of particular importance in determining whether a guideline has “crossed the Rubicon” dividing the not always clear line between guideline and regulation are the language of the statement and the threat of coercive action. In that case, the guideline read like a statute or regulation. Further, it made a direct link between compliance being “in the public interest” and the Commission’s power to sanction for infringement of that interest. As stated by Justice Doherty [at paragraph 20] for the Court, “[t]he threat of sanction for non-compliance is the essence of a mandatory requirement.”

[132] *Ainsley* was followed by the Federal Court of Appeal in *Ha v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2004] 3 F.C.R. 195 (*Ha*). *Ha* dealt with a policy which provided that counsel were not permitted to attend interviews with visa officers. The Court of Appeal concluded, at paragraphs 74-77, that the policy fettered the discretion of visa officers because of the mandatory nature of the language used, there was no indication that the officers had a duty to consider the particular circumstances of each case, the policy gave no guidance to the officers as to how to exercise that discretion other than to deny the attendance of counsel in each case, the objective evidence indicated that the officer in question treated the policy as fettering his discretion and the respondent had offered no evidence to indicate that counsel had ever been allowed to attend.

[133] In *Thamotharem*, Justice Blanchard determined that the implementation of Guideline 7 had the effect of

réglementaire en s’appuyant sur trois facteurs : 1) le texte de la politique; 2) l’effet pratique du manquement à cette politique; et 3) la preuve ayant trait aux attentes de la Commission et de son personnel concernant la mise en œuvre de la politique : voir *Ainsley Financial Corp. v. Ontario Securities Commission* (1993), 14 O.R. (3d) 280 (Div. gén.).

[131] En maintenant cette décision, la Cour d’appel a conclu que les deux facteurs les plus importants pour déterminer si la ligne directrice avait « franchi le Rubicon », soit la limite parfois floue entre une ligne directrice et un règlement, étaient le texte de l’énoncé et la menace de mesures coercitives. Dans cette affaire, la ligne directrice se lisait comme une loi ou un règlement. En outre, elle établissait un lien direct entre le fait que son respect était dans « l’intérêt public » et le pouvoir de la Commission d’imposer des sanctions pour les atteintes à cet intérêt. Comme le déclarait le juge Doherty [au paragraphe 20] au nom de la Cour d’appel, [TRADUCTION] « la menace d’une sanction pour manquement à cette ligne directrice est l’essence même d’une condition obligatoire ».

[132] L’arrêt *Ainsley* a été suivi par la Cour d’appel fédérale dans *Ha c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2004] 3 R.C.F. 195 (*Ha*). L’arrêt *Ha* traitait d’une politique qui prévoyait que les avocats n’étaient pas autorisés à assister aux entrevues menées par les agents des visas. La Cour d’appel a conclu, aux paragraphes 74 à 77, que cette politique entravait le pouvoir discrétionnaire des agents des visas en raison de la nature obligatoire de la terminologie utilisée, du fait que rien n’indiquait que les agents avaient l’obligation d’examiner les circonstances particulières de chaque cas, que la politique ne donnait aux agents aucune orientation sur la façon d’exercer ce pouvoir discrétionnaire, sauf refuser aux avocats la possibilité d’assister à l’entrevue dans chaque cas, que la preuve objective indiquait que l’agent en question considérait la politique comme une entrave à son pouvoir discrétionnaire et que l’intimé n’avait produit aucune preuve pour établir que des avocats avaient déjà été autorisés à assister à ces entrevues.

[133] Dans la décision *Thamotharem*, le juge Blanchard a statué que l’application des Directives n° 7

fettering a Board member's discretion to decide the most appropriate process to follow in the circumstances of each case. Fundamental to the right of a fair hearing is that a Board member exercise independent judgment in deciding a case on its merits free from undue influence. Such fettering, in Justice Blanchard's view, constitutes undue influence upon the member and violates the principles of procedural fairness.

[134] The factors relied upon by Justice Blanchard in arriving at this conclusion are set out in paragraph 135 of his reasons which I reproduce below in part:

In the instant case, I am satisfied that there is significant evidence that the IRB made known to its members that they are expected to comply with the guideline save in exceptional cases. The problem is not so much with the expression of this expectation by the IRB, but rather its combination with a number of factors: the monitoring and expectation of compliance, the evidence of compliance, and especially the mandatory language of Guideline 7. These factors, in my view, all serve to fetter Board members' discretion. As Mr. Aterman acknowledged in testimony given on cross-examination: "It's a balancing which respects adjudicative independence on the one hand and the public and institutional interests in consistency on the other hand". In the circumstances of this case, the balancing of these interests, essentially because of the mandatory language used in Guideline 7, results in the interests of consistency outweighing the adjudicative independence of the Board member. The mandatory language of Guideline 7, the limited and narrow description of exceptional circumstances provided for in the guideline and the not so subtly expressed expectation of compliance by the IRB, all combine to limit a Board member's discretion. The fact that there are cases where a Board member has chosen not to follow the guideline does not cure these deficiencies.

[135] Since its release, *Thamotharem* has been followed in two other cases: *Jin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2006), 40 Admin. L.R. (4th) 266 (F.C.) (*Jin*) and *Vazquez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 106 (*Vazquez*). Both cases were heard and decided shortly after the reasons in *Thamotharem* were released.

avait pour effet d'entraver le pouvoir discrétionnaire d'un commissaire de décider de la meilleure procédure à suivre compte tenu des circonstances de chaque cas. Le fait qu'un commissaire statue sur le bien-fondé d'une affaire de manière indépendante, sans aucune influence indue, est un élément fondamental du droit à une audience impartiale. Une telle entrave constitue, de l'avis du juge Blanchard, l'exercice d'une influence indue sur le commissaire et viole les principes de l'équité procédurale.

[134] Les facteurs sur lesquels le juge Blanchard s'appuie pour parvenir à cette conclusion sont énoncés au paragraphe 135 de ses motifs, qui sont reproduits en partie ci-dessous :

En l'espèce, je suis convaincu que la Cour dispose d'une preuve abondante démontrant que la Commission a fait savoir à ses membres qu'elle s'attendait à ce qu'ils se conforment aux directives, sauf dans des cas exceptionnels. Le problème ne concerne pas réellement l'expression de cette attente par la Commission, mais plutôt le fait qu'elle s'ajoute à d'autres facteurs : l'attente concernant l'observation des directives et la surveillance de cette observation, la preuve du respect des Directives n° 7 et, en particulier, le libellé contraignant de celles-ci. À mon avis, tous ces facteurs entravent le pouvoir discrétionnaire des commissaires. Comme M. Aterman l'a reconnu lors de son contre-interrogatoire : [TRADUCTION] « [c]et équilibre respecte l'indépendance des commissaires en matière de décision, d'une part, et les intérêts du public et de l'organisation en matière d'uniformité d'autre part. » Dans les circonstances de l'espèce, l'uniformité l'emporte sur l'indépendance des commissaires en matière de décision, essentiellement en raison du libellé contraignant des Directives n° 7. Ce libellé, la description restrictive des circonstances exceptionnelles contenue dans les directives et l'attente exprimée de manière pas très subtile par la Commission en matière de conformité ont pour effet de limiter le pouvoir discrétionnaire des commissaires. Le fait qu'il y a des cas où un commissaire a choisi de ne pas suivre les directives ne corrige pas le problème.

[135] Depuis sa publication, la décision *Thamotharem* a été suivie dans deux autres affaires : *Jin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 57 (*Jin*) et *Vazquez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 106 (*Vazquez*). Ces deux affaires ont été entendues et décidées peu après la publication des motifs de la décision *Thamotharem*.

[136] In *Jin*, the Court was urged by the respondent to follow *Zaki* and not *Thamotharem*. The Court declined to do so, noting that the two decisions were not in conflict on the central question of whether Guideline 7, in itself, breaches procedural fairness. The Court concluded that *Zaki* was distinguishable for the reasons cited by Justice Blanchard. The Court indicated it was fully in agreement with Justice Blanchard's analysis of the fettering issue.

[137] Contrary to what may have been suggested in *Jin*, fettering was argued and considered in *Zaki*, albeit without the extensive evidence and submissions that were before the Court in *Thamotharem*. The Court concluded that fettering could not be established in a hypothetical context and that on the record there was no evidence to support such a finding. At paragraph 16 the Court stated that the Guideline 7:

... incorporates a flexible approach to the use of the RPD-first order of questioning; there is no rigid rule that purports to bind the RPD. It is up to each panel to determine, upon application, what order of questioning will be used. Whether a claimant will be granted the right to proceed first will depend on the facts of each case.

[138] In *Vazquez*, the oral hearing took place while the decision in *Thamotharem* was pending. The Court gave counsel the opportunity to submit written submissions once the *Thamotharem* reasons were available. Due to an administrative error, the respondent's submissions were not placed before the Court before the order was initially signed on January 31, 2006 (see the amended reasons issued February 9, 2006). Thus they were not taken into account in the reasons for the decision which refer solely to the *Thamotharem* and *Jin* decisions.

[139] In these proceedings, the respondent urges the Court to depart from the conclusions with respect to fettering reached by my colleague in *Thamotharem*. The issue, the respondent submits, is whether the working

[136] Dans la décision *Jin*, le défendeur demandait instamment à la Cour de suivre la décision *Zaki* et non la décision *Thamotharem*. La Cour a refusé de le faire, en notant que les deux décisions n'étaient pas en contradiction sur la question fondamentale de savoir si les Directives n° 7, en elles-mêmes, allaient à l'encontre de l'équité procédurale. La Cour a conclu qu'il y avait lieu d'établir une distinction avec la décision *Zaki* pour les motifs énoncés par le juge Blanchard. Elle a indiqué qu'elle souscrivait entièrement au raisonnement du juge Blanchard sur la question de l'entrave au pouvoir discrétionnaire.

[137] Contrairement à ce qui a pu être allégué dans la décision *Jin*, la question de l'entrave a été débattue et analysée dans la décision *Zaki*, bien que la Cour n'eût pas disposé de la preuve et des observations abondantes dont elle était saisie dans l'affaire *Thamotharem*. La Cour a conclu que l'entrave ne pouvait être établie dans un contexte théorique et que le dossier ne permettait pas d'étayer une telle conclusion. Au paragraphe 16, la Cour déclare que les Directives n° 7 :

[...] renferment donc une certaine flexibilité dans l'application de la règle qui accorde une priorité d'interrogatoire à la SPR; il n'y a pas de règle rigide qui prétende s'imposer à la SPR. Il appartient à chaque tribunal de déterminer, sur demande, l'ordre qui sera retenu pour les interrogatoires. Selon les circonstances de chaque affaire, le demandeur d'asile se verra ou non accorder la priorité d'interrogatoire.

[138] Dans la décision *Vazquez*, l'audience a eu lieu avant le prononcé de la décision *Thamotharem*. La Cour a donné aux avocats la possibilité de déposer des observations écrites après la publication des motifs de la décision *Thamotharem*. En raison d'une erreur administrative, les observations du défendeur n'ont pas été déposées devant la Cour avant que l'ordonnance n'ait été signée une première fois le 31 janvier 2006 (voir les motifs modifiés prononcés le 9 février 2006). Ils n'ont donc pas été pris en compte dans les motifs de la décision qui font uniquement référence aux décisions *Thamotharem* et *Jin*.

[139] En l'espèce, le défendeur demande à la Cour de s'écarter des conclusions ayant trait à l'entrave auxquelles est parvenu mon collègue dans la décision *Thamotharem*. Selon le défendeur, la question est de

and implementation of Guideline 7 has crossed the line between a non-mandatory guideline and a mandatory pronouncement having the same effect as a statutory instrument, such as a rule made by the Chairperson under the authority of IRPA section 161.

[140] I think it fair to say that my colleague Justice Blanchard relied less upon the factual history of the matter before him in *Thamotharem* and more upon the evidence relating to the form and content of the Guideline and the manner in which it was implemented in reaching his conclusion that Board members' discretion was fettered by the imposition of the Guideline. Indeed the applicants have submitted, as discussed above, that had he had a record before him similar to certain of those in these proceedings, he may have found that a higher degree of procedural protection was called for.

[141] The respondent points out that there was no evidence on the record in *Thamotharem* of a refusal by the Board member to exercise his discretion to vary the order of questioning due to the claimant's particular circumstances, no evidence of any particular vulnerability that would make testimony difficult, no argument of improper questioning and no request to vary the order outside the assertion of an absolute right to an examination-in-chief.

[142] The finding in *Thamotharem* that members' discretion is fettered turns on the language of the Guideline itself and the extrinsic evidence about how it could be interpreted and applied by RPD members and not on the facts of the particular case.

[143] At paragraph 119 of his reasons, Justice Blanchard found that the language of Guideline 7 left little doubt that the thrust of the Guideline indicates to Board members a mandatory process rather than a

savoir si le fonctionnement et l'application des Directives n° 7 a franchi la limite qui existe entre une ligne directrice non obligatoire et une déclaration obligatoire ayant le même effet qu'un texte réglementaire, par exemple une règle prise par le président conformément au pouvoir qui lui est conféré par l'article 161 de la LIPR.

[140] Je crois qu'il est juste de dire que mon collègue le juge Blanchard s'est appuyé moins sur les faits de l'affaire dont il était saisi dans *Thamotharem* que sur la preuve ayant trait à la forme et au contenu des Directives ainsi que sur la manière dont celles-ci étaient appliquées pour parvenir à sa conclusion selon laquelle l'imposition des Directives a entravé l'exercice du pouvoir discrétionnaire des commissaires. En fait, les demandeurs ont fait valoir, comme il en a été question ci-dessus, que s'il avait été saisi d'un dossier semblable à certains de ceux qui sont traités en l'espèce, il aurait pu conclure qu'un degré plus élevé de protection procédurale s'imposait.

[141] Le défendeur souligne que, dans l'affaire *Thamotharem*, il n'y avait aucune preuve au dossier indiquant qu'un commissaire avait refusé d'exercer son pouvoir discrétionnaire de modifier l'ordre des interrogatoires en raison de la situation particulière du demandeur d'asile, aucune preuve d'une vulnérabilité particulière qui aurait rendu son témoignage difficile, aucun argument faisant valoir que des questions déplacées avaient été posées et aucune demande faite en vue de modifier l'ordre des interrogatoires, à l'exception de l'affirmation d'un droit absolu à un interrogatoire principal.

[142] La conclusion tirée dans la décision *Thamotharem* selon laquelle il y a eu entrave au pouvoir discrétionnaire des commissaires s'appuie sur le libellé même des Directives et sur la preuve extrinsèque de la façon dont elles peuvent être interprétées et appliquées par les commissaires de la SPR, et non sur les faits particuliers de la cause.

[143] Au paragraphe 119 de ses motifs, le juge Blanchard a conclu que le libellé des Directives n° 7 laissait peu de doute quant au fait qu'elles ne recommandent pas un processus facultatif, mais

recommended but optional process: paragraph 19 provides that the standard practice will be for the RPO to begin, and if no RPO is participating at the hearing, the Board member will begin. Further, while paragraph 23 allowed for the Board member to vary the order of questioning, the basis for the finding by the Court in *Zaki* that it was sufficiently flexible, Justice Blanchard found that it set a high threshold for what constitutes “exceptional circumstances”: the claimant must be “severely” disturbed and the child must be “very” young for an exception to apply. He concluded that while these may be just examples, they restrict the sort of circumstances that may warrant an exception. He went on to state these views on the language used in Guideline 7:

The use of qualifiers such as “severely” and “very” leave little doubt that the scope of “such circumstances” contemplated by the guideline is limited. There may well be circumstances which do not fit within the scope of those “exceptional circumstances” contemplated in Guideline 7 which, in the discretion of the Board member, would warrant proceeding otherwise than by the standard order of questioning. The language of paragraph 23 may leave a member with the impression that he or she has no option but to follow the guideline in such cases. At the very least, in my view, paragraph 23 by requiring “exceptional circumstances” for straying from the norm deters the member from considering other factors before deciding what order of questioning is appropriate. Guideline 7 would in effect, in such a case, serve to fetter the member’s discretion.

[144] In urging me to depart from these conclusions, the respondent submits that the language of the Guideline has to be read as permissive rather than mandatory in keeping with the principles established in *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2, that discretion given by statute cannot be confined by general policy statements and that a term such as “will normally” does not mean “in every case”. Here, the respondent submits, the contextual evidence including the Board’s policy on the use of guidelines, indicate that members retain discretion to vary the order of questioning where they deem it appropriate.

établissent un processus obligatoire : le paragraphe 19 prévoit que ce sera normalement l’APR qui commencera et, en l’absence d’un APR, le commissaire. En outre, bien que le paragraphe 23 autorise le commissaire à modifier l’ordre des interrogatoires, le fondement qui a permis à la Cour, dans l’affaire *Zaki*, de parvenir à la conclusion qu’elles étaient suffisamment souples, le juge Blanchard a estimé que le paragraphe 23 fixait une norme rigoureuse quant à la nature des « circonstances exceptionnelles » : le demandeur d’asile doit être « très » perturbé ou l’enfant doit être « très » jeune pour qu’une exception s’applique. Il a conclu que bien que ces exemples ne soient peut-être que des exemples, ils limitent le type de circonstances pouvant justifier une exception. Il explique ensuite cette opinion en utilisant le libellé des Directives n° 7 :

L’emploi de l’adverbe « très » laisse peu de doute quant au fait que ces circonstances sont limitées. Des circonstances qui ne sont pas incluses dans ces « circonstances exceptionnelles » pourraient, de l’avis d’un commissaire, justifier que les interrogatoires se déroulent dans un ordre différent de l’ordre normalisé. Le libellé du paragraphe 23 peut laisser à un commissaire l’impression qu’il n’a d’autre choix que de suivre les directives dans de tels cas. À tout le moins selon moi, en prévoyant qu’il est possible de s’écarter de la norme uniquement dans des « circonstances exceptionnelles », le paragraphe 23 dissuade les commissaires de tenir compte d’autres facteurs avant de décider de l’ordre dans lequel les interrogatoires devraient se dérouler. Les Directives n° 7 auraient effectivement pour effet, dans un tel cas, d’entraver le pouvoir discrétionnaire du commissaire.

[144] En me demandant instamment de m’écarter de ces conclusions, le défendeur soutient que le libellé des Directives doit être lu comme facultatif plutôt qu’obligatoire pour respecter les principes établis dans l’arrêt *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2, selon lesquels le pouvoir discrétionnaire conféré par une loi ne peut être restreint par des énoncés de politique générale et qu’une expression telle que « sera normalement » ne signifie pas « dans tous les cas ». En l’espèce, selon le défendeur, la preuve contextuelle portant notamment sur la politique de la CISR relative à l’utilisation des directives indique que les commissaires conservent le pouvoir discrétionnaire de changer l’ordre des interrogatoires quand ils le jugent approprié.

[145] The respondent relies on the new evidence attached to the affidavit of Asad Kiyani, some 40 decisions and excerpts of transcripts from hearings before various RPD members, which, the respondent submits, demonstrate that the conclusion that members' discretion has been fettered is not shared by the members themselves. I note that Justice Blanchard had evidence before him of Board members deviating from the Guideline order of questioning although the evidence was not as extensive as that filed by the respondent in these proceedings.

[146] While the attachments to the Kiyani affidavit provide only a selective picture of the response of Board members to Guideline 7, they support the respondent's contention that the discretion of Board members is not fettered by Guideline 7 and that members are not restricting themselves to the exceptional examples set out in paragraph 23 of Guideline 7 as an exhaustive list of instances in which the order of questioning should be varied as Justice Blanchard feared.

[147] In each of the cases, the member considers the applicability of the Guideline in the circumstances and then decides whether the order of questioning should be varied. There are no indications in these exhibits that Board members believe that they will be punished for failing to implement the standard order of questioning. Nor do they support the conclusion that the Guideline has the effect of causing a member, in conducting a hearing, to question whether he or she can adopt a particular procedure or a particular order of questioning of a claimant when the Board member legitimately holds the view that the standard order prescribed by the Guideline is not the best or fairest way to proceed in the circumstances.

[148] In Exhibit A-1, counsel objected to the Guideline on the basis that it violates natural justice. The member stated that she had no difficulty with counsel going first but suggested that if his objection was a matter of routine, that in the future he put it in writing in advance of the hearing.

[145] Le défendeur s'appuie sur les nouveaux éléments de preuve joints à l'affidavit d'Asad Kiyani, soit quelque 40 décisions et des extraits des transcriptions des audiences qui ont eu lieu devant divers commissaires qui, selon lui, démontrent que la conclusion selon laquelle le pouvoir discrétionnaire des commissaires a été entravé n'est pas partagée par les commissaires eux-mêmes. Je note que le juge Blanchard était saisi d'une preuve indiquant que les commissaires s'étaient écartés de l'ordre des interrogatoires prévu dans les Directives, bien que cette preuve n'ait pas été aussi détaillée que celle qui a été déposée par le défendeur en l'espèce.

[146] Bien que les pièces jointes à l'affidavit Kiyani n'offrent qu'un aperçu sélectif de la réponse des commissaires aux Directives n° 7, elles appuient la prétention du défendeur selon laquelle les Directives n° 7 n'entravent pas l'exercice du pouvoir discrétionnaire des commissaires et que ceux-ci ne croient pas que les exemples de circonstances exceptionnelles donnés au paragraphe 23 des Directives n° 7 constituent une liste complète des cas où l'ordre des interrogatoires peut être modifié, comme le craignait le juge Blanchard.

[147] Dans chaque cas, le commissaire examine l'applicabilité des Directives dans les circonstances et décide ensuite si l'ordre des interrogatoires doit être modifié. Rien dans les pièces déposées n'indique que les commissaires croient qu'ils seront pénalisés pour n'avoir pas appliqué l'ordre normalisé des interrogatoires. Les pièces jointes n'appuient pas non plus la conclusion selon laquelle les Directives ont pour effet d'amener un commissaire, au cours de l'audience, à se demander s'il ou elle doit adopter une procédure particulière ou un ordre particulier d'interrogatoires quand il ou elle croit légitimement que l'ordre normalisé prescrit par les Directives n'est pas la meilleure ou la plus équitable des façons de procéder dans les circonstances.

[148] Dans la pièce A-1, l'avocat s'est opposé aux Directives au motif qu'elles vont à l'encontre de la justice naturelle. La commissaire a déclaré qu'elle ne trouvait rien à redire à ce que le procureur interroge d'abord son client, mais elle a ajouté que, si son objection était une question de routine, il devrait à l'avenir la déposer par écrit avant l'audience.

[149] In Exhibit A-4 the member stated the following:

[TRANSLATION]

I will follow another procedure today. Generally when there is no officer, it is the member who begins the examination. I will allow counsel to begin the examination, and if afterwards I must clarify what is lacking, to fill in the shortcomings, then I will do so. But I will instruct counsel in order to guide him, which concerns me at the moment.

[150] In Exhibit A-6, the member said she was not fully persuaded that changing the order of questioning was necessary because she was “very experienced in dealing with claims of gender and gender violence” but proceeded to grant the exception. A similar result occurred in A-7.

[151] In Exhibits A-8 and A-9, the member does not consider the particular circumstances of the claimant before him but addresses the validity of the Guideline in general. Although it is not clear from his reasons whether the member considered whether the applicant before him fell within the paragraph 23 examples, a review of the Tribunal record for each of these cases (which are part of the consolidated action) shows that the applicant’s counsel in each case did not raise a specific objection to the implementation of Guideline 7 based on the circumstances of the particular claimant. Counsel raised only a general objection to the Guideline without stating why the claimant should be questioned by counsel first.

[152] In the cases adjudicated by a Board member opposed to the implementation of the Guideline (exhibits A-2, A-3, A-11, B-1), a Mr. Steve Ellis, each set of reasons includes an “Appendix A” that is a 38-page analysis of why the Guideline in his view violates natural justice and why he therefore refuses to apply it. It is clear from his reasons that member Ellis believes that he has the discretion to reject the Guideline in its entirety.

[153] There are several decisions in which counsel submitted evidence of psychological or emotional

[149] Dans la pièce A-4, le commissaire a déclaré ce qui suit :

Je vais suivre une autre procédure [sic] aujourd’hui. Généralement c’est [sic] quand il n’y a pas d’agent, c’est le commissaire qui commence l’examen. Je vais permettre à Maître de commencer l’examen, et si j’ai des questions après [sic] pour clarifier ce qui manque, pour remplir les lacunes, alors je vais le faire. Mais je vais donner des indications à Maître pour le guider, ce qui me concerne en ce moment.

[150] Dans la pièce A-6, la commissaire a déclaré qu’elle n’était pas totalement persuadée qu’une modification de l’ordre des interrogatoires était nécessaire parce qu’elle avait [TRANSLATION] « beaucoup d’expérience dans le traitement des revendications fondées sur le sexe et la violence », mais elle a quand même accordé l’exception. Un résultat semblable a été obtenu dans la pièce A-7.

[151] Dans les pièces A-8 et A-9, le commissaire n’examine pas la situation particulière du demandeur d’asile, mais s’interroge sur la validité des Directives en général. Bien que ses motifs n’indiquent pas clairement s’il estime que le demandeur d’asile qui se tenait devant lui était visé par les exemples donnés au paragraphe 23, un examen du dossier du tribunal pour chacune de ces causes (qui font partie de la réunion d’instances) fait ressortir que, dans chaque cas, le procureur du demandeur n’a pas soulevé d’objection précise à l’application des Directives n° 7 compte tenu de la situation particulière de son client. Les procureurs n’ont soulevé qu’une objection générale à l’application des Directives sans indiquer pourquoi ils devaient être les premiers à interroger les demandeurs d’asile.

[152] Dans les cas tranchés par un commissaire opposé à l’application des Directives (pièces A-2, A-3, A-11, B-1), un certain Steve Ellis, chaque série de motifs comprend une « Annexe A », soit une analyse de 38 pages expliquant pourquoi, à son avis, les Directives contreviennent à la justice naturelle et pourquoi il refuse de les appliquer. Il ressort clairement des motifs du commissaire Ellis que celui-ci croit qu’il a le pouvoir discrétionnaire de rejeter entièrement les Directives.

[153] Il y a maintes décisions dans lesquelles les procureurs ont déposé des preuves de fragilité

frailty, or the Board was otherwise aware of the condition, and the member allowed the order of questioning to be reversed: B-2, B-3, B-5, B-8, B-11, B-12, C-2, C-3, C-4, C-6. In others, an RPO was not present at the hearing and the member opted to have counsel question first: B-9, C-9, C-15.

[154] In the cases attached as exhibits C-7 and C-8 to the Kiyani affidavit, the Board member states that the order of questioning is being varied on the member's own motion, rather than upon application by the claimant, after having taken into account the particular circumstances of the claimant.

[155] In Exhibit B-7, while the member refers to "exceptional circumstances" she accedes to a request to change the order of questioning because counsel indicated that the claimant, an 18-year old Iranian national, was accustomed to different institutions "and because counsel was Iranian and knowledgeable of Iranian culture."

[156] These examples indicate to me that members understand that the illustrations of exceptional circumstances provided by the Guideline are simply that and that members feel free to apply them broadly.

[157] In contrast, the strongest evidence put forward by the applicants is an excerpt from the Board's decision in *Baskaran* (Board file: TA1-07530) [indexed as: *R.A.Y. (Re)*, [2002] C.R.D.D. No. 236 (QL)], attached to Mr. Boulakia's affidavit, in which the member stated:

We have been told that we have to do the questioning first and your counsel will be asking you questions after that, and that's the procedure we have to follow. . . .

[158] The applicants point to this excerpt as indicating that members would feel under pressure to conform to the practice outlined in the Guideline, out of loyalty to the institution and, in some cases, from a lack of confidence in their own discretion and ability to make

psychologique ou émotionnelle, ou dans lesquelles la CISR avait été informée de la situation du demandeur d'asile d'une autre façon et où le commissaire a autorisé la modification de l'ordre des interrogatoires : B-2, B-3, B-5, B-8, B-11, B-12, C-2, C-3, C-4 et C-6. Dans d'autres cas, aucun APR n'était présent à l'audience et le commissaire a laissé le procureur poser ses questions en premier : B-9, C-9, C-15.

[154] Dans les dossiers joints en tant que pièces C-7 et C-8 à l'affidavit Kiyani, le commissaire déclare qu'il a modifié de sa propre initiative l'ordre des interrogatoires, sans que le demandeur d'asile le réclame, après avoir tenu compte de la situation particulière de ce dernier.

[155] Dans la pièce B-7, bien que la commissaire fasse référence à des « circonstances exceptionnelles », elle a accepté la demande visant à modifier l'ordre des interrogatoires parce que le procureur lui a indiqué que le demandeur d'asile, un Iranien de 18 ans, était habitué à des institutions différentes [TRADUCTION] « et parce que le procureur était Iranien et connaissait la culture iranienne ».

[156] Tous ces exemples tendent à prouver que les commissaires comprennent que les exemples de circonstances exceptionnelles fournis dans les Directives ne sont que des exemples et qu'ils se sentent libres de donner à ces Directives une application large.

[157] Par ailleurs, la preuve la plus forte qui a été déposée par les demandeurs est un extrait d'une décision de la CISR dans l'affaire *Baskaran* (dossier de la CISR TA1-07530) [répertorié : *R.A.Y. (Re)*, [2002] D.S.S.R. n° 236 (QL)], jointe à l'affidavit de M. Boulakia, et dans lequel le commissaire déclare ceci :

[TRADUCTION] On nous a donné instruction de vous interroger en premier, à la suite de quoi votre procureur vous posera des questions, et c'est là la procédure que nous devons suivre [. . .]

[158] Les demandeurs soutiennent que cet extrait indique que les commissaires se sentent obligés de se conformer à la pratique énoncée dans les Directives, par loyauté à l'institution et, dans certains cas, parce qu'ils n'ont pas confiance en leur propre pouvoir discrétion-

independent decisions as to the correct procedure to follow. The *Baskaran* excerpt may be an example of the latter. While troubling, it does not in itself justify the conclusion that this was a broadly held view among Board members.

[159] Professor Galloway's evidence as a former Board member also lends support to the applicants' contentions as to how the Guideline would be interpreted and applied by RPD members. However, he had no direct experience with the implementation of the Guideline and his evidence as to how the Guideline would be interpreted and applied by members was, while helpful, largely speculative.

[160] The respondent asks the Court to give greater weight to the testimony of Mr. Paul Aterman which indicated that Board members retain the discretion to determine the appropriate questioning procedure at a particular hearing. At page 38 of the transcript of the first cross-examination on September 14, 2005, he stated:

How the individual is treated within that hearing is a matter of discretion for the member. The member can look and say "In this given circumstance, the questioning should be done by counsel", or the member may say "in the circumstances it's more appropriate for the questioning to be done by the RPO or member." Those are discretionary choices which the guideline makes clear are open to members.

[161] Mr. Aterman also expressed the view on cross-examination that members exercise their judgment with respect to how and when to apply the guideline bearing in mind the particular circumstances of any given case (September 15, 2006 transcript, at pages 79-80). Those comments are supported by the examples of decisions deviating from the Guideline that are attached to the Kiyani affidavit.

[162] Reference was made during argument to a decision by Board member K. Brennenstuhl, *R.K.N. (Re)*, [2004] R.P.D.D. No. 14 (QL), which was

naire et leur propre capacité de décider par eux-mêmes de la procédure qu'il convient de suivre. L'extrait de la décision *Baskaran* peut être un exemple de cette dernière prétention. Bien qu'elle soit troublante, cette prétention ne justifie pas en elle-même la conclusion que cet avis est largement partagé par les commissaires.

[159] Le témoignage que le professeur Galloway a donné en tant qu'ancien commissaire appuie également les prétentions des demandeurs sur la façon dont les Directives seraient interprétées et appliquées par les commissaires de la SPR. Toutefois, il n'a aucune expérience directe de l'application des Directives et son témoignage quant à la façon dont les Directives seraient interprétées et appliquées par les commissaires était, malgré son utilité, largement conjectural.

[160] Le défendeur demande à la Cour d'accorder plus de poids au témoignage de Me Paul Aterman qui a déclaré que les commissaires conservent le pouvoir discrétionnaire de déterminer la procédure appropriée concernant les interrogatoires au cours d'une audience donnée. À la page 38 de la transcription du premier contre-interrogatoire qui s'est déroulé le 14 septembre 2005, il déclare ceci :

[TRADUCTION] La manière dont cette personne est traitée au cours de cette audience relève du pouvoir discrétionnaire du commissaire. Celui-ci peut examiner la situation et dire : « Dans cette situation particulière, le procureur posera d'abord les questions », ou il peut dire « Dans les circonstances, il est plus approprié que l'APR ou le commissaire commence l'interrogatoire ». Ce sont des choix discrétionnaires que les Directives laissent clairement à l'appréciation des commissaires.

[161] Au cours de son contre-interrogatoire, Me Aterman a également exprimé l'opinion que les commissaires exercent leur jugement quant à la façon dont les Directives doivent être appliquées et à quel moment, en gardant à l'esprit les circonstances particulières de chaque cas (transcription du 15 septembre 2006, pages 79 et 80). Ces observations sont appuyées par les exemples de décisions qui s'écartent des Directives et qui sont jointes à l'affidavit de Kiyani.

[162] Au cours de l'argumentation, on a fait référence à une décision du commissaire K. Brennenstuhl, *R.K.N. (Re)*, [2004] D.S.P.R. n° 14 (QL), qui a apparemment

apparently distributed to other RPD members for their assistance on the interpretation and application of Guideline 7. This action was cited by the applicants as illustrating the Board's efforts to impose Guideline 7 on the RPD members and thereby fetter their discretion. However, the distribution of the decision is not in my view evidence of fettering so long as members did not consider themselves bound to follow member Brennenstuhl's conclusions. There is no evidence before me that this was the case. The *R.K.N.* decision has not been identified by the Chairperson as a jurisprudential guide nor does it fall within the category of "persuasive decision", which the Deputy Chair, Refugee Protection Division may designate under a policy adopted by the Board as "models of sound reasoning" which members are encouraged to adopt. See the Board's "Policy Note on Persuasive Decisions", December 13, 2005.

[163] I accept that the language of Guideline 7 could be construed as mandatory in nature by an inexperienced and less confident Board member and that Board members in general may, as found by Justice Blanchard, feel some top-down pressure to follow it. But that does not necessarily lead to the conclusion that members consider themselves bound to apply it as if it were legislation, a regulation or a formal rule made under the Chairperson's authority.

[164] As Doherty J.A. observed in *Ainsley*, guidelines are not rendered invalid merely because they regulate the conduct of those to whom they are directed. A guideline remains a guideline even if those affected by it change their practice to conform to the guideline.

[165] On the face of the record in this case, the evidence does not in my view support a finding of fettering similar to that considered by the courts in *Ainsley* and *Ha*. Unlike the case of the policy statement

été transmise à d'autres commissaires de la SPR pour obtenir leur aide quant à l'interprétation et à l'application des Directives n° 7. D'après les demandeurs, cette façon de faire illustre les efforts déployés par la CISR pour imposer les Directives n° 7 aux commissaires de la SPR et entraver ainsi l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire. Toutefois, la diffusion de la décision ne constitue pas à mon avis une preuve d'entrave dans la mesure où les commissaires n'ont pas jugé qu'ils étaient tenus de suivre les conclusions du commissaire Brennenstuhl. Je ne dispose d'aucune preuve qui établisse que tel a été le cas. La décision *R.K.N.* n'a pas été désignée par le président pour servir de guide jurisprudential, et elle ne tombe pas non plus dans la catégorie des « décisions à caractère persuasif », que le vice-président de la Section de la protection des réfugiés peut désigner en vertu d'une politique adoptée par la CISR comme étant des « modèles d'un raisonnement valable » que les commissaires sont encouragés à suivre. Voir la « Note de politique de la Commission sur les Décisions à caractère persuasif », du 13 décembre 2005.

[163] J'accepte le fait que le libellé des Directives n° 7 puisse être interprété comme étant de nature obligatoire par un commissaire inexpérimenté et manquant de confiance en lui-même et que, en général, les commissaires peuvent, comme l'a conclu le juge Blanchard, ressentir la pression exercée par la haute direction pour s'y conformer. Mais cela ne mène pas nécessairement à la conclusion que les commissaires s'estiment obligés de les appliquer comme s'il s'agissait d'une loi, d'un règlement ou d'une règle formelle prise en vertu du pouvoir du président.

[164] Comme le juge Doherty de la Cour d'appel de l'Ontario l'a fait observer dans l'arrêt *Ainsley*, les directives ne sont pas invalidées du simple fait qu'elles réglementent la conduite des personnes à qui elles s'adressent. Une directive demeure une directive même si les personnes qui sont visées par elle modifient leur pratique pour s'y conformer.

[165] D'après le dossier en l'espèce, la preuve n'appuie pas, à mon avis, une conclusion d'entrave semblable à celle qui a été examinée par les tribunaux dans les arrêts *Ainsley* et *Ha*. Contrairement à l'énoncé

in *Ha*, for example, the text of Guideline 7 itself allows for consideration of the particular circumstances of each case and for exceptions to the standard practice to be made. If members were in any doubt about this, the general policy statement which the Chairperson has issued respecting all of the guidelines states expressly that they are not binding and cites a decision of this Court to that effect: *Fouchong v. Canada (Secretary of State)* (1994), 88 F.T.R. 37 (F.C.T.D.).

[166] Moreover, again unlike the case in *Ha*, the policy offers guidance to the RPD members as to how to exercise their discretion, albeit in a structured way. And further, unlike *Ha*, the evidence before me indicates that members have chosen to disregard the “standard practice” when they deemed it necessary and for reasons that go beyond the type of exceptional circumstance described in paragraph 23.

[167] With regard to the second *Ainsley* factor, the practical effect of non-compliance with the guideline, the threat of coercive action is not made out on the facts. There is no evidence on the record to suggest that the Chairperson has threatened to, or has in fact, sanctioned any Board member for non-compliance with Guideline 7. Indeed, the Chairperson does not have that authority. The evidence is that at least one member, Mr. Ellis, has refused to implement the Guideline from the outset and there is no evidence that he has been sanctioned in any way.

[168] The evidence indicates that the Board was monitoring compliance with the implementation of the Chairperson’s guidelines through a voluntary reporting system employing “Hearing Information Sheets”. Members were invited to self-report on their use of the guidelines. Paul Aterman’s evidence was that the response rate on these forms was very low. Thus it is difficult to understand how that might be perceived as coercive. At most, this would seem to be a normal and unthreatening procedure to gauge the effects of a policy.

de politique dans l’arrêt *Ha*, par exemple, le texte des Directives n° 7 autorise l’examen des circonstances particulières de chaque cas et l’application de certaines exceptions à la pratique normalisée. Si les commissaires avaient des doutes à ce sujet, l’énoncé de politique générale que le président a émis concernant toutes les Directives prévoit expressément qu’elles ne sont pas obligatoires et cite une décision de la Cour à cet effet : *Fouchong c. Canada (Secrétaire d’État)*, [1994] A.C.F. n° 1727 (1^{re} inst.) (QL).

[166] En outre, contrairement encore une fois à ce qui était le cas dans *Ha*, la politique fournit une certaine orientation aux commissaires de la SPR sur la façon dont ils doivent exercer leur pouvoir discrétionnaire, quoique d’une façon structurée. Et en outre, contrairement à l’arrêt *Ha*, la preuve dont je suis saisi m’indique que les commissaires ont choisi de ne pas tenir compte de la « pratique normalisée » quand ils le jugent nécessaire et pour des raisons qui vont au-delà du type de circonstances exceptionnelles décrites au paragraphe 23.

[167] Pour ce qui est du deuxième facteur décrit dans l’arrêt *Ainsley*, l’effet concret du non-respect de la directive, savoir la menace de mesures coercitives, n’est pas prouvé par les faits. Il n’y a pas de preuve au dossier qui laisse entendre que le président a menacé de sanctionner des commissaires pour cause de non-respect des Directives n° 7 ou qu’il l’a fait en réalité. En fait, le président n’a pas ce pouvoir. La preuve indique cependant qu’au moins un commissaire, M. Ellis, a refusé d’appliquer les Directives dès le début, mais il n’y a aucune preuve établissant qu’il a été sanctionné d’une quelconque façon.

[168] La preuve indique que la CISR contrôlait l’observation des directives du président au moyen d’un système volontaire de rapport faisant usage de [TRADUCTION] « Feuilles d’information sur les audiences ». Les commissaires étaient invités à signaler eux-mêmes la manière dont ils avaient utilisé les Directives. Le témoignage de Paul Aterman fait ressortir que le taux de réponse sur ces formulaires était très faible. Il est donc difficile de comprendre comment cette mesure a pu être considérée comme coercitive. Au mieux, cela semblerait être une procédure normale et inoffensive de vérifier les effets d’une politique.

[169] There is also evidence of e-mails from the Deputy-Chair inquiring whether members were applying the guidelines and that members were asked to explain whether there were exceptional circumstances or other reasons for not following them. Mr. Aterman conceded that managers were required to monitor individual members' compliance with the guidelines but, again, there is no evidence of any consequences flowing to those who chose to ignore or to not strictly apply them.

[170] Finally, the Board's performance appraisal forms for members indicate that application of the guidelines "in appropriate circumstances" will be one factor taken into consideration. As I read the evidence, this provision applied to all of the guidelines and there is no evidence of any member ever receiving a poor performance appraisal for failing to apply Guideline 7.

[171] There is considerably more evidence before me as to the manner in which Guideline 7 is actually being applied by RPD members than there was before my colleague in *Thamotharem*. On that evidence in these proceedings, I am not satisfied that the applicants have demonstrated that the discretion of RPD members to determine the procedure to be followed in the refugee proceedings before them has been fettered by the implementation of Guideline 7.

[172] That is not to say that fettering could not be made out in a particular case. As held in *Leung v. Ontario (Criminal Injuries Compensation Board)* (1995), 24 O.R. (3d) 530 (Div. Ct.), the application of a policy guideline may amount to an unlawful fettering of a Board's discretion, if applied without due consideration to the evidence and submissions in a particular case. Such a situation may arise where a member decides to apply the guideline without exception and ignores the evidence or submissions of counsel that there is reason to vary the procedure.

[169] Il y a également des preuves de courriels du vice-président demandant aux commissaires d'indiquer s'ils appliquaient les Directives et d'expliquer s'il y avait des circonstances exceptionnelles ou d'autres raisons de ne pas les suivre. Me Aterman a reconnu que les gestionnaires étaient tenus de vérifier si les commissaires se conformaient aux Directives mais, encore une fois, il n'y a pas de preuve que ceux qui ont choisi d'ignorer ou de ne pas appliquer strictement ces directives en ont subi quelque conséquence que ce soit.

[170] Finalement, les rapports d'évaluation du rendement des commissaires indiquent que l'application des directives dans des [TRADUCTION] « circonstances appropriées » sera l'un des facteurs pris en considération. De la façon dont j'interprète la preuve, cette disposition s'appliquait à l'ensemble des directives et il n'y a donc pas de preuve que l'un des commissaires a eu une mauvaise évaluation du rendement pour ne pas avoir appliqué les Directives n° 7.

[171] Je suis saisi d'une preuve beaucoup plus abondante sur la manière dont les Directives n° 7 sont réellement appliquées par les commissaires de la SPR que celle dont était saisi mon collègue dans l'affaire *Thamotharem*. D'après la preuve en l'espèce, je ne suis pas convaincu que les demandeurs ont démontré que le pouvoir discrétionnaire des commissaires de la SPR d'établir la procédure à suivre dans les instances relatives aux demandes d'asile dont ils sont saisis a été entravé par l'application des Directives n° 7.

[172] Cela ne signifie pas qu'il ne peut pas y avoir d'entrave dans un cas particulier. Comme il a été statué dans la décision *Leung v. Ontario (Criminal Injuries Compensation Board)* (1995), 24 O.R. (3d) 530 (C. div.), l'application d'une directive peut équivaloir à une entrave illégale à l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'une commission, si cette directive est appliquée sans qu'il soit tenu dûment compte de la preuve et des observations déposées dans un cas particulier. Une situation de ce genre peut se présenter lorsqu'un commissaire décide d'appliquer les directives sans faire d'exception et qu'il ignore la preuve ou les observations déposées par les procureurs indiquant qu'il y a une raison de modifier la procédure.

Is Guideline 7 beyond the scope of the Chairperson's authority?

[173] The applicants submit that Guideline 7 is *ultra vires* or beyond the scope of the Chairperson's statutory authority to issue guidelines. This argument was extended in the applicants' written argument to the other guidelines issued as part of the Board's action plan but the analysis in these reasons will be confined to the question in relation to Guideline 7. The Chairperson's authority to issue guidelines is set out in IRPA paragraph 159(1)(h), reproduced here again for convenience:

159. (1) The Chairperson is, by virtue of holding that office, a member of each Division of the Board and is the chief executive officer of the Board. In that capacity, the Chairperson

...

(h) may issue guidelines in writing to members of the Board and identify decisions of the Board as jurisprudential guides, after consulting with the Deputy Chairpersons and the Director General of the Immigration Division, to assist members in carrying out their duties;

[174] The applicants submit that the guideline-making power under paragraph 159(1)(h) is only to be used to identify decisions of the Board which may be used as jurisprudential guides. This interpretation of the enactment, I was advised during oral argument, is based on the fact that there is no comma before the word "and" in the English version. I am not persuaded that is the correct interpretation. As noted in *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed., 2002, at pages 312-314, punctuation may be of assistance in cases of ambiguity but Canadian courts have been reluctant to place much reliance on it as an aid to interpretation due to its inherent unreliability.

[175] In this context, I do not believe that there is any ambiguity in the interpretation of the paragraph that might be resolved by reference to a missing comma. The legislative intent from the plain language employed is

Les Directives n° 7 outrepassent-elles le pouvoir du président?

[173] Les demandeurs prétendent que les Directives n° 7 sont *ultra vires* ou qu'elles outrepassent le pouvoir du président, prévu par la loi, de donner des directives. Dans le mémoire des demandeurs, cet argument s'étendait aux autres directives prises dans le cadre du plan d'action de la CISR, mais l'analyse faite dans les présents motifs se limitera à la question se rapportant aux Directives n° 7. Le pouvoir du président de donner des directives est prévu à l'alinéa 159(1)h) de la LIPR, qui est reproduit de nouveau ci-dessous pour en faciliter la consultation :

159. (1) Le président est le premier dirigeant de la Commission ainsi que membre d'office des quatre sections; à ce titre :

[...]

h) après consultation des vice-présidents et du directeur général de la Section de l'immigration et en vue d'aider les commissaires dans l'exécution de leurs fonctions, il donne des directives écrites aux commissaires et précise les décisions de la Commission qui serviront de guide jurisprudentiel;

[174] Les demandeurs soutiennent que le pouvoir de donner des directives prévu à l'alinéa 159(1)h) ne peut être utilisé que pour désigner les décisions de la CISR qui peuvent servir de guide jurisprudentiel. Cette interprétation de la Loi, dont on a voulu me convaincre pendant la plaidoirie, se fonde sur le fait qu'il n'y a pas de virgule devant le mot « and » dans la version anglaise. Je ne suis pas persuadé qu'il s'agit là d'une interprétation correcte. Comme il est noté dans l'ouvrage *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4^e éd., 2002, aux pages 312 à 314, la ponctuation peut être utile pour résoudre une ambiguïté, mais les cours de justice canadiennes hésitent à s'appuyer sur elle comme outil d'interprétation en raison de son manque inhérent de fiabilité.

[175] Dans ce contexte, je ne crois pas qu'il y ait, dans l'interprétation de l'alinéa, une ambiguïté qui puisse être résolue en faisant référence à une virgule manquante. L'intention du législateur dégagée du sens ordinaire des

that the Chairperson is authorized to both issue guidelines and to identify certain decisions of the Board as models for the members to emulate. This is, perhaps, clearer in the French version “*il donne des directives écrites aux commissaires et précise les décisions de la Commission qui serviront de guide jurisprudentiel*” (emphasis added). See further, *Policy on the Use of Jurisprudential Guides*, Policy No. 2003-01 (Ottawa: Immigration and Refugee Board of Canada, March 21, 2003).

[176] The issue before me is whether the Chairperson overstepped the bounds of the authority provided by the statute to issue guidelines and imposed a mandatory rule which required legislative action, or the approval of the Governor in Council and at least passive acquiescence of both Houses of Parliament under the terms of section 161 of the IRPA.

[177] Section 161 rules are “regulations” as defined in subsection 2(1) of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, as they are “made or established . . . in the execution of a power conferred by or under the authority of an Act”. They are also, presumably, subject to the application of the *Statutory Instruments Act*, R.S.C., 1985, c. S-22 and the requirements for examination, review, pre-publication and consultation set out in the *Government of Canada Regulatory Policy*, 1999.

[178] The term “guideline” does not appear to be defined in the statutes. The definition provided by the *Canadian Oxford Dictionary*, 2004 edition, is “a principle or criterion, guiding or directing action”. “Directive” as employed in the French version, may also be construed as directing action. The definition provided by *Le Nouveau Petit Robert*, 2002 edition, is “[i]ndication, ligne de conduite donnée par une autorité.” In *Thamotharem*, Justice Blanchard [at paragraph 102] employed the definition from the *Oxford English Dictionary*, 2nd ed.: “a line for guiding; a directing or standardizing principle laid down as a guide to procedure, policy, etc.”

mots utilisés fait ressortir que le président est autorisé à la fois à donner des directives et à désigner certaines décisions de la CISR que les commissaires sont invités à prendre comme modèles. Cela ressort peut-être plus clairement de la version française : « il donne des directives écrites aux commissaires et précise les décisions de la Commission qui serviront de guide jurisprudentiel » (non souligné dans l’original). Voir également *Politique sur l’utilisation de guides jurisprudentiels*, politique n° 2003-01 (Commission de l’immigration et du statut de réfugié du Canada, 21 mars 2003).

[176] La question dont je suis saisi est de savoir si le président a outrepassé les limites du pouvoir qui lui est conféré par la loi de donner des directives et s’il a imposé une règle obligatoire qui exige des mesures législatives, ou l’approbation du gouverneur en conseil, et, à tout le moins, l’acquiescement passif des deux chambres du Parlement aux termes de l’article 161 de la LIPR.

[177] Les règles édictées en vertu de l’article 161 sont des « règlements » au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, étant donné qu’elles sont « [prises] [. . .] dans l’exercice d’un pouvoir conféré sous le régime d’une loi fédérale ». Elles sont aussi, on peut le supposer, assujetties à l’application de la *Loi sur les textes réglementaires*, L.R.C. (1985), ch. S-22, et aux exigences d’examen, de révision, de prépublication et de consultation établies dans le *Gouvernement du Canada politique de réglementation*, (1999).

[178] Le terme « directive » ne semble pas être défini dans les lois. La définition qu’en donne le *Canadian Oxford Dictionary*, édition de 2004, est la suivante : [TRADUCTION] « un principe ou critère, une ligne de conduite ou une orientation ». Le terme « directives » employé dans la version française peut également être interprété comme une ligne de conduite. La définition qu’en donne *Le Nouveau Petit Robert*, édition de 2002, est la suivante : « [i]ndication, ligne de conduite donnée par une autorité ». Dans la décision *Thamotharem*, le juge Blanchard [au paragraphe 102] a employé la définition qu’en donne le *Oxford English Dictionary*, 2^e éd. : « ligne de conduite, principe énonçant une

[179] The applicants submit that a plain reading of paragraph 159(1)(h) indicates that the kind of guidelines envisioned are those which facilitate a consistent, economical and sound decision-making process. Guideline 7, they submit, is not about the decision-making process but is concerned with the setting of fundamental procedural norms, and with an attempt to transform the Board from its established role as a quasi-judicial body, as recognized in *Singh*, to a “Board of Inquiry.”

[180] As the applicants’ argument goes, an examination of the *Refugee Protection Division Rules* (the Rules) supports this interpretation. The Rules clearly and exhaustively set out the procedure to be followed by the RPD. While the Rules covered complicated procedural issues such as how claims may be allowed without a hearing (Rule 19), and how to proceed with claims involving issues of inadmissibility and exclusion (Rules 23-25), the Rules also spell out lesser aspects such as the procedure for scheduling hearings (Rule 21) and the appropriate size of paper to be used (Rule 27). The specificity of the Rules on matters of procedure as minute as paper size leads to the conclusion that something as fundamental as the order of questioning is not the proper subject of a guideline.

[181] Moreover, the applicants submit, changes to procedural norms which seek to alter the very nature of the Board are the proper purview of the legislature and legislation and not of the Board’s administration. The applicants submit that a change as fundamental as the order of questioning should have been enacted when the IRPA was introduced. It is now improper for the Board to make major procedural changes through guidelines when Parliament had failed to do so through the legislation.

[182] The respondent’s answer is that the Chairperson clearly has the statutory authority to issue guidelines to

orientation ou une norme et constituant un guide de procédure, de politique, etc. ».

[179] Les demandeurs soutiennent qu’une lecture de l’alinéa 159(1)h dans son sens ordinaire fait ressortir que le genre de directive envisagé est celui qui facilite un processus décisionnel cohérent, économique et équitable. À leur avis, les Directives n° 7 ne traitent pas d’un processus décisionnel, mais portent davantage sur l’établissement de normes procédurales fondamentales, dans le but de transformer la CISR en substituant à son rôle d’organisme quasi judiciaire, reconnu dans l’arrêt *Singh*, celui d’une « commission d’enquête ».

[180] Selon l’argument des demandeurs, un examen des *Règles de la Section de la protection des réfugiés* (les Règles) appuie cette interprétation. Les Règles établissent de façon claire et exhaustive la procédure que doit suivre la SPR. Bien que les Règles traitent de questions procédurales complexes, par exemple la façon d’accueillir les demandes d’asile sans tenir d’audience (règle 19), la façon de traiter les demandes d’asile mettant en cause des questions d’exclusion et d’interdiction de territoire et d’irrecevabilité (règles 23 à 25), les Règles traitent également d’aspects moins importants comme la fixation de la date d’une procédure (règle 21) et la taille appropriée du papier à utiliser pour la présentation des documents (règle 25). La précision des Règles sur des questions de procédure aussi infimes que la taille du papier mène à la conclusion qu’une question aussi fondamentale que l’ordre des interrogatoires ne doit pas faire l’objet d’une directive.

[181] Qui plus est, selon les demandeurs, les changements apportés aux normes procédurales qui ont pour but de modifier la nature même de la CISR relèvent du pouvoir du législateur et non pas des dirigeants de la CISR. Les demandeurs soutiennent qu’un changement aussi fondamental que l’ordre des interrogatoires aurait dû faire l’objet d’une disposition législative, au moment de l’adoption de la LIPR. Il n’est pas approprié pour la CISR d’apporter maintenant d’importants changements procéduraux par voie de directives quand le législateur ne l’a pas fait dans sa loi.

[182] En réponse à cet argument, le défendeur soutient que le président a manifestement le pouvoir de donner

Board members. Parliament has legislated that the RPD must hold a hearing and give claimants a reasonable opportunity to present evidence, question witnesses and make representations; however a tribunal is free, within reason, to determine its own procedures. The respondent further argues that the role of the panel is properly characterized as inquisitorial in nature, not adversarial, and therefore a member can lead the inquiry into the claim: *Sivasambo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] 1 F.C. 741 (T.D.), at page 757.

[183] I think that it is settled that administrative tribunals are free, within reason, to determine their own procedures as they are “masters in their own house” with respect to internal administrative procedures. In the absence of specific rules laid down by statute or regulation, tribunals control their own procedures subject to the proviso that they comply with the duty of fairness and, where they exercise judicial or quasi-judicial functions, the rules of natural justice: *Prasad*, at pages 568-569.

[184] In this instance, Parliament has seen fit to equip the Board with two mechanisms by which to determine its process; the rule-making authority under section 161 and the authority to issue guidelines and to identify Board decisions as jurisprudential guides under paragraph 159(1)(h). The choice of instrument has been left to the Chairperson, subject to the requirements that changes to the Rules require the approval of the Governor in Council and must be laid before Parliament. There is no limitation in the statute on the scope of the guidelines that the Chairperson may issue so long as they are intended to “assist members in carrying out their duties”. Nor is there any restriction from issuing guidelines that pertain to procedural matters. There is no express conflict between Guideline 7 and any of the Rules made pursuant to section 161.

[185] No doubt the guideline route is easier to follow as it avoids the hurdles and delays that accompany the

des directives aux commissaires. Le législateur a prévu dans la Loi que la SPR doit tenir une audience et donner aux demandeurs d’asile une possibilité raisonnable de présenter une preuve, d’interroger des témoins et de présenter des observations; toutefois, un tribunal est tout à fait libre, dans une mesure raisonnable, d’établir sa propre procédure. Le défendeur fait également valoir que le rôle de la formation est qualifié à bon droit d’inquisitoire, et non d’accusatoire; par conséquent, un commissaire peut mener l’enquête sur la demande d’asile : *Sivasambo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1995] 1 C.F. 741 (1^{re} inst.), à la page 757.

[183] Je pense qu’il est bien établi que les tribunaux administratifs sont libres, dans une mesure raisonnable, d’établir leur propre procédure étant donné qu’ils sont « maîtres chez eux » pour ce qui a trait aux procédures administratives internes. En l’absence de règles précises énoncées dans une loi ou dans un règlement, les tribunaux sont maîtres de leur propre procédure à condition de se conformer à leur obligation d’équité et, dans l’exercice de leurs fonctions judiciaires ou quasi judiciaires, aux règles de justice naturelle : *Prasad*, aux pages 568 et 569.

[184] En l’espèce, le législateur a jugé opportun de conférer à la CISR deux mécanismes lui permettant d’établir sa procédure : le pouvoir de prendre des règles prévu à l’article 161 et le pouvoir de donner des directives et de désigner les décisions de la CISR pouvant servir de guide jurisprudential en vertu de l’alinéa 159(1)h). Le choix du mécanisme a été laissé à la discrétion du président, à l’exception du fait que les changements apportés aux Règles nécessitent l’approbation du gouverneur en conseil et doivent être présentés au Parlement. Il n’y a aucune restriction dans la Loi quant à la portée des directives que le président peut donner tant et aussi longtemps qu’elles ont pour but « d’aider les commissaires dans l’exécution de leurs fonctions ». Il n’y a pas non plus de restriction concernant les directives qui traitent des questions de procédure. Il n’y a donc pas de conflit apparent entre les Directives n° 7 et l’une ou l’autre des règles établies sous le régime de l’article 161.

[185] Il ne fait aucun doute qu’il est plus facile de procéder par voie de directives étant donné que cela

making of delegated legislation such as regulations and rules. That process also exposes proposals to greater scrutiny and may well result in revisions or changes before formal approval is granted. It may well be preferable that a significant change of procedure before the Board should be implemented through a change to the Rules as opposed to a guideline. However, I am not persuaded that the Chairperson's authority to make guidelines is not broad enough to encompass the adoption of a procedure such as the standard order of questioning contemplated by Guideline 7.

[186] In *Thamotharem*, Justice Blanchard did not make a specific finding as to whether the Chairperson's authority was exceeded by Guideline 7. He noted, however, at paragraph 103 of his reasons that while the enactment explicitly authorized the Chairperson to make and issue guidelines to assist members in carrying out their duties, the guidelines cannot be mandatory in the sense that they leave little room for the exercise of discretion by each Board member to conduct a full and proper hearing. Were that the intent, the proper course of action would be to make a section 161 rule. He concluded that "the Chairperson is not authorized to make rules that have the force of a statutory instrument in the guise of a guideline."

[187] Justice Blanchard went on to address the question of whether Guideline 7 presented a recommended non-binding approach to Board members or served as a mandatory pronouncement which fetters the members' discretion. If it were found to be the latter, as he did find, Guideline 7 could then also be said to be elevated to the status of a general rule, unlawful in the circumstances.

[188] For the reasons given above, I do not share my colleague's view that Guideline 7 constitutes a mandatory pronouncement which fetters the members' discretion. Accordingly, I do not find that the Guideline operated as a mandatory rule and as such was outside

évite les obstacles et les délais qui accompagnent l'adoption de mesures législatives subordonnées, comme des règlements et des règles. Ce processus permet également de soumettre les propositions à un examen plus minutieux et peut donner lieu à des révisions ou à des changements avant que l'approbation officielle ne soit accordée. Il se peut fort bien qu'il soit préférable qu'un changement important de la procédure à suivre devant la CISR se fasse au moyen d'un changement aux règles, plutôt que par l'adoption d'une directive. Toutefois, je ne suis pas convaincu que le pouvoir du président de donner des directives n'est pas suffisamment large pour englober l'adoption d'une procédure comme l'ordre normalisé des interrogatoires prévu par les Directives n° 7.

[186] Dans la décision *Thamotharem*, le juge Blanchard n'a pas tiré de conclusion précise quant à savoir si les Directives n° 7 outrepassaient le pouvoir du président. Toutefois, il a noté au paragraphe 103 de ses motifs que, même si la Loi autorise expressément le président à donner des directives afin d'aider les commissaires dans l'exécution de leurs fonctions, ces directives ne peuvent être contraignantes, c'est-à-dire laisser à chaque commissaire peu de latitude en ce qui concerne la conduite d'une audience complète et adéquate dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré. Si telle avait été son intention, le président aurait pu prendre une règle en application de l'article 161. Il a conclu sur ces mots : « le président n'est pas autorisé à prendre des règles ayant la force d'un texte réglementaire sous la forme de directives ».

[187] Le juge Blanchard s'est ensuite demandé si les Directives n° 7 constituent une approche non contraignante recommandée aux commissaires ou si elles ont un effet obligatoire qui entrave leur pouvoir discrétionnaire. S'il en arrivait à cette dernière conclusion, comme ce fut le cas, on pourrait alors dire que les Directives n° 7 ont acquis le statut de règles générales, illégales dans les circonstances.

[188] Pour les motifs donnés ci-dessus, je ne partage pas l'opinion de mon collègue voulant que les Directives n° 7 aient un effet obligatoire qui entrave le pouvoir discrétionnaire des commissaires. Par conséquent, je n'estime pas que les directives constituent des règles

the Chairperson's authority.

Does questioning by the Board member result in a reasonable apprehension of bias?

[189] Counsel for the applicant Shurlyn Jones (IMM-1877-05) argued that as a result of the diminishing presence of RPOs in refugee hearings, the role of the Board member is being distorted giving rise to a reasonable apprehension of institutional bias. This, the applicant submits, threatens the independence and impartiality of the Board and reaches the level of institutional bias discussed by the Supreme Court in *2747-3174 Québec Inc. v. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919 (*Régie*).

[190] This applicant argues that this is a constitutional issue going directly to the independence of the tribunal. It matters not whether Guideline 7 was implemented as a guideline or a rule, because the result remains the same. The Board member becomes both the examiner and the person making the ultimate decision regarding the claim for refugee protection. This situation would be obviated if RPOs were present at every hearing and conducted the initial questioning as the Rules appear to contemplate. It is never permissible, the applicant submits, for the member to engage in an "examination-in-chief" of the claimant.

[191] In *Régie*, the Supreme Court dealt with the question of the independence of quasi-judicial tribunals in the context of section 23 of the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12 which guarantees the right to a full and equal, public and fair hearing by an independent and impartial tribunal. As explained in *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 S.C.R. 781, the standard of independence articulated in *Régie* stemmed from the Quebec Charter, a quasi-constitutional statute, and does not apply to tribunals created by other jurisdictions. In other contexts, the standard is to be determined by the express will of the legislature. If the legislation is silent or insufficiently precise, the courts will generally infer

contraignantes et qu'elles outrepassent, en tant que telles, le pouvoir du président.

L'interrogatoire mené par le commissaire a-t-il entraîné une crainte raisonnable de partialité?

[189] L'avocat de la demanderesse Shurlyn Jones (IMM-1877-05) a fait valoir que par suite de la présence de moins en moins fréquente des APR dans les audiences relatives aux demandes d'asile, le rôle du commissaire est déformé, ce qui donne lieu à une crainte raisonnable de partialité institutionnelle. Selon la demanderesse, cette situation compromet l'indépendance et l'impartialité de la CISR et atteint le niveau de partialité institutionnelle examiné par la Cour suprême dans l'arrêt *2747-3174 Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919 (*Régie*).

[190] La demanderesse prétend qu'il s'agit d'une question d'ordre constitutionnel qui se rapporte directement à l'indépendance du tribunal. Il importe peu que les Directives n° 7 aient été appliquées en tant que lignes directrices ou en tant que règles, parce que le résultat demeure le même. Le commissaire est à la fois l'interrogateur et celui qui prend la décision finale concernant la demande d'asile. Cette situation ne se produirait pas si les APR étaient présents à chaque audience et qu'ils étaient les premiers à poser des questions comme les règles semblent le prévoir. Selon la demanderesse, le commissaire ne doit jamais procéder à un « interrogatoire principal » du demandeur d'asile.

[191] Dans l'arrêt *Régie*, la Cour suprême traitait de la question de l'indépendance des tribunaux quasi judiciaires dans le contexte de l'article 23 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., ch. C-12, qui garantit le droit à une audition publique et équitable de sa cause par un tribunal indépendant et impartial. Comme il est dit dans l'arrêt *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 R.C.S. 781, la norme d'indépendance formulée dans l'arrêt *Régie* découle de la Charte québécoise, qui est une loi quasi constitutionnelle, et ne s'applique pas aux tribunaux créés par d'autres ressorts. Dans d'autres contextes, la norme doit être déterminée par la volonté expresse du législateur. Si la loi est muette ou qu'elle

that Parliament or the legislature intended that the tribunal's process will comport with the principles of natural justice. In some instances, but generally not, the tribunal may attract Charter requirements of independence.

[192] In my view, the question of the independence of the IRB is not squarely raised in these proceedings on the records before me and I do not intend to attempt to decide that question. I accept, of course, as stated at paragraph 42 of Justice Gonthier's reasons for the majority in *Régie* citing *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114 that impartiality can have an institutional or structural aspect.

[193] Institutional bias was made out in *Régie* on a detailed review of the legislation and the structure of the institution in question. Crucial to the outcome was the Court's view of the role of staff counsel who were involved in every stage of the proceedings, including the investigation, prosecution and adjudication of complaints.

[194] At paragraph 44 of his reasons, Justice Gonthier referred to the well-established test for institutional impartiality put forward by Justice de Grandpré in *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369, at page 394. Justice Gonthier summarized the test in these words:

The determination of institutional bias presupposes that a well-informed person, viewing the matter realistically and practically—and having thought the matter through—would have a reasonable apprehension of bias in a substantial number of cases. In this regard, all factors must be considered, but the guarantees provided for in the legislation to counter the prejudicial effects of certain institutional characteristics must be given special attention.

[195] Justice Gonthier noted that in applying this test, greater flexibility must be shown to administrative tribunals than would be required of the courts and the institutional constraints under which the tribunals operate must be taken into account. Moreover, a plurality of functions in a single administrative agency

manque de précision, les tribunaux en déduiront généralement que le législateur avait l'intention que la procédure du tribunal respecte les principes de justice naturelle. Dans certains cas, mais pas de façon générale, le tribunal peut être tenu de se conformer aux exigences d'indépendance prévues par la Charte.

[192] À mon avis, la question de l'indépendance de la CISR n'est pas directement soulevée en l'espèce d'après les dossiers dont je suis saisi et je n'ai pas l'intention d'essayer de trancher cette question. J'accepte, bien entendu, comme l'a déclaré au paragraphe 42 de ses motifs le juge Gonthier, s'exprimant pour la majorité dans l'arrêt *Régie*, en citant l'arrêt *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, que l'impartialité comporte un aspect institutionnel ou structurel.

[193] Dans l'arrêt *Régie*, on a conclu à une partialité institutionnelle après avoir effectué un examen détaillé de la loi et de la structure de l'institution en question. L'opinion émise par la Cour au sujet du rôle des avocats de la Régie qui participaient à chaque étape de la procédure, notamment l'enquête, la poursuite et le règlement des plaintes, a été déterminante.

[194] Au paragraphe 44 de ses motifs, le juge Gonthier a fait référence au critère bien établi servant à établir l'impartialité institutionnelle élaboré par le juge de Grandpré dans *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369, à la page 394. Le juge Gonthier a résumé ce critère de la manière suivante :

La détermination de la partialité institutionnelle suppose qu'une personne bien renseignée, ayant étudié la question en profondeur, de façon réaliste et pratique, éprouve une crainte raisonnable de partialité dans un grand nombre de cas. À ce sujet, tous les facteurs doivent être considérés, mais les garanties prévues dans la loi pour contrer les effets préjudiciables de certaines caractéristiques institutionnelles doivent recevoir une attention particulière.

[195] Le juge Gonthier a noté qu'en appliquant ce critère, il y a lieu de faire preuve d'une plus grande souplesse à l'égard des tribunaux administratifs qu'à l'égard des cours de justice et qu'il faut tenir compte des contraintes institutionnelles auxquelles sont soumis les tribunaux. Qui plus est, le cumul des fonctions au sein

is not necessarily problematic.

[196] Institutional bias will not be found unless a well-informed person would have a reasonable apprehension in a substantial number of cases. Failing that, allegations of an apprehension of bias cannot be brought on an institutional level but must be dealt with on a case-by-case basis: *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3.

[197] In the absence of evidence to the contrary, there is a strong presumption that a decision maker will act impartially: *Zündel v. Citron*, [2000] 4 F.C. 225 (C.A.) leave to appeal refused, [2000] 2 S.C.R. xv.

[198] In *Kozak*, at paragraphs 51-57, the Federal Court of Appeal noted three considerations of particular relevance to the question of bias in the context of RPD decision making. First, that the content of the duty of fairness owed by the Board falls at the high end of the continuum of procedural fairness. Second, that the Board has a particularly difficult mandate of administrative adjudication. And third, that the notion of bias connotes circumstances giving rise to a reasonable and informed belief that the decision maker has been influenced by some extraneous or improper considerations.

[199] In the particular circumstances of that case, the Court found there was sufficient evidence of external pressures and influences bearing on the decision makers that a reasonable apprehension of bias was established. Specifically, that the lead case strategy employed in that case was designed not only to bring consistency to future decisions and to improve their accuracy, but to reduce the number of positive decisions that might otherwise be rendered and to reduce the number of potential claimants.

[200] The circumstances surrounding the Board's adoption of the standard order of questioning do not, in my view, compare with those in *Kozak*. There is no suggestion that any improper influence was brought to

d'un seul organisme administratif ne pose pas nécessairement problème.

[196] On ne pourra conclure à une partialité institutionnelle à moins qu'une personne bien renseignée n'éprouve une crainte raisonnable dans un grand nombre de cas. Autrement, les allégations de crainte de partialité ne peuvent porter sur l'institution dans son ensemble, mais doivent être traitées au cas par cas : *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3.

[197] En l'absence d'une preuve contraire, il y a une forte présomption qu'un décideur agira de façon impartiale : *Zündel c. Citron*, [2000] 4 C.F. 225 (C.A.), autorisation de pourvoir refusée, [2000] 2 R.C.S. xv.

[198] Dans l'arrêt *Kozak*, aux paragraphes 51 à 57, la Cour d'appel fédérale a relevé trois considérations qui se rapportent de façon très pertinente à la question de la partialité dans le contexte des décisions prises par la SPR. Premièrement, l'obligation d'agir équitablement qui incombe à la CISR se trouve au sommet de l'équité procédurale. Deuxièmement, le mandat confié à la CISR de rendre des décisions administratives est particulièrement difficile. Troisièmement, la notion de partialité évoque des circonstances qui amènent un observateur raisonnable et informé à croire que le décideur a été influencé par une considération extrinsèque ou injustifiée.

[199] Dans les circonstances particulières de cette affaire, la Cour a jugé qu'il y avait suffisamment de preuve des pressions et des influences externes qui avaient été exercées sur les décideurs pour établir une crainte raisonnable de partialité. Plus précisément, la stratégie du cas type utilisée dans cette affaire a été conçue non seulement pour assurer la cohérence des décisions futures et améliorer leur exactitude, mais également pour réduire le nombre de décisions positives qui pourraient autrement être rendues et réduire le nombre de demandeurs d'asile potentiels.

[200] Les circonstances entourant l'adoption par la CISR de l'ordre normalisé des interrogatoires ne se comparent pas, à mon avis, avec celles qui existaient dans la décision *Kozak*. Rien ne laisse entendre qu'une

bear on the outcome of the decisions rendered by the RPD members who applied the Guideline or that the application of the Guideline was intended to have any effect on the results of the claims. Indeed, the uncontradicted evidence is that the claim acceptance rate has not varied for the periods before and after the adoption of the Guideline.

[201] I am not persuaded that a reasonable apprehension of bias arises merely because the member conducts the questioning. As stated by Dr. Payne on cross-examination, it matters less who does the questioning than how it is carried out. In the particular circumstances of an individual case, aggressive questioning may amount to a breach of fairness, as is illustrated by two decisions cited by the applicant: *Farkas v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 190 and *Sandor*, discussed above.

[202] In *Farkas*, a Board ruling was set aside because of persistent and aggressive questioning by one of the Board members. Similarly in *Sandor*, the Court found that extensive questioning by a Board member constituted a breach of natural justice and the denial of the right to a fair hearing. But these decisions do not support the proposition that a change in the order of questioning in itself gives rise to a reasonable apprehension of bias.

[203] In my view, the question of bias in this context has to be raised on a case-by-case basis. I note, without deciding the matter, that in the Jones application record there is evidence of what counsel described as “long, nasty, brutish and hostile” examination of the claimant by the member. That evidence may support a finding that in the particular circumstances of that case, a reasonable apprehension of bias is made out. That is to be decided by the judge hearing the merits of the case. It does not, in my view, support a finding that institutional bias results from the questioning order called for by Guideline 7.

influence inappropriée a été exercée pour modifier l’issue des décisions rendues par les commissaires de la SPR qui ont appliqué les Directives ou que l’application de celles-ci a été conçue pour influencer sur l’issue des demandes d’asile. En fait, la preuve non contredite révèle que le taux d’acceptation des demandes d’asile n’a pas varié dans les périodes précédant et suivant l’adoption des Directives.

[201] Je ne suis pas convaincu qu’une crainte raisonnable de partialité existe simplement parce que le commissaire mène l’interrogatoire. Comme l’a déclaré le D’Payne en contre-interrogatoire, il importe moins de savoir qui dirige l’interrogatoire que la façon dont celui-ci est mené. Dans les circonstances particulières d’un cas, un interrogatoire musclé peut constituer un manquement à l’équité, comme l’illustrent les deux décisions citées par la demanderesse : *Farkas c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2001 CFPI 190 et *Sandor* analysée ci-dessus.

[202] Dans *Farkas*, une décision de la CISR a été annulée en raison des questions persistantes et tranchantes posées par l’une des commissaires. De même, dans la décision *Sandor*, la Cour a conclu qu’un interrogatoire poussé mené par un commissaire constituait un manquement à la justice naturelle et un déni du droit à une audience équitable. Cependant, ces décisions n’appuient pas la thèse selon laquelle un changement dans l’ordre des interrogatoires donne lieu en soi à une crainte raisonnable de partialité.

[203] À mon avis, la question de la partialité dans ce contexte doit être traitée au cas par cas. Sans me prononcer sur ce point, je fais remarquer que, dans le dossier du demandeur Jones, il y a des éléments de preuve de ce que l’avocat décrit comme étant un [TRADUCTION] « interrogatoire long, désagréable, brutal et hostile » du demandeur d’asile par le commissaire. Cette preuve appuie peut-être la conclusion selon laquelle, dans les circonstances particulières de cette espèce, une crainte raisonnable de partialité a été établie. Cette question doit être tranchée par le juge qui entendra l’affaire au fond. À mon avis, cela n’appuie pas la conclusion selon laquelle l’ordre des interrogatoires prévu dans les Directives n° 7 entraîne une partialité institutionnelle.

When must an objection to the use of Guideline 7 be raised?

[204] The question of waiver arises in these proceedings because a number of the applicants neither raised an objection to the Guideline 7 procedure at the Board hearing, nor sought a decision to vary the order of questioning from the member. In some cases, it was not raised as a ground for judicial review prior to leave being granted and was raised then only after the reasons for decision in *Thamotharem* were released.

[205] While I have found that the applicants were not denied procedural fairness by the imposition of Guideline 7 in itself, certain of the applicants may be able to establish a denial of procedural fairness by its application in their particular cases.

[206] Since its implementation in June 2004, this Court has examined Guideline 7 in a number of decisions. The jurisprudence to date has not dealt specifically with the issue of waiver as it relates to an applicant's ability to argue Guideline 7 upon judicial review. Among the cases, there are two common scenarios in which the Court has addressed Guideline 7. The first scenario is one in which the applicant raised an objection to the implementation of Guideline 7 at the hearing before the Board and the issue of waiver was not dealt with on judicial review. These cases include *Thamotharem*, *Jin*, *Vazquez*, *Fabiano* and *Martinez*, all cited above.

[207] The second common scenario is cases in which it is unclear whether the applicant objected to Guideline 7 at the hearing, but the issue was raised in the judicial review of the Board's decision and the Court dealt with the question of procedural fairness without reference to waiver. These cases include *Sy v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 271 F.T.R. 242, *Liang* and *Cortes Silva* above.

Quand doit-on s'opposer à l'utilisation des Directives n° 7?

[204] La question de la renonciation se pose en l'espèce parce qu'un certain nombre de demandeurs n'ont ni soulevé d'objection à l'application de la procédure prévue dans les Directives n° 7 au cours de l'audience, ni demandé au commissaire de changer l'ordre des interrogatoires. Dans certains cas, cette question n'a pas non plus été soulevée comme fondement de la demande de contrôle judiciaire avant que l'autorisation n'ait été accordée à cet égard et n'a été soulevée qu'après le prononcé des motifs dans l'affaire *Thamotharem*.

[205] Bien que j'aie conclu que l'imposition des Directives n° 7 n'ait pas entraîné en soi un déni d'équité procédurale envers les demandeurs, certains d'entre eux seront peut-être en mesure d'établir que tel a été le résultat dans leurs cas particuliers.

[206] Depuis l'adoption des Directives n° 7 en juin 2004, la Cour les a examinées dans plusieurs décisions. À ce jour, la jurisprudence n'a pas traité précisément de la question de la renonciation au regard de la possibilité pour un demandeur de contester les Directives n° 7 dans le contexte d'une procédure de contrôle judiciaire. Parmi les causes entendues, il existe deux scénarios courants dans le cadre desquels la Cour a examiné les Directives n° 7. Le premier scénario est celui dans lequel le demandeur soulève une objection à l'application des Directives n° 7 à l'audience devant la CISR et où la question de la renonciation n'est pas traitée dans le cadre d'un contrôle judiciaire. Ces causes incluent les affaires *Thamotharem*, *Jin*, *Vazquez*, *Fabiano* et *Martinez*, toutes citées ci-dessus.

[207] Dans le deuxième scénario, il s'agit de causes où il ne ressort pas clairement que le demandeur s'est opposé à l'application des Directives n° 7 à l'audience, mais où la question a été soulevée dans le cadre du contrôle judiciaire de la décision de la CISR et où la Cour a traité de la question de l'équité procédurale sans parler de la renonciation. Ces causes incluent les décisions *Sy c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 379, *Liang* et *Cortes Silva*, précitées.

[208] An implied waiver was addressed in *B.D.L.*, above, where Justice Yvon Pinard stated at paragraphs 5-6 that because

... the applicant did not think it necessary to object and did not establish the existence of any harm.

In view of the particular facts of the case at bar, the argument now relied on by the applicant as to unfairness of the procedure is entirely without basis.

[209] The particular facts in *B.D.L.* were that the applicant not only did not object but in response to questions from the member at the close of the hearing, expressly confirmed that he had said everything he had wanted to.

[210] In two cases which were decided before the implementation of Guideline 7 but which relate to the order of questioning at a refugee hearing, the Court found a breach of the duty of fairness despite a failure to object at the hearing. In *Ganji*, the Court quashed a decision of the Board in which the Board had seized control of the applicant's case and conducted the examination. In *Herrera*, as discussed above, counsel had consented to the procedure without full disclosure of the issues to be raised. The Court refused to give any weight to the consent.

[211] It appears, therefore, that the jurisprudence of this Court regarding when an applicant must raise an objection to the order of questioning in order to have it dealt with upon judicial review is unsettled. In order to arrive at the correct approach to be applied in these consolidated cases I will rely upon the general principles of waiver developed in the jurisprudence.

[212] As observed by the Federal Court of Appeal in *Kozak*, above at paragraph 66, parties are not normally able to complain of a breach of a duty of procedural fairness by an administrative tribunal if they did not raise it at the earliest reasonable moment.

[208] La question d'une renonciation implicite a été traitée dans la décision *B.D.L.*, où le juge Yvon Pinard a déclaré ce qui suit aux paragraphes 5 et 6 :

[...] le demandeur n'a pas cru nécessaire de s'y objecter et n'a démontré l'existence d'aucun préjudice.

Vu les circonstances particulières du présent cas, l'argument maintenant invoqué par le demandeur relativement à l'inéquité [*sic*] de la procédure est tout à fait dénué de fondement.

[209] Les circonstances particulières de l'affaire *B.D.L.* sont les suivantes : non seulement le demandeur n'a-t-il pas formulé d'objection, mais en réponse aux questions posées par le commissaire à la fin de l'audience, il a expressément confirmé qu'il avait dit tout ce qu'il voulait dire.

[210] Dans les deux affaires tranchées avant l'application des Directives n° 7 qui ont trait à l'ordre des interrogatoires au cours d'une audience sur une demande d'asile, la Cour a conclu qu'il y avait eu manquement à l'obligation d'équité malgré le fait que le demandeur n'ait formulé aucune objection au cours de l'audience. Dans *Ganji*, la Cour a infirmé une décision de la CISR dans laquelle celle-ci avait exercé la direction du dossier de la demanderesse et avait mené l'interrogatoire. Dans la décision *Herrera*, examinée ci-dessus, l'avocat avait consenti à la procédure sans avoir été pleinement informé des questions qui seraient posées. La Cour a refusé d'accorder la moindre importance au consentement donné.

[211] Il semble donc que la jurisprudence de la Cour ne soit pas fixée sur la question de savoir à quel moment un demandeur doit s'opposer à l'ordre des interrogatoires pour que ce point puisse être débattu au cours du contrôle judiciaire. Pour décider de la démarche qu'il convient d'adopter dans les actions qui sont réunies en l'espèce, je m'appuierai sur les principes généraux de la renonciation qui ont été formulés dans la jurisprudence.

[212] Comme le faisait observer la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Kozak*, précité, au paragraphe 66, les parties ne peuvent généralement pas se plaindre d'un manquement à l'obligation d'équité procédurale par un tribunal administratif si elles n'en ont rien dit à la première occasion raisonnable.

[213] The principle of common-law waiver is described by Justice MacGuigan in *In re Human Rights Tribunal and Atomic Energy of Canada Limited*, [1986] 1 F.C. 103 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, [1986] 2 S.C.R. v (*Atomic Energy*). Justice MacGuigan stated that at common law, even an implied waiver of objection to an adjudicator at the initial stages is sufficient to invalidate a later objection. Justice MacGuigan noted [at page 113]:

The only reasonable course of conduct for a party reasonably apprehensive of bias would be to allege a violation of natural justice at the earliest practicable opportunity. Here, AECL called witnesses, cross-examined the witnesses called by the Commission, made many submissions to the Tribunal, and took proceedings before both the Trial Division and this Court, all without challenge to the independence of the Commission. In short, it . . . impliedly . . . waived its right to object. [Emphasis added.]

[214] The reasoning of Justice MacGuigan was applied by the Court of Appeal in *Yassine v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 27 Imm. L.R. (2d) 135 where an applicant did not object until after the Refugee Division's decision was released. Justice Stone for the Court stated, at paragraph 7:

It must also be noted that no objection was taken to the procedure that the Presiding Member adopted for receiving the additional information. . . . That surely was the time to raise an objection and to ask the panel to reconvene the hearing, assuming that the information could not otherwise be received. The appellant was then in possession of all of the new information and was aware that the panel intended to take notice of it. Not only was no objection made at that time, which I would regard as the "earliest practicable opportunity" to do so . . . the appellant remained silent until after the Refugee Division's decision was released on April 18, 1991. Thus, even if a breach of natural justice did occur, I view the appellant's conduct as an implied waiver of that breach. [Emphasis added and citation omitted.]

[215] The reasoning of the Court of Appeal in *Atomic Energy* was accepted by the Supreme Court, in *Canada*

[213] Le principe de common law relatif à la renonciation est décrit par le juge MacGuigan dans *l'Affaire intéressant le Tribunal des droits de la personne et Énergie atomique du Canada Limitée*, [1986] 1 C.F. 103 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [1986] 2 R.C.S. v. (*Énergie atomique*). Le juge MacGuigan a déclaré qu'en common law, même une renonciation implicite à une objection devant un arbitre dans les premières étapes suffit à invalider une objection ultérieure. Le juge MacGuigan a noté ce qui suit [à la page 113] :

La seule manière d'agir raisonnable pour une partie qui éprouve une crainte raisonnable de partialité serait d'alléguer la violation d'un principe de justice naturelle à la première occasion. En l'espèce, EACL a cité des témoins, a contre-interrogé les témoins cités par la Commission, a présenté un grand nombre d'arguments au Tribunal et a engagé des procédures devant la Division de première instance et cette Cour sans contester l'indépendance de la Commission. Bref, elle a [. . .] implicitement renoncé à son droit de s'opposer. [Non souligné dans l'original.]

[214] Le raisonnement du juge MacGuigan a été appliqué par la Cour d'appel dans l'arrêt *Yassine c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 949 (C.A.) (QL), où le demandeur ne s'est opposé qu'après le prononcé de la décision de la Section du statut de réfugié. S'exprimant au nom de la Cour, le juge Stone a déclaré ceci au paragraphe 7 :

Il convient également de préciser qu'aucune objection n'a été soulevée quant à la procédure que le président de l'audience a suivie pour recevoir les renseignements supplémentaires. [. . .] Il aurait certainement pu le faire [s'opposer à la procédure] à ce moment-là et demander au tribunal de reprendre l'audience, s'il n'était pas possible de recevoir les renseignements d'une autre façon. L'appelant avait alors en main tous les nouveaux renseignements et savait que le tribunal avait l'intention de les admettre. Non seulement aucune objection n'a-t-elle été soulevée à cette époque, ce qui m'apparaît être « la première occasion » de le faire [. . .] mais l'appelant n'en a pas parlé avant que la Section du statut de réfugié n'ait fait connaître sa décision le 18 avril 1991. En conséquence, même s'il y a eu violation des principes de justice naturelle, l'appelant a renoncé implicitement à cette violation par sa conduite. [Non souligné dans l'original et citation omise.]

[215] Le raisonnement élaboré par la Cour d'appel dans l'arrêt *Énergie atomique* a été accepté par la Cour

(Human Rights Commission) v. Taylor, [1990] 3 S.C.R. 892.

[216] In *Zündel v. Canada (Canadian Human Rights Commission)* (2000), 195 D.L.R. (4th) 399 (F.C.A.) (*Zündel*) the Court of Appeal considered the question of whether the doctrine of waiver may be relied upon in the face of a finding of reasonable apprehension of bias. The appellant had cited *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623 (*Newfoundland Telephone*) for the proposition that a finding of bias rendered the hearing void, leaving no room for waiver to operate. *Newfoundland Telephone*, however, did not address the question of waiver and the objection to the proceedings was raised at the very outset.

[217] In *Zündel*, the appellant argued that he had not waived his objection and did so promptly once a court ruling favouring his position was handed down in another case. The Court of Appeal noted that it was the framework of the legislation that gave rise to the complaint of unfairness and nothing had prevented the appellant from objecting at the beginning of the proceedings. In those circumstances, waiver was implied.

[218] In concluding his analysis for the Court in *Zündel*, Justice Stone accepted that any waiver to be effective must be made freely and with full knowledge of all the facts relevant to the decision whether to waive or not. In *Kozak*, while counsel for the appellants had consented to the procedure, he could not have known of the background facts suggesting bias.

[219] The rationale for why an applicant must raise a violation of natural justice or apprehension of bias at the earliest practical opportunity was articulated by Justice Pelletier (as he was then) in *Mohammadian v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 3 F.C. 371 (T.D.), affd [2001] 4 F.C. 85 (C.A.), where he stated at paragraph 25:

suprême du Canada dans *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892.

[216] Dans l'arrêt *Zündel c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [2000] A.C.F. n° 1838 (C.A.) (QL) (*Zündel*), la Cour d'appel s'est demandée si la doctrine de la renonciation pouvait être invoquée en présence d'une conclusion qu'il y avait une crainte raisonnable de partialité. L'appelant avait cité l'arrêt *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623 (*Newfoundland Telephone*) à l'appui de la thèse selon laquelle une conclusion de partialité annulait l'audience, ce qui excluait qu'on puisse invoquer la renonciation. Toutefois, l'arrêt *Newfoundland Telephone* ne traitait pas de la question de la renonciation et l'objection à la procédure avait été soulevée dès le début.

[217] Dans l'arrêt *Zündel*, l'appelant avait fait valoir qu'il n'avait pas renoncé à son objection et il l'a fait très rapidement une fois qu'une décision de la Cour, favorable à sa position, a été rendue dans une autre affaire. La Cour d'appel a noté que c'était le régime de la loi qui était à l'origine de la plainte d'iniquité et que rien n'avait empêché l'appelant de formuler une objection dès le début de l'instance. Dans les circonstances, la renonciation était implicite.

[218] Dans la conclusion de l'analyse faite au nom de la Cour dans l'arrêt *Zündel*, le juge Stone a reconnu que, pour être valable, toute renonciation doit être faite librement et en pleine connaissance de tous les faits pertinents à la décision de renoncer ou non. Dans l'arrêt *Kozak*, bien que l'avocat des appelants eût consenti à la procédure, il ne pouvait pas être au courant du contexte factuel laissant croire à une partialité.

[219] La raison pour laquelle un demandeur doit invoquer à la première occasion un manquement à la justice naturelle ou une crainte de partialité a été énoncée par le juge Pelletier (maintenant juge à la Cour d'appel) dans la décision *Mohammadian c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 3 C.F. 371 (1^{re} inst.), conf. par [2001] 4 C.F. 85 (C.A.), où il déclare ceci au paragraphe 25 :

There is a powerful argument in favour of such a requirement arising from judicial economy. If applicants are permitted to obtain judicial review of adverse decisions by remaining silent in the face of known problems of interpretation, they will remain silent. This will result in a duplication of hearings. It seems a better policy to provide an incentive to make the original hearing as fair as possible and to avoid repetitious proceedings. Applicants should be required to complain at the first opportunity when it is reasonable to expect them to do so.

Justice Pelletier went on to say at paragraph 26 “[t]he crucial element is the reasonableness of the expectation that the claimant complain at the first opportunity.”

[220] From the above discussion, I would take the principle that an applicant must raise an allegation of bias or other violation of natural justice before the tribunal at the earliest practical opportunity. The earliest practical opportunity arises when the applicant is aware of the relevant information and it is reasonable to expect him or her to raise an objection.

[221] In the present cases, counsel for the applicants would have been aware of the implementation of Guideline 7 from December 7, 2003. If they were of the view that its application in a particular case would result in a denial of their client’s right to a fair hearing, the earliest practical opportunity to raise an objection and to seek an exception from the standard order of questioning would have been in advance of each scheduled hearing, in accordance with rules 43 and 44, or orally, at the hearing itself. A failure to object at the hearing must be taken as an implied waiver of any perceived unfairness resulting from the application of the Guideline itself.

[222] I wish to stress, however, that the operation of the doctrine of waiver does not preclude an applicant from arguing that the manner in which the hearing was conducted breached the duty of fairness by reason of, for example, badgering cross-examination as was found in *Herrera*, if that ground is otherwise properly before the Court.

L’économie des ressources judiciaires est un argument important à l’appui d’une telle exigence. Si les demandeurs peuvent obtenir le contrôle judiciaire des décisions qui leur donnent tort simplement en ne soulevant pas les problèmes patents d’interprétation, c’est ce qu’ils feront. Ceci mènera à une duplication des audiences. Il serait de meilleure politique d’encourager la tenue de l’audience la plus équitable possible et ainsi éviter des procédures à répétition. Les demandeurs devraient être tenus de se plaindre à la première occasion, lorsqu’il est raisonnable de s’y attendre.

Le juge Pelletier poursuit en ces termes au paragraphe 26 : « [L’]élément clé est donc l’expectative raisonnable que le demandeur se plaint à la première occasion ».

[220] Je retiens de l’analyse qui précède le principe selon lequel un demandeur doit soulever une allégation de partialité ou tout autre manquement à la justice naturelle devant le tribunal à la première occasion qui lui est donnée. Celle-ci se présente lorsque le demandeur est informé des renseignements pertinents et qu’il est raisonnable de s’attendre à ce qu’il soulève une objection.

[221] En l’espèce, les avocats des demandeurs devaient être au courant de l’application des Directives n° 7 depuis le 7 décembre 2003. S’ils étaient d’avis que leur application dans un cas particulier entraînerait un déni du droit de leurs clients à une audience équitable, la première occasion qu’ils auraient eu de soulever une objection et de demander une exception à l’ordre normalisé des interrogatoires se serait présentée avant la tenue de chaque audience mise au rôle, conformément aux règles 43 et 44, ou oralement à l’audience même. Le fait de ne pas s’opposer au cours de l’audience doit être considéré comme une renonciation implicite à invoquer toute crainte d’iniquité résultant de l’application des Directives elles-mêmes.

[222] Toutefois, j’aimerais souligner que la manière dont la doctrine de la renonciation s’applique n’empêche pas un demandeur de faire valoir que la façon dont l’audience a été menée constitue un manquement à l’obligation d’équité du fait, par exemple, d’un contre-interrogatoire musclé, comme on l’a conclu dans la décision *Herrera*, si la Cour est par ailleurs saisie à bon droit de ce motif.

[223] The respondent submits that the Court should not consider grounds for judicial review that were not expressly pleaded in the applications for leave. In these proceedings, several applicants raised the Guideline 7 issue in their memoranda of fact and law or supplementary memoranda for the first time after the release of the decision in *Thamotharem*.

[224] The applicants rely upon the decision of the Supreme Court in *Native Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1994] 3 S.C.R. 627 in which the Court observed that a "basket clause" in the prayer for relief permitted a court to exercise its discretion to grant a declaration even though it was not specifically pleaded. The Court also referred to section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7], which among other things, sets out the various forms of relief which may be granted an applicant.

[225] The *Native Women's Assn.* decision cannot be extended, in my view, to support the proposition that applicants may raise new grounds that were not specifically pleaded in their applications for judicial review.

[226] Rule 301 [as am. by SOR/2004-283, s. 36] of the *Federal Courts Rules*, sets out the requirements for an application for judicial review. It states:

301. An application shall be commenced by a notice of application in Form 301 setting out

...

(e) a complete and concise statement of the grounds intended to be argued, including reference to any statutory provision or rule to be relied on.

[227] This Court has held that it will only deal with grounds of review raised by the applicant in the notice of application and supporting affidavits: *Métis National Council of Women v. Canada (Attorney General)*,

[223] Le défendeur soutient que la Cour ne devrait pas traiter des motifs de contrôle judiciaire qui n'ont pas été expressément plaidés dans les demandes d'autorisation. En l'espèce, plusieurs demandeurs ont soulevé pour la première fois la question des Directives n° 7 dans leur mémoire des faits et du droit ou leur mémoire complémentaire après le prononcé de la décision *Thamotharem*.

[224] Les demandeurs s'appuient sur la décision de la Cour suprême dans *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627, dans laquelle la Cour suprême a fait observer qu'une « clause omnibus » dans une demande de réparation permet à la cour d'exercer son pouvoir discrétionnaire de prononcer un jugement déclaratoire même si cela n'a pas été soulevé précisément dans les plaidoiries. La Cour suprême a également fait référence à l'article 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7] qui prévoit, entre autres choses, les diverses formes de réparation qui peuvent être accordées à un demandeur.

[225] La décision dans l'arrêt *Assoc. des femmes autochtones* ne peut, à mon avis, servir à appuyer la thèse voulant que les demandeurs puissent invoquer de nouveaux motifs qui n'ont pas été précisément plaidés dans leur demande de contrôle judiciaire.

[226] La règle 301 [mod. par DORS/2004-283, art. 36] des *Règles des Cours fédérales*, qui énonce les conditions applicables à une demande de contrôle judiciaire, prévoit ce qui suit :

301. La demande est introduite par un avis de demande, établi selon la formule 301, qui contient les renseignements suivants :

[...]

e) un énoncé complet et concis des motifs invoqués, avec mention de toute disposition législative ou règle applicable.

[227] La Cour a statué qu'elle ne traiterait que des motifs de contrôle soulevés par le demandeur dans l'avis de demande et les affidavits à l'appui : *Conseil national des femmes métisses c. Canada (Procureur général)*,

[2005] 4 F.C.R. 272. (See also *Schut v. Canada (Attorney General)* (2000), 186 F.T.R. 212 (F.C.T.D.)). The same position has been taken by the Federal Court of Appeal: *Canada (Human Rights Commission) v. Pathak*, [1995] 2 F.C. 455, leave to appeal refused [1995] 4 S.C.R. vii.

[228] I note that in *Stumpf v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002), 289 N.R. 165, the Court of Appeal allowed the applicants to raise an issue in oral arguments which had not been raised in the judicial review or in any of the proceedings before the Board. The issue in this case was the failure of the Board to consider the designation of a representative for a minor refugee applicant as required by subsection 69(4) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18] of the *Immigration Act*. The Court determined that it was appropriate to consider it at that time because the record disclosed all of the relevant facts, and there was no suggestion that the Minister would be prejudiced if the issue was considered.

[229] It is not clear that the records in each of the 19 applications consolidated disclose all of the relevant facts. For instance, it is not clear through reading the applicable tribunal records whether there was evidence before the Board member of why the order of questioning outlined in Guideline 7 should not be followed in a given case, particularly if it was raised before the hearing. Thus I would conclude that, unlike in *Stumpf*, the respondent may be prejudiced by the failure of the applicants to raise the issue at an earlier stage of the proceedings.

[230] In *Marshall v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 34, the Court stated at paragraph 2:

The applicant at the hearing raised the issue of reasonable apprehension of bias by the presiding member. However this issue was not raised in the applicant's original pleadings, but only in a further Memorandum of Argument on behalf of the applicant filed subsequently to receiving the Minister's Memorandum of Argument. Given that Rule 301(e) requires a complete and concise statement of the grounds intended to be argued, I believe it is too late at this stage as it was not part

[2005] 4 R.C.F. 272. (Voir également *Schut c. Canada (Procureur général)*, [2000] A.C.F. n° 424 (1^{re} inst.) (QL)). La même position a été adoptée par la Cour d'appel fédérale dans *Canada (Commission des droits de la personne) c. Pathak*, [1995] 2 C.F. 455, autorisation de pourvoi refusée, [1995] 4 R.C.S. vii.

[228] Je note que, dans l'arrêt *Stumpf c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CAF 148, la Cour d'appel a autorisé les demandeurs à soulever, au cours de la plaidoirie, une question qui n'avait pas été évoquée dans le contrôle judiciaire, ni dans aucune autre procédure devant la CISR. Cette affaire portait sur l'omission de la CISR d'examiner la désignation d'un représentant pour un revendicateur mineur, comme l'exigeait le paragraphe 69(4) [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18] de la *Loi sur l'immigration*. La Cour a statué qu'il était approprié d'examiner cette question à cette étape parce que le dossier renfermait tous les faits pertinents, et que rien ne laissait croire que le ministre subirait un préjudice si la question était examinée.

[229] Il n'est pas clairement établi si les dossiers dans chacune des 19 demandes réunies en l'espèce contiennent tous les faits pertinents. Par exemple, la lecture des dossiers du tribunal applicables n'indique pas clairement si le commissaire était saisi d'une preuve établissant pourquoi l'ordre des interrogatoires prévu dans les Directives n° 7 ne devait pas être suivi dans un cas donné, et particulièrement si cette question avait été soulevée avant l'audience. Je dois donc conclure que, contrairement à l'affaire *Stumpf*, le défendeur peut subir un préjudice du fait que les demandeurs n'ont pas soulevé la question à une étape antérieure de l'instance.

[230] Dans la décision *Marshall c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 34, la Cour a déclaré ce qui suit au paragraphe 2 :

À l'audience, le demandeur a soulevé la question d'une crainte raisonnable de partialité de la part du commissaire. Toutefois, cette question n'est pas mentionnée dans les actes de procédure déposés à l'origine, mais seulement dans un mémoire des arguments additionnels du demandeur, déposé suite à la réception du mémoire des arguments du ministre. Vu que le paragraphe 301(e) des Règles exige un énoncé complet et concis des motifs invoqués, je suis d'avis qu'il est

of the original application. In any event if there was such an issue, it should have been raised by motion before the presiding member and not now on judicial review. [Emphasis added.]

[231] The Court of Appeal has also held that arguments not made before the tribunal cannot be raised on judicial review: *Toussaint v. Canada (Labour Relations Board)* (1993), 160 N.R. 396; *Society of Composers, Authors & Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers* (2001), 10 C.P.R. (4th) 417.

[232] In conclusion, I agree with the respondent that the applicants in this case who did not raise issues of procedural fairness respecting Guideline 7 before the Board and in their applications for leave and for judicial review should be precluded from doing so by way of written and oral argument at this time. If the objection was made in a timely manner at or before the hearing, the applicants are entitled to raise it as a ground for judicial review in their applications for leave.

[233] While claimants seeking decisions from the Board respecting the procedure to be followed at its hearings should normally follow the requirements set out in rules 43 and 44, that is by filing a written submission supported by evidence without delay before the hearing, I do not accept the respondent's submission that failure to do so necessarily invokes the waiver doctrine. As I read the jurisprudence, waiver will not be implied where the party against whom it is claimed has made an objection to the procedure before or during the hearing itself. What the doctrine seeks to prevent is the litigant who sits mute through the procedure and tries to take advantage of the issue before a higher forum.

[234] If the applicants failed to cite a denial of procedural fairness in their applications for leave, judicial review of the applications should be confined to

maintenant trop tard pour introduire un élément qui ne fait pas partie de la demande originale. De toute façon, cette question aurait dû être soulevée dans le cadre d'une requête présentée au commissaire et non à l'occasion du présent contrôle judiciaire. [Non souligné dans l'original.]

[231] La Cour d'appel a également statué que des arguments non invoqués devant le tribunal ne peuvent être soulevés au cours d'un contrôle judiciaire : *Toussaint c. Canada (Conseil canadien des relations du travail)*, [1993] A.C.F. n° 616 (C.A.) (QL); *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. Canadienne des fournisseurs Internet*, 2001 CAF 4.

[232] En conclusion, je suis d'accord avec le défendeur pour dire que les demandeurs en l'espèce qui n'ont pas soulevé de questions d'équité procédurale au sujet de l'application des Directives n° 7 devant la CISR et dans leur demande d'autorisation et de contrôle judiciaire devraient être forclos de le faire par voie d'observations écrites ou verbales à cette étape-ci de l'instance. Si l'objection avait été faite en temps opportun, soit avant l'audience ou au cours de celle-ci, les demandeurs auraient eu droit d'en faire un motif de contrôle judiciaire dans leurs demandes d'autorisation.

[233] Bien que les demandeurs d'asile qui réclament à la Commission des décisions sur la procédure à suivre au cours de ses audiences doivent normalement remplir les conditions énoncées aux règles 43 et 44 de la SPR, soit en déposant, sans délai avant l'audience, des observations écrites appuyées par des éléments de preuve, je n'accepte pas la prétention du défendeur selon laquelle l'omission de le faire fait nécessairement intervenir la doctrine de la renonciation. De la façon dont j'interprète la jurisprudence, la renonciation ne peut être implicite lorsque la partie contre laquelle elle est invoquée a soulevé une objection à la procédure avant l'audience ou au cours de celle-ci. Ce que la doctrine cherche à éviter, c'est le cas du justiciable qui ne dit rien pendant toute la procédure et qui essaie de tirer parti de la question devant une instance supérieure.

[234] Si les demandeurs ont omis de mentionner le déni d'équité procédurale dans leurs demandes d'autorisation, le contrôle judiciaire de ces demandes

the grounds for which they sought leave. The common “basket clause” formula “such further and other grounds as the applicants may advise and this Honourable Court permit” is not a complete and concise statement of the grounds intended to be argued within the meaning of rule 301 [of the *Federal Courts Rules*]. However, in some cases, the issue was identified in the memorandum of fact and law filed with the application.

[235] In view of the unsettled state of the law on these issues and that prior to *Thamotharem* this Court had consistently denied applications based solely on Guideline 7, applicants should not be penalized for the failure of counsel to specify the ground in the notice of application if it is clear from the materials filed with the application that procedural fairness was in issue. That is not to be taken as an invitation to expand the grounds for which leave has been granted. If the issue of Guideline 7 is only raised in a further memorandum of fact and law filed subsequent to the granting of leave, there has been an implied waiver and the applicants are restricted to the issues identified in the initial application and memorandum.

[236] Turning to the application of these principles to the cases before me, I make the following findings:

- Cases in which there was no waiver because of a timely objection at or before the Board hearing and the denial of procedural fairness was identified as a ground for judicial review in the leave application either expressly or through a basket clause: IMM-9766-04 (*Restrepo Benitez*); IMM-1144-05 (*Quadri*); IMM-4044-05 (*Roy*); IMM-470-05 (*Martinez & others*); IMM-2150-05 (*Matheen*); IMM-353-05 (*Rincon & others*); IMM-1419-05 (*Gomez & others*); IMM-1877-05 (*Jones*); IMM-712-05 (*Guirguis & others*); IMM-407-05 (*Mejia*); IMM-9797-04 (*Bilomba*); IMM-2709-05 (*Trujillo*); IMM-2034-05 (*Ortiz*). These applications are not barred from proceeding on the procedural fairness issue in relation to the application of Guideline 7 in that case.

devrait se limiter aux motifs pour lesquels ils ont demandé l’autorisation. La formule habituelle de la « clause omnibus », savoir « tout autre motif que les demandeurs peuvent faire valoir et que la Cour peut autoriser » n’est pas un énoncé complet et concis des motifs invoqués au sens de la règle 301 [des *Règles des Cours fédérales*]. Toutefois, dans certains cas, la question a été mentionnée dans les mémoires des faits et du droit déposés avec la demande.

[235] Étant donné que l’état du droit sur ces questions n’est pas bien fixé et que, avant la décision *Thamotharem*, la Cour a constamment refusé les demandes se fondant uniquement sur les Directives n° 7, les demandeurs ne devraient pas être pénalisés parce que leurs avocats ont omis de préciser ce motif dans l’avis de demande, s’il ressort clairement des documents déposés avec la demande que l’équité procédurale était une question en litige. Cela ne doit pas être considéré comme une invitation à étendre les motifs pour lesquels l’autorisation a été accordée. Si la question des Directives n° 7 n’est soulevée que dans un mémoire des faits et du droit complémentaire déposé après l’octroi de l’autorisation, il y a renonciation implicite, et les demandeurs doivent s’en tenir aux questions cernées dans la première demande et le premier mémoire.

[236] Je tire les conclusions suivantes concernant l’application de ces principes aux causes dont je suis saisi :

- Les causes dans lesquelles il n’y a pas eu de renonciation parce qu’une objection a été formulée en temps opportun avant l’audience devant la CISR ou au cours de l’audience et que le déni d’équité procédurale a été mentionné comme motif de contrôle judiciaire dans la demande d’autorisation, soit expressément, soit sous forme de clause omnibus : IMM-9766-04 (*Restrepo Benitez*); IMM-1144-05 (*Quadri*); IMM-4044-05 (*Roy*); IMM-470-05 (*Martinez et autres*); IMM-2150-05 (*Matheen*); IMM-353-05 (*Rincon et autres*); IMM-1419-05 (*Gomez et autres*); IMM-1877-05 (*Jones*); IMM-712-05 (*Guirguis et autres*); IMM-407-05 (*Mejia*); IMM-9797-04 (*Bilomba*); IMM-2709-05 (*Trujillo*); IMM-2034-05 (*Ortiz*). La question de l’équité procédurale relative à l’application des Directives n° 7 pourra être débattue dans chacune de ces demandes.

▪ Cases in which no objection was raised before or during the hearing and for which waiver will be implied: IMM-4064-05 (*Kamalendran*); IMM-9220-04 and IMM-3994-05 (*Arachchige*); IMM-3313-05 (*Robinson*); IMM-9452-04 (*Gyankoma*); IMM-934-05 (*Savagoli*). These applications are barred from proceeding on the ground of procedural fairness in relation to Guideline 7.

CONCLUSIONS

[237] Based on the analysis above I make the following findings on each of the issues.

▪ Although the order of questioning in refugee determination proceedings engages the security of the person interests of claimants, this case concerns classic administrative law issues that may be determined under the principles of natural justice and fairness without invoking the Charter. It is therefore not necessary for the Court to determine the scope and effect of fundamental justice under section 7 with regard to the application of the Guideline. In the alternative, if a Charter analysis is required, fundamental justice does not require that the questioning order employed in the civil and criminal courts be extended to refugee determination hearings. The legislative intention to avoid the formalities attendant upon court proceedings is not inconsistent with the requirements of fundamental justice

▪ After considering the factors laid out by the Supreme Court in *Baker* and the further factors submitted by the applicants, it has not been established that natural justice requires that counsel for a refugee claimant be provided with the opportunity to question the claimant first. The opportunity for the applicant to make written submissions and provide evidence to the Board, to have an oral hearing with the participation of counsel, and to make oral submissions, satisfies the participatory rights required by the duty of fairness and Guideline 7 does not, in itself, breach that duty.

▪ Les causes dans lesquelles aucune objection n'a été soulevée avant ou au cours de l'audience et pour lesquelles la renonciation est implicite : IMM-4064-05 (*Kamalendran*); IMM-9220-04 et IMM-3994-05 (*Arachchige*); IMM-3313-05 (*Robinson*); IMM-9452-04 (*Gyankoma*); IMM-934-05 (*Savagoli*). Ces demandeurs ne peuvent faire valoir un manquement à l'équité procédurale relativement aux Directives n° 7.

LES CONCLUSIONS

[237] Me fondant sur l'analyse précitée, je tire les conclusions suivantes au sujet de chacune des questions en litige.

▪ Bien que l'ordre des interrogatoires dans les instances relatives à la détermination du statut de réfugié touche les intérêts des demandeurs d'asile pour ce qui concerne la sécurité de leur personne, cette affaire porte sur des questions de droit administratif classiques qui peuvent être tranchées en appliquant les principes de justice naturelle et d'équité sans avoir recours à la Charte. Par conséquent, il n'est pas nécessaire que la Cour établisse la portée et l'effet de la justice fondamentale garantie par l'article 7 au regard de l'application des Directives. Subsidiairement, s'il faut avoir recours à une analyse fondée sur la Charte, la justice fondamentale n'exige pas que l'ordre des interrogatoires utilisé devant les tribunaux civils et criminels s'étende aux audiences visant à déterminer le statut de réfugié. L'intention du législateur d'éviter les formalités accessoires aux procédures judiciaires n'est pas incompatible avec les exigences de la justice fondamentale.

▪ Après avoir examiné les facteurs énoncés par la Cour suprême dans l'arrêt *Baker* et les autres facteurs proposés par les demandeurs, il n'a pas été établi que la justice naturelle exige que l'avocat d'un demandeur d'asile ait la possibilité d'interroger son client en premier lieu. La possibilité qu'a le demandeur de déposer des observations écrites et de fournir des éléments de preuve à la CISR, d'obtenir une audience à laquelle participe son avocat et de présenter des observations de vive voix est conforme aux droits de participation qu'exige l'obligation d'équité, et les Directives n° 7 ne contreviennent pas, en elles-mêmes, à cette obligation.

■ While the language of Guideline 7 could be construed as mandatory in nature by inexperienced and less confident Board members, and although members may feel some top-down pressure to follow it, this does not lead to the conclusion that members consider themselves bound to apply the Guideline as if it were legislation, a regulation or a formal rule made under the Chairperson's authority. On the face of the record in this case, the evidence does not support a finding of fettering. Although fettering could be established in a particular case, the application of Guideline 7 in itself, does not fetter the discretion of Board members. Whether fettering has occurred must be established on a case-by-case basis.

■ Administrative tribunals are free, within reason, to determine their own procedures as they are "masters in their own house" with respect to internal administrative procedures, subject to the proviso that they comply with the duty of fairness and, where they exercise judicial or quasi-judicial functions, the rules of natural justice. The Chairperson's authority to make guidelines is broad enough to encompass the adoption of a procedure such as the standard order of questioning contemplated by Guideline 7. As Guideline 7 does not constitute a mandatory pronouncement which fetters the members' discretion, it does not operate as a mandatory rule and as such remains within the Chairperson's authority.

■ A reasonable apprehension of institutional bias does not arise merely because Board members conduct the questioning of refugee claimants in the absence of a refugee protection officer or in advance of claimants' counsel. In the particular circumstances of an individual case, aggressive questioning by the member or the refugee protection officer may amount to a breach of fairness, but the question of bias in this context has to be raised on a case-by-case basis. Whether a reasonable apprehension of bias is made out is to be decided by the judge hearing the merits of the case.

■ Bien que le libellé des Directives n° 7 puisse être interprété comme étant de nature obligatoire par des commissaires inexpérimentés et manquant de confiance en eux, et bien que les commissaires puissent estimer qu'ils subissent de la pression des instances supérieures pour suivre ces directives, cela ne mène pas à la conclusion que les commissaires s'estiment tenus d'appliquer les Directives comme s'il s'agissait d'une loi, d'un règlement ou d'une règle formelle prise en vertu du pouvoir du président. D'après le dossier constitué en l'espèce, la preuve n'appuie pas une conclusion d'entrave à l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Bien que cette entrave puisse être établie dans un cas particulier, l'application des Directives n° 7 elle-même n'entrave pas le pouvoir discrétionnaire des commissaires. Il faudra donc établir cette entrave au cas par cas.

■ Les tribunaux administratifs sont libres, dans une mesure raisonnable, d'établir leurs propres procédures étant donné qu'ils sont « maîtres chez eux » pour ce qui est des procédures administratives internes, à la condition qu'ils respectent leur obligation d'équité et, dans l'exercice de fonctions judiciaires ou quasi judiciaires, les règles de la justice naturelle. Le pouvoir du président de donner des directives est suffisamment large pour englober l'adoption d'une procédure telle que l'ordre normalisé des interrogatoires prévu par les Directives n° 7. Étant donné que ces directives ne constituent pas un énoncé obligatoire qui entrave le pouvoir discrétionnaire des commissaires, elles ne sont pas appliquées comme une règle obligatoire et, en tant que telles, elles demeurent dans les limites du pouvoir du président.

■ Une crainte raisonnable de partialité institutionnelle ne peut être invoquée simplement parce que les commissaires interrogent les demandeurs d'asile en l'absence d'un agent chargé de la protection des réfugiés ou avant l'avocat de ces demandeurs d'asile. Dans les circonstances particulières d'un cas donné, un interrogatoire musclé par le commissaire ou par l'agent chargé de la protection des réfugiés peut constituer un manquement à l'équité, mais la question de la partialité dans ce contexte doit être soulevée au cas par cas. C'est le juge appelé à se prononcer sur le fond de l'affaire qui décidera si une crainte raisonnable de partialité a été établie.

■ The common-law principle of waiver requires that an applicant must raise an allegation of bias or a violation of natural justice before the tribunal at the earliest practical opportunity. If counsel were of the view that the application of Guideline 7 in a particular case would result in a denial of their client's right to a fair hearing, the earliest practical opportunity to raise an objection and to seek an exception from the standard order of questioning would have been in advance of each scheduled hearing, in accordance with rules 43 and 44, or orally, at the hearing itself. A failure to object at the hearing must be taken as an implied waiver of any perceived unfairness resulting from the application of the Guideline itself. If the objection was made in a timely manner at or before the hearing, the applicants are entitled to raise it as a ground for judicial review in their applications for leave. If the applicants failed to cite a denial of procedural fairness in their applications for leave, judicial review of the applications should be confined to the grounds on which leave was sought.

■ Le principe de common law relatif à la renonciation exige qu'un demandeur soulève une allégation de partialité ou un manquement à la justice naturelle devant le tribunal à la première occasion raisonnable. Si les avocats sont d'avis que l'application des Directives n° 7 dans un cas particulier entraînerait pour leurs clients un déni du droit à une audience équitable, la première occasion de soulever une objection et de demander une exception à l'ordre normalisé des interrogatoires se présentera avant chaque audience mise au rôle conformément aux règles 43 et 44, ou de vive voix au cours de l'audience. Le fait de ne pas formuler d'objection au cours de l'audience doit être considéré comme une renonciation implicite à toute crainte d'iniquité résultant de l'application des Directives elles-mêmes. Si l'objection a été présentée en temps opportun avant l'audience ou au cours de celle-ci, les demandeurs ont le droit de la faire valoir comme motif de contrôle judiciaire dans leur demande d'autorisation. Si les demandeurs n'ont pas fait valoir le manquement à l'équité procédurale dans leur demande d'autorisation, le contrôle judiciaire des demandes doit se limiter aux motifs pour lesquels l'autorisation a été demandée.

CERTIFIED QUESTIONS

[238] The applicants in this case have submitted a number of questions for certification:

The proposed questions are as follows:

1. Does the implementation of paragraphs 19 and 23 of the Chairperson's Guideline 7 violate principles of natural justice by unduly interfering with the claimant's right to be heard?
2. Has the implementation of Guideline 7 led to the fettering of Board members' discretion?
3. Does Guideline 7 violate natural justice by distorting the independent role of Board members?
4. Does Guideline 7 violate the principles of fundamental justice under s. 7 of the *Charter of Rights and Freedoms*?
5. Is Guideline 7 unlawful because it is *ultra vires* the guideline making authority of the Chairperson under the IRPA?

LES QUESTIONS CERTIFIÉES

[238] En l'espèce, les demandeurs ont soumis un certain nombre de questions aux fins de la certification.

Les questions proposées sont les suivantes :

1. L'application des paragraphes 19 et 23 des Directives n° 7 données par le président contrevient-elle aux principes de justice naturelle en limitant indûment le droit du demandeur d'asile d'être entendu?
2. L'application des Directives n° 7 constitue-t-elle une entrave à l'exercice du pouvoir discrétionnaire des commissaires?
3. Les Directives n° 7 contreviennent-elles à la justice naturelle en déformant le rôle d'indépendance des commissaires?
4. Les Directives n° 7 contreviennent-elles aux principes de justice fondamentale consacrés par l'article 7 de la *Charte des droits et libertés*?
5. Les Directives n° 7 sont-elles illégales parce qu'elles sont *ultra vires* du pouvoir que confère la LIPR au président de donner des directives?

- | | |
|---|--|
| <p>6. If Guideline 7 and the procedure mandated by it breaches natural or fundamental justice, can a refugee claimant in any way implicitly waive the breach, for example by failing to object to the procedure?</p> | <p>6. Si les Directives n° 7 et la procédure qu'elles obligent à suivre constituent un manquement à la justice naturelle ou fondamentale, un demandeur d'asile peut-il d'une quelconque façon renoncer implicitement à ce manquement, par exemple en ne s'opposant pas à la procédure?</p> |
| <p>7. Is Guideline 7 <i>ultra vires</i> the IRPA and Regulations thereunder?</p> | <p>7. Les Directives n° 7 sont-elles <i>ultra vires</i> de la LIPR et des règlements établis sous son régime?</p> |
| <p>8. Does "reverse order questioning" constitute a denial of the principles of fundamental justice and denial of s. 7 of the <i>Charter</i> in:</p> <p>a) Denying the right to effective and competent counsel?</p> <p>b) Denying the right to be heard?</p> | <p>8. L'« ordre inversé des interrogatoires » constitue-t-il un manquement aux principes de justice fondamentale et un déni des droits garantis par l'article 7 de la Charte en :</p> <p>a) refusant au demandeur d'asile le droit à un procureur efficace et compétent?</p> <p>b) lui refusant le droit d'être entendu?</p> |
| <p>9. Does reverse order questioning as mandated by Guideline 7 constitute:</p> <p>a) A breach of the right to an independent judiciary and constitute a reasonable apprehension of institutional bias contrary to the preamble of the <i>Constitution Act, 1867</i>?</p> <p>b) A breach of the right to a hearing before a fair and independent tribunal and a reasonable apprehension of institutional bias contrary to s.7 of the <i>Charter</i>?</p> | <p>9. L'ordre inversé des interrogatoires imposé par les Directives n° 7 constitue-t-il :</p> <p>a) un manquement au droit à un pouvoir judiciaire indépendant et donne-t-il lieu à une crainte raisonnable de partialité institutionnelle contraire au préambule de la <i>Loi constitutionnelle de 1867</i>?</p> <p>b) un manquement au droit à une audience devant un tribunal équitable et indépendant et donne-t-il lieu à une crainte raisonnable de partialité institutionnelle contraire à l'article 7 de la Charte?</p> |
| <p>10. With respect to Guideline 7 and the objection/non-objection of the claimant's counsel at the refugee hearing:</p> <p>a) Does the respondent confuse the doctrine of waiver with that of the failure to object before the trier of fact as constituting an issue estoppel on judicial review?</p> <p>b) If no such confusion exists, then what "right" is being purportedly waived by the claimant at the hearing by not registering an objection to Guideline 7?</p> <p>c) As a matter of fundamental justice, is the exercise of a Board member's purported discretion pursuant to any Guideline ever in the claimant's hands to "waive"?</p> | <p>10. En ce qui concerne les Directives n° 7 et l'objection ou l'absence d'objection de la part du procureur du demandeur d'asile au cours de l'audience relative à la détermination du statut de réfugié :</p> <p>a) le défendeur confond-il la doctrine de la renonciation et celle de l'omission de s'opposer devant le juge des faits comme constituant une interdiction de soulever la question dans le cadre d'un contrôle judiciaire?</p> <p>b) si aucune confusion de ce genre n'existe, à quel « droit » le demandeur d'asile renonce-t-il prétendument à l'audience en ne formulant pas d'objection à l'application des Directives n° 7?</p> <p>c) pour ce qui concerne la justice fondamentale, est-il loisible à un demandeur d'asile de « renoncer » à l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui serait conféré à un commissaire aux termes d'une directive?</p> |

[239] The first two questions suggested by the applicants were two of the questions certified in *Thamotharem*. The respondent agrees that these be certified in this case and also requests that the third question certified by Justice Blanchard in *Thamotharem*

[239] Les deux premières questions proposées par les demandeurs étaient deux des questions qui ont été certifiées dans la décision *Thamotharem*. Le défendeur convient qu'elles devraient être certifiées en l'espèce et demande également que la troisième question certifiée

be again certified, which I agree should be done.

[240] The respondent submits and I agree, that the questions regarding independence of Board members be re-written as follows: does the role of Refugee Protection Division members in questioning refugee claimants, as contemplated by Guideline 7, give rise to a reasonable apprehension of bias?

[241] The respondent submits that the procedural fairness issues raised by the applicants can be dealt with through administrative law principles and therefore resort to the Charter is unnecessary. While that is the finding I have reached, it remains a serious question of general importance.

[242] The respondent also contends that the *vires* of Guideline 7 is adequately subsumed under the question dealing with fettering of Board member's discretion. I do not agree.

[243] Based on the questions proposed for certification by the applicants and the respondent's reply, I would certify the following questions which I believe pass the test articulated by the Court of Appeal in *Liyanagamage v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 176 N.R. 4:

1. Does Guideline 7, issued under the authority of the Chairperson of the Immigration and Refugee Board, violate the principles of fundamental justice under section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by unduly interfering with claimants' right to be heard and right to counsel?

2. Does the implementation of paragraphs 19 and 23 of the Chairperson's Guideline 7 violate principles of natural justice?

3. Has the implementation of Guideline 7 led to fettering of Refugee Protection Division members' discretion?

par le juge Blanchard dans l'arrêt *Thamotharem* soit de nouveau certifiée, ce que j'ai accepté de faire.

[240] Le défendeur soutient, et je suis d'accord avec lui, que les questions concernant l'indépendance des commissaires soient réécrites de la façon suivante : le rôle des commissaires de la Section de la protection des réfugiés au cours des interrogatoires des demandeurs d'asile, tel que prévu par les Directives n° 7, donne-t-il lieu à une crainte raisonnable de partialité?

[241] Le défendeur soutient que les questions d'équité procédurale soulevées par les demandeurs peuvent être traitées en appliquant les principes de droit administratif; par conséquent, il n'est pas nécessaire d'avoir recours à la Charte. Bien que ce soit là la conclusion à laquelle je suis parvenu, cette question demeure une question grave de portée générale.

[242] Le défendeur prétend également que la constitutionnalité des Directives n° 7 est subordonnée, à la question de l'entrave à l'exercice du pouvoir discrétionnaire des commissaires. Je ne suis pas d'accord.

[243] En m'appuyant sur les questions proposées aux fins de la certification par les demandeurs et la réponse du défendeur, je certifierais les questions suivantes qui, à mon avis, respectent le critère formulé par la Cour d'appel dans *Liyanagamage c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 1637 (C.A.) (QL) :

1. Les Directives n° 7, prises en vertu du pouvoir du président de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, contreviennent-elles aux principes de justice fondamentale consacrés par l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* en limitant indûment le droit d'un demandeur d'asile d'être entendu et son droit à un procureur?

2. L'application des paragraphes 19 et 23 des Directives n° 7 prises par le président contrevient-elle aux principes de justice naturelle?

3. L'application des Directives n° 7 constitue-t-elle une entrave à l'exercice du pouvoir discrétionnaire des

4. Does a finding that Guideline 7 fetters a Refugee Protection Division member's discretion necessarily mean that the application for judicial review must be granted, without regard to whether or not the applicant was otherwise afforded procedural fairness in the particular case or whether there was an alternate basis for rejecting the claim?

5. Does the role of Refugee Protection Division members in questioning refugee claimants, as contemplated by Guideline 7, give rise to a reasonable apprehension of bias?

6. Is Guideline 7 unlawful because it is *ultra vires* the guideline-making authority of the Chairperson under paragraph 159(1)(h) of the *Immigration and Refugee Protection Act*?

7. When must an applicant raise an objection to Guideline 7 in order to be able to raise it upon judicial review?

All of these questions, in my view, transcend the interests of the immediate parties to the litigation, raise issues of broad significance and could be determinative of the appeal.

commissaires de la Section de la protection des réfugiés?

4. Une conclusion selon laquelle les Directives n° 7 entravent l'exercice du pouvoir discrétionnaire des commissaires de la Section de la protection des réfugiés signifie-t-elle nécessairement que la demande de contrôle judiciaire doit être accueillie, sans qu'il soit tenu compte du fait que l'équité procédurale a autrement été assurée au demandeur dans ce cas particulier ou qu'il y a un autre fondement permettant de rejeter la revendication?

5. Le rôle des commissaires de la Section de la protection des réfugiés au cours de l'interrogatoire des demandeurs d'asile, tel que prévu par les Directives n° 7, donne-t-il lieu à une crainte raisonnable de partialité?

6. Les Directives n° 7 sont-elles illégales parce qu'elles excèdent le pouvoir du président de donner des directives en vertu de l'alinéa 159(1)h) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*?

7. Quand un demandeur doit-il soulever une objection à l'application des Directives n° 7 pour être en mesure de la plaider dans le cadre d'un contrôle judiciaire?

À mon avis, toutes ces questions transcendent les intérêts des parties immédiates au litige, soulèvent des questions graves de portée générale et pourraient permettre de trancher l'appel.

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 Federal Court of Appeal decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/index.html> and of any Federal Court decision may be accessed at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html>, 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.**

ACCESS TO INFORMATION

Review under *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, s. 44(1) of decision by Canadian Food Inspection Agency authorizing disclosure of investigation reports issued in 2003 and 2004 regarding applicant's slaughterhouses and meat processing units—Applicant could not reasonably believe reports kept confidential by respondent, in past or future—Application dismissed.

VIANDES DU BRETON INC. v. CANADA (FOOD INSPECTION AGENCY) (T-984-05, 2006 FC 335, Gauthier J., order dated 14/3/06, 18 pp.)

ADMINISTRATIVE LAW

JUDICIAL REVIEW

Grounds of Review

Judicial review of Governor in Council order terminating applicant's appointment at pleasure as Chair of Board of Directors of VIA Rail Canada Inc.— Issues: scope of duty of fairness when Governor in Council dismissing person appointed at pleasure, whether duty fulfilled, appropriate remedy—Failure to observe minimum procedural guarantees applicable in this case with regard to applicant—Application allowed.

PELLETIER v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-668-04, 2005 FC 1545, Noël J., order dated 18/11/05, 46 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

EXCLUSION AND REMOVAL

Removal of Permanent Residents

Judicial review of enforcement officer's direction to report for removal—Applicants losing permanent resident status acquired under *Political Prisoners and Oppressed Persons Designated Class Regulations*, SOR/82-977 for failing to comply with residency requirements—Application dismissed—Applicants never determined to be Convention refugees, persons in need of protection.

QUINTANILLA v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5107-05, 2006 FC 726, Martineau J., order dated 8/6/06, 12 pp.)

Removal of Refugees

Appeal from Federal Court decision (2005 FC 172) granting application for judicial review to set aside danger opinion by Minister's delegate—Certified question answered: consideration of consequences of not determining merits of application for

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

judicial review within Judge's overall discretion with respect to hearing of application, grant of relief—Appeal allowed—Federal Court erred in not considering alternative remedy, misapprehending seriousness of consequences of danger opinion.

THANABALASINGHAM V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (A-170-05, 2006 FCA 14, Evans J.A., judgment dated 12/1/06, 7 pp.)

IMMIGRATION PRACTICE

Judicial review of Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division's refusal to reopen refugee protection claim—Board finding failure to send notices to appear to "counsel" ("assistant" as non-lawyer, not charging fee) identified on personal identification form not breach of natural justice—*Refugee Protection Division Rules*, SOR/2002-227, r. 32(3) requiring document be provided to claimant, protected person or counsel—Even if complying with Rules, Board's conduct not compatible with natural justice—Right to counsel including right to have counsel sent critical documents—Application allowed.

ALBERTI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4850-05, 2006 FC 975, Simpson J., judgment dated 11/8/06, 5 pp.)

Judicial review of decision by Refugee Protection Division (RPD) applicant neither Convention refugee nor person in need of protection under *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 96, 97—No basis for intervention with regard to RPD requiring witness identification in this case—Application dismissed.

ASLANI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4299-05, 2006 FC 351, Noël J., judgment dated 20/3/06, 24 pp.)

Judicial review under *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 72(1) of expulsion officer's refusal to stay removal from Canada—Scope of duty, discretion to defer removal—Application dismissed—Officer considered facts, discretion limited, acknowledged.

BASTIEN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3978-05, 2006 FC 711, Rouleau J., judgment dated 8/6/06, 10 pp.)

Judicial review of decision by Refugee Protection Division of Immigration and Refugee Board (IRB) excluding applicant as claimant because of human rights violations—Application allowed since IRB supposed to handle applicant's claim in accordance with provisions of former *Immigration Act*, as required under section 191, transitional provision of *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 191.

BOUASLA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-855-05, 2005 FC 1544, Lemieux J., order dated 18/11/05, 13 pp.)

Judicial review of decision of Refugee Protection Division (RPD) of Immigration and Refugee Board determining applicant not Convention refugee or person in need of protection—Throughout reasons, RPD referring to incorrect country of nationality, wrong country in which applicant fearing persecution—Application allowed.

LANDAVERDE V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-10532-04, 2005 FC 1665, O'Keefe J., order dated 7/12/05, 14 pp.)

Applicant seeking to cross-examine affiant of affidavit filed in response to request for leave to commence application for judicial review—Respondent Canadian Society of Immigration Consultants (CSIC) opposing cross-examination on ground affidavit filed for sole purpose of leave application, will not be relied on in judicial review application—*Federal Courts Immigration and Refugee Protection Rules*, SOR/93-22, r. 16 providing documents filed in connection with application for leave will form part of record for consideration by judge hearing application for judicial review—As affidavit in question forming part

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

of record, applicant having *prima facie* right to cross-examine deponent—However in interests of justice to allow CSIC to withdraw affidavit as affiant's views now diametrically opposed to CSIC's position.

LAW SOCIETY OF UPPER CANADA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-63-05, 2006 FC 1042, Lafrenière P., order dated 29/8/06, 12 pp.)

Judicial review of immigration officer's decision rejecting application for permanent resident status because received outside 180-day period set out in *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, s. 175(1)—Application allowed—S. 175 not stipulating incomplete applications submitted on time should be rejected—According to policies, incomplete applications should be returned with instruction to re-submit within 90 days.

MASHTOULI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1433-05, 2006 FC 94, O'Reilly J., order dated 1/2/06, 8 pp.)

Judicial review of Immigration and Refugee Board's denial of refugee application—Board refusing to admit document filed less than 20 days before hearing—*Refugee Protection Division Rules*, SOR/2002-228, r. 30(b) requiring Division to consider any new evidence it brings to hearing in deciding whether to allow use of late-filed document—Board considering this factor—Application dismissed—Wording of r. 30(b) criticized—Suggesting Board may wish to reconsider usefulness of r. 30(b).

MISBAH V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-6356-05, 2006 FC 949, Phelan J., judgment dated 2/8/06, 5 pp.)

Judicial review of pre-removal risk assessment (PPRA) officer's decision dismissing applicant's application therefor—Whether procedural fairness breached by prolonged delay in providing applicant with completed pre-removal risk assessment—No evidence applicant prejudiced by delay—Application dismissed.

QAZI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1706-05, 2005 FC 1667, Mosley J., order dated 7/12/05, 10 pp.)

Judicial review of Immigration and Refugee Board's denial of refugee claim on grounds not rebutting presumption in favour of existence of state protection—Application dismissed—Applicant objecting before Board to Guideline 7, reverse-order questioning—Appeals in cases dealing with that issue, including *Benitez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 461, under reserve—Necessary to preserve applicant's appeal rights—In addition to questions certified in *Benitez*, question certified as to lawfulness of proceeding, decision conducted under Guideline 7 if Guideline unlawful where matter determined on unrelated issue.

SANCHEZ V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-6316-05, 2006 FC 921, Phelan J., judgment dated 27/7/06, 10 pp.)

Sponsorship—Judicial review of Immigration and Refugee Board, Immigration Appeal Division (IAD) decision dismissing applicant's appeal under *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 63(1) on basis person sponsored not family class member—Application allowed since IAD failing to observe principle of procedural fairness by not providing applicant with tribunal record—Appeal procedures IAD adopting not restricting applicant's rights to appeal.

XU V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2784-05, 2005 FC 1575, Snider J., order dated 21/11/05, 11 pp.)

STATUS IN CANADA*Convention Refugees*

Judicial review of Refugee Protection Division decision rejecting refugee claim, finding applicant not person in need of protection—Applicant, Mother Superior of congregation of nuns in Democratic Republic of the Congo, having problems with

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded

police because of visits to central jail—Application allowed given significant misunderstandings of nature of claim, lack of relevance of certain factors said to support findings.

MPIANA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2201-05, 2005 FC 1675, MacKay J., order dated 9/12/05, 6 pp.)

Judicial review of Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division (RPD) decision applicant excluded from definition of “Convention refugee” pursuant to *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1F(a) (committed crimes against humanity) and (c) (guilty of acts contrary to purposes, principles of UN)—Applicant, Hindu Tamil citizen of Sri Lanka, member of Liberation Tigers of Tamil Eelam (LTTE)—Relatively minor role in LTTE providing insufficient evidence applicant shared common objectives, had knowledge of LTTE’s objectives as required for finding of complicity—Not having found LTTE limited, brutal purpose organization, RPD could not find applicant complicit in crimes against humanity based on mere membership—Application allowed.

RATHINASINGAM V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4111-05, 2006 FC 988, Teitelbaum J., judgment dated 17/9/06, 26 pp.)

Permanent Residents

Judicial review of visa officer’s refusal of application for permanent residence under entrepreneur class—Principal applicant sole shareholder of two corporations—Scope of “qualifying business” in *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, s. 88(1) “entrepreneur”—Results of two corporations to be aggregated—Application allowed.

THOMAS V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4464-05, 2006 FC 334, Phelan J., judgment dated 14/3/06, 15 pp.)

Judicial review of immigration officer’s decision applicant not meeting requirements of *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, s. 4—S. 4 providing person not spouse, common-law partner if marriage, partnership not genuine and entered into primarily for purpose of acquiring status, privilege under Act—S. 4 speaking in present tense for determination of genuineness of relationship and in past tense for assessing purpose for which created—Drafters may have thus left door open to marriages of convenience found to be sincere, enduring at time of assessment—But finding herein relationship not genuine not unreasonable.

DONKOR V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-654-06, 2006 FC 1089, Mosley J., judgment dated 12/9/06, 5 pp.)

CONSTITUTIONAL LAW**CHARTER OF RIGHTS***Arrest, Detention, Imprisonment*

Judicial review of Immigration and Refugee Board’s dismissal of refugee claim—Applicant detained at least two days upon arrival in Canada—Interviewed without opportunity to consult counsel—Board compared statements made at interview with written narrative, found applicant not credible—*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 10(b) providing everyone has right on arrest or detention to retain, instruct counsel without delay and to be informed of right—What constitutes detention—On facts, applicant in detention—S. 10(b) violated—Board should have excluded statements made while in detention, without access to counsel pursuant to Charter, s. 24(2)—Application allowed.

CHEN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3387-05, 2006 FC 910, O’Reilly J., judgment dated 25/7/06, 8 pp.)

Life, Liberty and Security

Action for damages based on allegation defendant wilfully, knowingly suppressed relevant, material documents, notes of witnesses, possible witnesses, thereby curtailing right of proper cross-examination, depriving plaintiff of right to impeach

CONSTITUTIONAL LAW—Concluded

credibility of witnesses called by Crown as well as withholding from him information relevant to decision as to who should be witnesses for defence in criminal prosecution in Quebec courts—Arguing deprived of full defence, fair trial contrary to *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, 11(d)—Action dismissed—Claim prescribed by three-year limitation period on actions to enforce personal right in *Civil Code of Québec*, s. 2925—Cases dealing with application of limitation periods in provincial statutes to Charter-based claims reviewed—Action duplicative of issues already dealt with by Quebec Court of Appeal and without merit.

PEARSON V. CANADA (T-290-99, 2006 FC 931, de Montigny J., judgment dated 28/7/06, 44 pp.)

CUSTOMS AND EXCISE**CUSTOMS ACT**

Action to recover amount paid to obtain release of goods—Shipment of wheat delivered to United States border refused entry by U.S. Customs because export permit from Canadian Wheat Board not produced—Wheat seized upon return to Canada on ground exported without written report to Canada Customs and without presentation of valid export licence—Meaning of “exported” in *Customs Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, *Canadian Wheat Board Regulations*, C.R.C., c. 397—According to dictionary definitions, mere crossing of a country’s border of goods for commercial purposes constituting exportation—That plaintiff failed to import wheat into U.S. irrelevant—Even if wheat not exported, plaintiff contravened law and forfeiture not unlawful—Action dismissed.

MAINIL V. M.N.R. (T-314-04, 2006 FC 1062, Lafrenière P., order dated 5/9/06, 13 pp.)

CUSTOMS TARIFF

Appeal from Federal Court decision (2005 FC 681) upholding M.N.R.’s decision leftover material not “obsolete or surplus goods” within *Customs Tariff*, S.C. 1997, c. 36, s. 110(b)—Appellant paying customs duty on full value of fabric imported to make dresses—Claiming refund of duty in respect of material left over after manufacturing process—Definition of “goods” in case law—Meaning of s. 110(b): refund shall be granted with respect to merchantable items which result from processing and become obsolete or surplus—Insufficient evidence to determine whether leftover material merchantable—Appeal dismissed.

A & R DRESS CO. INC. V. M.N.R. (A-232-05, 2006 FCA 298, Décary J.A., judgment dated 11/9/06, 7 pp.)

EXCISE TAX ACT

Appeals from decision by Tax Court of Canada regarding interpretation of provisions on goods and services tax—Financial services provided by appellant to Natcan Insurance Company Inc. exempt supply of services—Appeals dismissed—*Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15, Schedule VI, Part IX, ss. 1, 2.

NATIONAL BANK LIFE INSURANCE V. CANADA (A-352-05, A-353-05, 2006 FCA 161, Létourneau J.A., judgment dated 3/5/06, 8 pp.)

Entitlement to claim refund of federal sales tax paid on “pre-press materials” produced by printer for customers depending on whether “sold” materials—Although not generally delivered to customer, customer having right to direct how such materials disposed of—All elements of sale present—Sale inferred—*Staz Communications Inc. v. The Minister of National Revenue* (2003), Appeal No. AP-2001-004 (CITT) holding taxpayer required to “clearly” demonstrate existence of sale error of law.

WEB PRESS GRAPHICS LTD. V. M.N.R. (T-1753-04, 2006 FC 358, Hugessen J., order dated 17/3/06, 12 pp.)

FEDERAL COURT JURISDICTION

Motion to strike statement of claim—Plaintiff’s cargo loaded in Toronto, damaged in Belgium, en route to Ghana—Test to ascertain Court’s jurisdiction in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752 (*ITO*) developed to distinguish federal from provincial powers—Not useful where defendant arguing Canada should not have

FEDERAL COURT JURISDICTION—Concluded

jurisdiction over tort claim more properly heard in Belgium—Factors persuading Court in *ITO* not addressing Canadian versus foreign jurisdiction—*ITO* focused on whether case about “maritime” law, thus within federal competency, Federal Court jurisdiction—Transfer of container while in transit from Canada to Ghana “integrally connected” to maritime matters, Canada—Not plain, obvious Court not having jurisdiction over claim—Motion dismissed.

ADDO V. OT AFRICA LINE (T-1849-05, 2006 FC 1099, Teitelbaum J., order dated 15/9/06, 20 pp.)

HUMAN RIGHTS

Judicial review of Canadian Human Rights Commission’s refusal to deal with complaint as time-barred— Applicant forced on leave without pay during pregnancy when employer, House of Commons (H of C), not accommodating request to not work near x-ray machines—Commission had jurisdiction to deal with complaint— Employee of Senate, H of C can grieve under *Parliamentary Employment and Staff Relations Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 33 (PESRA) for alleged discriminatory practices contrary to *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6—But given nature of complaint, remedies available, PESRA not ousting jurisdiction of CHRA—Also erroneous finding of fact as to date of alleged discriminatory act—Application allowed.

DUPÉRÉ V. CANADA (HOUSE OF COMMONS) (T-249-05, 2006 FC 997, O’Keefe J., judgment dated 18/8/06, 43 pp.)

INCOME TAX

Enforcement collection—Canada Customs and Revenue Agency (Agency) registering certificate of indebtedness in Federal Court, notices of lien against taxpayer’s real properties to recover outstanding tax debt—Taxpayer subsequently bringing appeal in Tax Court after obtaining extension of time to appeal—*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 225.1 preventing Agency from taking fresh collection steps—Not expressly requiring Agency to reverse lawful collection steps in face of subsequently launched appeal, but Parliament could easily have so provided—No legal basis for requiring Agency to withdraw certificate of indebtedness or to lift liens—Application dismissed.

ALESSANDRO V. CANADA (ITA-11539-04, 2006 FC 895, Barnes J., order dated 19/7/06, 7 pp.)

Motion for order striking plaintiff’s statement of claim, and in the alternative, for preliminary determination of question of law as to interpretation of *Canada v. Franklin*, A-635-00, 2002 FCA 38, Rothstein J.A., Strayer J.A. dissenting, judgment dated 28/1/02, 4 pp.—Plaintiff’s claim was for damages for misfeasance in public office as proposed class action—Motion to strike denied—Parties were given 195 days to consult re: order for preliminary determination of question of law.

ROITMAN V. CANADA (T-1040-05, 2005 FC 1385, Gibson J., order dated 14/10/05, 16 pp.)

PENALTIES

Judicial review of denial by Canada Revenue Agency (CRA) of request for relief from interest on tax arrears—Applicant raising number of errors made by CRA in assessment of personal taxes—Incumbent on CRA to treat complaints about own conduct seriously—Unreasonable, unacceptable for CRA director who wrote decision to dismiss alleged assessment errors as irrelevant—Application allowed.

LUND V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-217-05, 2006 FC 640, Barnes J., judgment dated 25/5/06, 11 pp.)

PRACTICE

Appeal from Tax Court’s decision (2005 TCC 108) dismissing Crown’s application for determination under *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th suppl.), c. 1, s. 174(1) of question of fact (purchase price paid for subject lands) on ground would allow

INCOME TAX—Concluded

Minister to do indirectly what cannot do directly—Whether under s. 174(1) Crown may ask Tax Court of Canada to determine question of law, fact or mixed law, fact common to assessments or proposed assessments in respect of two taxpayers, where proposed reassessment beyond normal reassessment period—Appeal allowed.

CANADA V. MILLER (A-83-05, 2005 FCA 394, Décarý J.A., judgment dated 24/11/05, 8 pp.)

REASSESSMENT

Judicial review of decision denying applicant's request for reassessment to claim allowable business investment loss in respect of Perfection Group Limited (PGL) shares—Request denied on basis at end of 1993, not reasonable to expect PGL would be dissolved, wound up and not begin to carry on business—Evidence not reasonably leading to this conclusion—Application allowed.

SIMMONDS V. M.N.R. (T-927-04, 2006 FC 130, Dawson J., order dated 6/2/06, 22 pp.)

OFFICIAL LANGUAGES

Application for declaration pursuant to *Official Languages Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31 (OLA), Part X language rights provided in *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 16, 17 violated—Parliamentary Committee refusing to distribute reference documents tendered in support of applicant's submissions on copyright reform to members because in English only—Nature, scope of remedy provided by Part X—OLA, s. 4(1) protects right to use official language of choice in Parliament—In context of proceedings before Parliament "use" providing right to "speak"—Request to circulate documents not within parameters of right enshrined in s. 4(1)—Substance of complaint relating to Committee's procedure—Procedures of Committee protected by parliamentary privilege—Application dismissed.

KNOPF V. CANADA (SPEAKER OF THE HOUSE OF COMMONS) (T-770-05, 2006 FC 808, Layden-Stevenson J., judgment dated 26/6/06, 29 pp.)

PATENTS

Action challenging Commissioner's award of patent—Five different parties filing applications for patent prior to October 1, 1989 which were declared in conflict as apparently relating to same invention—Commissioner awarding patent to defendant Genecor—Consent judgment confirming Commissioner's award of claims, precluding Genecor from seeking certain other claims—Substituted claims not awarded to plaintiff as not sought in prayer for relief and no evidence supporting conclusion such award proper.

NOVOZYMES A/S V. GENECOR INTERNATIONAL, INC. (T-136-06, 2006 FC 982, Hughes J., judgment dated 14/8/06, 7 pp.)

PENITENTIARIES

Judicial review of inmate's conviction by Independent Chairperson of possession of unauthorized item—*Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, s. 41 (CCRA) requiring staff member to take all reasonable steps to resolve matter informally where believes inmate committing disciplinary offence—Chairperson stating no role to play in informal resolution process which must be undertaken before charges laid—Application allowed—*Laplante v. Canada (Attorney General)*, [2003] 4 F.C. 1118 (C.A.) applied—Chairperson erred in law in interpretation of s. 41—Although not obliged to take action to have matter settled informally, required to turn mind to whether rights under s. 41 respected—Application allowed.

ROBINSON V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1613-05, 2006 FC 1064, Noël J., judgment dated 7/9/06, 20 pp.)

PRACTICE**COSTS**

Self-represented litigant awarded costs of judicial review—Bill of costs presented for \$2,403,893—Including loss of residence, car, possessions, replacement residence, car, support—Directions as to process of assessment of litigation costs—Generally items

PRACTICE—Concluded

claimed in nature of damages because not incurred to advance each stage of proceeding for judicial review—If incurred as result of tortious conduct, not costs—Discretion applied to determine \$575 reasonable amount for costs.

BRADLEY V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-401-05, 2006 FC 981, Stinson T.O., assessment of costs dated 15/8/06, 7 pp.)

PLEADINGS

In motion for direction from Court regarding notice of appearance filed by some respondents (importers), order issued requiring importers to show cause why notice of appearance which they served, filed in relation to application for judicial review should not be rejected as not complying with *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 305—Whether r. 305 allowing respondent to application for judicial review to enter notice of appearance when has indicated that is supporting application—Order issued rejecting notice of appearance filed on behalf of importers.

CANADIAN TIRE CORP. V. CANADIAN BICYCLE MANUFACTURERS ASSN. (A-439-05, 2005 FCA 408, Evans J.A., order dated 2/12/05, 5 pp.)

PRIVILEGE

Motion for order seeking cancellation, variation of previous order authorizing M.N.R. to impose requirement on respondent to produce information, documents relating to one or more unnamed persons under *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th supp.), c. 1, s. 231.2(3)—Respondent providing actuarial valuations to lawyers representing employers who made health and welfare trust contributions offshore—Whether information protected from disclosure by solicitor-client privilege—Whether Charter, s. 8 infringed—Whether breach of duty of full, frank disclosure—Motion allowed with respect to names of employers.

M.N.R. V. WELTON PARENT INC. (T-506-04, 2006 FC 67, Gauthier J., order dated 24/1/06, 66 pp.)

PUBLIC SERVICE**PRACTICE**

Judicial review of Deputy Minister's decision to conduct deployment exercise—Although former *Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33 governing, mandatory requirement to observe Treasury Board's directives (s. 34.2) continued in new Act (enacted by S.C. 2003, c. 22, ss. 12, 13)—Treasury Board Deployment Policy (TBDP) requiring departments to establish own deployment policies, consult with bargaining agents on establishment thereof—Department herein adopting TBDP, but never consulting regarding adoption or whether establishment of policy specific to it necessary, advisable—Failure to consult vitiating Deputy Minister's decision—Application allowed.

PROFESSIONAL ASSOCIATION OF FOREIGN SERVICE OFFICERS V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-2202-05, 2006 FC 1117, Tremblay-Lamer J., judgment dated 18/9/05, 16 pp.)

TRADE-MARKS**REGISTRATION**

Appeal from Trade-marks Opposition Board rejection of opposition to registration of trade-mark "Caramella"—Applicant owner of trade-mark "Ah Caramel!"—Whether "Caramella" confusing within meaning of *Trade-marks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 2, 6; whether "Caramella" distinctive within ss. 2, 38(2)(d)—Appeal dismissed.

SAPUTO GROUPE BOULANGERIE V. NATIONAL IMPORTERS INC. (T-2019-04, 2005 FC 1460, Noël J., order dated 28/10/05, 45 pp.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résumant 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.shtml> 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 d'ordonnance ou de jugement originaux.**

ACCÈS À L'INFORMATION

Révision en vertu de l'art. 44(1) de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, d'une décision de l'Agence canadienne d'inspection des aliments autorisant la divulgation de rapports d'inspection émis en 2003 et 2004 concernant les abattoirs et les unités de transformation de la viande appartenant à la demanderesse—La demanderesse ne pouvait pas raisonnablement penser que ces rapports étaient ou seraient tenus confidentiels par la défenderesse—Demande rejetée.

VIANDES DU BRETON INC. C. CANADA (AGENCE D'INSPECTION DES ALIMENTS) (T-984-05, 2006 CF 335, juge Gauthier, ordonnance en date du 14-3-06, 18 p.)

BREVETS

Action contestant la délivrance d'un brevet par le commissaire—Cinq parties différentes ont déposé une demande de brevet avant le 1^{er} octobre 1989 et ces demandes ont été déclarées incompatibles parce qu'elles visaient censément la même invention—Le commissaire a accordé le brevet à la défenderesse Genencor—Le jugement par consentement confirmait la délivrance du brevet par le commissaire, empêchant Genencor de formuler certaines autres revendications—Les revendications substituées n'ont pas été accordées à la demanderesse parce qu'elles n'ont pas été précisées dans la demande de réparation et aucun élément de preuve ne permettait de conclure que cela était indiqué.

NOVOZYMES A/S C. GENENCOR INTERNATIONAL, INC. (T-136-06, 2006 CF 982, juge Hughes, jugement en date du 14-8-06, 7 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

EXCLUSION ET RENVOI

Renvoi de réfugiés

Appel interjeté d'un jugement de la Cour fédérale (2005 CF 172), qui avait fait droit à une demande de contrôle judiciaire visant à faire annuler l'avis de dangerosité émis par la représentante du ministre—Il a été répondu ainsi à la question certifiée : il relevait du pouvoir discrétionnaire général du juge, en ce qui avait trait à l'audition de la demande de contrôle judiciaire et à l'octroi de la réparation, de considérer les conséquences d'une absence de décision au fond sur la demande—Appel accueilli—La Cour fédérale a erré parce qu'elle n'a pas pris en compte le recours subsidiaire et qu'elle s'est méprise sur la gravité des conséquences de l'avis de dangerosité.

THANABALASINGHAM C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (A-170-05, 2006 CAF 14, juge Evans, J.C.A., jugement en date du 12-1-06, 7 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite*Renvoi de résidents permanents*

Contrôle judiciaire de l'ordre donné par l'agent d'exécution de se présenter pour un renvoi—Les demandeurs ont perdu le statut de résident permanent qu'ils avaient acquis en vertu du *Règlement sur la catégorie désignée de prisonniers politiques et de personnes opprimées*, DORS/82-977 parce qu'ils ne se sont pas conformés aux exigences en matière de résidence—Demande rejetée—La qualité de réfugié au sens de la Convention ou de personne à protéger n'a jamais été reconnue aux demandeurs.

QUINTANILLA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5107-05, 2006 CF 726, juge Martineau, ordonnance en date du 8-6-06, 12 p.)

PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Contrôle judiciaire du refus de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié de rouvrir la demande d'asile—La Commission a conclu que l'omission de transmettre des avis de convocation au « conseil » (« adjoint » puisqu'il n'était pas avocat et qu'il n'agissait pas contre rémunération) nommé au formulaire de renseignements personnels ne constituait pas un manquement aux principes de justice naturelle—La règle 32(3) des *Règles de la Section de la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 précise que les documents sont transmis au demandeur d'asile, à la personne protégée ou au conseil—Même si elle a observé les Règles, la Commission n'a pas respecté les principes de justice naturelle—Le droit à un conseil comprend le droit de faire en sorte que les documents essentiels lui soient acheminés—Demande accueillie.

ALBERTI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4850-05, 2006 CF 975, juge Simpson, jugement en date du 11-8-06, 5 p.)

Contrôle judiciaire d'une décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) selon laquelle le demandeur n'est pas un réfugié au sens de la Convention ni une personne à protéger au sens des art. 96 et 97 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27—Il n'y avait pas lieu d'intervenir quant à l'exigence d'identification des témoins posée par la SPR en l'espèce—Demande rejetée.

ASLANI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4299-05, 2006 CF 351, juge Noël, jugement en date du 20-3-06, 24 p.)

Le demandeur souhaitait contre-interroger, la Société canadienne de consultants en immigration l'auteur d'un affidavit déposé en réponse à une demande d'autorisation visant une demande de contrôle judiciaire—L'intimée, la société canadienne de consultants en immigration (SCCI), s'est opposée au contre-interrogatoire au motif que l'affidavit a été déposé uniquement en vue de la demande d'autorisation et qu'il ne sera pas invoqué dans le cadre de la demande de contrôle judiciaire—La règle 16 des *Règles des Cours fédérales en matière d'immigration et de protection des réfugiés*, DORS/93-22 dispose que les documents déposés à l'occasion de la demande d'autorisation feront partie du dossier pour que le juge puisse en tenir compte à l'audition de la demande de contrôle judiciaire—Comme l'affidavit en cause faisait partie du dossier, le demandeur avait le droit *prima facie* de contre-interroger l'auteur—Cependant, il est dans l'intérêt de la justice de permettre à la SCCI de retirer l'affidavit puisque les opinions de l'auteur qui y sont exposées vont maintenant à l'encontre de la position de la SCCI.

BARREAU DU HAUT-CANADA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-63-05, 2006 CF 1042, protonotaire Lafrenière, ordonnance en date du 29-8-06, 12 p.)

Contrôle judiciaire conformément à l'art. 72(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 visant le refus par une agente de renvoi de surseoir à la mesure de renvoi du Canada—Portée de l'obligation et du pouvoir discrétionnaire de reporter l'exécution d'une mesure de renvoi—Demande rejetée—L'agente a pris en compte les faits et a reconnu son pouvoir discrétionnaire limité—*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*.

BASTIEN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3978-05, 2006 CF 711, juge Rouleau, jugement en date du 8-6-06, 10 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

Contrôle judiciaire à l'encontre d'une décision de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR) excluant le demandeur à titre de revendicateur en raison de ses violations des droits humains—Demande accueillie puisque la CISR devait gérer la revendication du demandeur selon les dispositions de l'ancienne loi de l'immigration, tel qu'exige l'art. 191, une disposition transitoire de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* L.C. 2001, ch. 27, art. 191.

BOUASLA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-855-05, 2005 CF 1544, juge Lemieux, ordonnance en date du 18-11-05, 13 p.)

Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que le demandeur n'avait pas qualité de réfugié au sens de la Convention ni celle de personne à protéger—Tout au long de ses motifs, la SPR a fait référence au mauvais pays de nationalité, à un pays de persécution erroné pour le demandeur—Demande accueillie.

LANDAVERDE C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-10532-04, 2005 CF 1665, juge O'Keefe, ordonnance en date du 7-12-05, 14 p.)

Contrôle judiciaire de la décision rendue par un agent d'immigration rejetant la demande de résidence permanente parce qu'elle n'avait pas été reçue au cours de la période de 180 jours établie à l'art. 175(1) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227—Demande accueillie—L'art. 175 ne prévoit pas que les demandes incomplètes présentées à temps doivent être rejetées—Selon les politiques, les demandes incomplètes doivent être renvoyées aux demandeurs avec des instructions les informant de présenter de nouveau la demande dans les 90 jours .

MASHTOULI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1433-05, 2006 CF 94, juge O'Reilly, ordonnance en date du 1-2-06, 8 p.)

Contrôle judiciaire du rejet par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié d'une demande d'asile—Refus par la Commission d'admettre un document déposé moins de 20 jours avant l'audience—La règle 30b) des *Règles de la Section de la protection des réfugiés*, DORS/2002-228, oblige la Section, pour décider si elle autorise l'utilisation du document déposé en retard, à examiner toute preuve nouvelle qu'il apporte—La Commission a examiné ce facteur—Demande rejetée—Libellé de la règle 30b) critiqué—La Commission pourrait souhaiter examiner l'utilité de la règle 30b).

MISBAH C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-6356-05, 2006 CF 949, juge Phelan, jugement en date du 2-8-06, 5 p.)

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a rejeté la demande d'asile parce que la présomption de protection de l'État n'a pas été réfutée—Demande rejetée—Le demandeur s'est opposé aux Directives n° 7 et à l'interrogatoire dans l'ordre inverse devant la Commission—Des appels dans des affaires portant sur cette question, notamment *Benitez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 461, sont en délibéré—Il est nécessaire de préserver les droits d'appel du demandeur—Outre les questions certifiées dans *Benitez*, est certifiée la question relative à la validité de l'instance et de la décision prise aux termes des Directives n° 7 si celles-ci sont contraires à la loi et que l'affaire est tranchée en fonction d'une question non liée.

SANCHEZ C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-6316-05, 2006 CF 921, juge Phelan, jugement en date du 27-7-06, 10 p.)

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle un agent d'examen des risques avant renvoi (ERAR) a rejeté la demande présentée à cet égard par le demandeur—Il s'agissait de savoir s'il y a eu un manquement à l'équité procédurale du fait qu'il s'est écoulé un long délai avant que soit complété l'examen des risques avant renvoi—Il n'y avait pas de preuve démontrant que le demandeur avait subi un préjudice du fait du délai—Demande rejetée.

QAZI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1706-05, 2005 CF 1667, juge Mosley, ordonnance en date du 7-12-05, 10 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

Parrainage—Contrôle judiciaire de la décision de la Section d'appel de l'immigration (SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié qui rejetait l'appel interjeté par la demanderesse aux termes de l'art. 63(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 pour le motif que la personne parrainée ne faisait pas partie de la catégorie de la famille—Demande accueillie pour le motif que la SAI n'a pas respecté l'équité procédurale parce qu'elle n'a pas communiqué à la demanderesse le dossier du tribunal—La procédure d'appel adoptée par la SAI n'a pas pour effet de limiter les droits d'appel de la demanderesse.

XU C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2784-05, 2005 CF 1575, juge Snider, ordonnance en date du 21-11-05, 11 p.)

STATUT AU CANADA

Réfugiés au sens de la Convention

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés a rejeté la demande d'asile de la demanderesse parce qu'elle a conclu qu'elle n'était pas une personne à protéger—La demanderesse, qui était la mère supérieure d'une congrégation de religieuses dans la République démocratique du Congo, a eu des problèmes avec la police en raison de ses visites à la prison centrale—La demande a été accueillie en raison des méprises importantes sur la nature de la demande d'asile ou du manque de pertinence de certains facteurs sur lesquels les conclusions se seraient fondées.

MPIANA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2201-05, 2005 CF 1675, juge MacKay, ordonnance en date du 9-12-05, 6 p.)

Contrôle judiciaire d'une décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié d'exclure le demandeur de la définition de « réfugié au sens de la Convention » en vertu de l'art. 1Fa) (crimes commis contre l'humanité) et c) (agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies) de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] FR.T. Can. n° 6—Le demandeur, un Tamoul hindou du Sri Lanka, était membre des Tigres de libération de l'Eelam tamoul (TLET)—Il a joué un rôle relativement mineur au sein des TLET et il n'y avait pas assez d'éléments de preuve démontrant qu'il avait participé aux objectifs des TLET et en avait connaissance et permettant d'en arriver à une conclusion de complicité—N'ayant pas conclu que les TLET sont une organisation visant des fins brutales et limitées, la SPR ne pouvait pas statuer que le demandeur a été complice de crimes contre l'humanité du fait de la simple appartenance—Demande accueillie.

RATHINASIGNAM C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4111-05, 2006 CF 988, juge Teitelbaum, jugement en date du 17-9-06, 26 p.)

Résidents permanents

Contrôle judiciaire de la décision d'un agent d'immigration portant que le demandeur ne satisfaisait pas aux exigences énoncées à l'art. 4 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227—L'art. 4 dispose qu'un étranger n'est pas considéré comme étant l'époux ou le conjoint de fait d'une personne si le mariage ou la relation de fait n'est pas authentique et vise principalement l'acquisition d'un statut ou d'un privilège en vertu de la Loi—L'art. 4 est libellé au présent pour déterminer l'authenticité de la relation et au passé pour apprécier les fins auxquelles elle a été établie—Les rédacteurs peuvent donc avoir prévu les mariages de convenance qui sont sincères et durables au moment de leur appréciation—Cependant, la conclusion en l'espèce selon laquelle la relation n'était pas authentique n'était pas déraisonnable.

DONKOR C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-654-06, 2006 CF 1089, juge Mosley, jugement en date du 12-9-06, 5 p.)

Contrôle judiciaire de la décision de l'agente des visas rejetant la demande en vue d'obtenir la résidence permanente dans la catégorie des entrepreneurs—Le demandeur principal est seul actionnaire de deux sociétés par actions—Portée de l'expression « entreprise admissible » à l'art. 88(1) « entrepreneur » du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227—Les résultats des deux sociétés devaient être totalisés—Demande accueillie.

THOMAS C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4464-05, 2006 CF 334, juge Phelan, jugement en date du 14-3-06, 15 p.)

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE

Requête en radiation de la déclaration—La cargaison du demandeur a été chargée à Toronto, puis endommagée en Belgique en cours de route vers le Ghana—Le critère servant à confirmer la compétence de la Cour dans l'arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics et al.*, [1986] 1 R.C.S. 752 (*ITO*) a été élaboré pour marquer une distinction entre les pouvoirs fédéraux et provinciaux—Ce critère n'est pas utile lorsque le défendeur soutient que le Canada ne devrait pas avoir compétence à l'égard d'une réclamation en responsabilité civile délictuelle qu'il serait préférable d'entendre en Belgique—Les facteurs qui ont convaincu la Cour dans *ITO* ne traitaient pas de la compétence du Canada au regard de la compétence du pays étranger—*ITO* portait sur la question de savoir si l'affaire relevait du droit « maritime », qui est de compétence fédérale et donc assujéti à la compétence de la Cour fédérale—Le transfert du conteneur lorsqu'il était en transit entre le Canada et le Ghana était « entièrement lié » aux affaires maritimes et au Canada—Il n'était pas clair et évident que la Cour n'avait pas compétence à l'égard de la déclaration—Requête rejetée.

ADDO C. OT AFRICA LINE (T-1849-05, 2006 CF 1099, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 15-9-06, 20 p.)

DOUANES ET ACCISE

LOI SUR LA TAXE D'ACCISE

Appels d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt relative à l'interprétation de dispositions se rapportant à la taxe sur les produits et services—Les services financiers fournis par l'appelante à Natcan Insurance Company Inc. constituaient une fourniture de services exonérée—Appels rejetés—*Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15, annexe VI, partie IX, art. 1, 2.

ASSURANCE-VIE BANQUE NATIONALE C. CANADA (A-352-05, A-353-05, 2006 CAF 161, juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 3-5-06, 8 p.)

Le droit au remboursement de la taxe de vente fédérale payée sur les « produits de prépresse » que l'imprimeur fabrique pour ses clients dépend du point de savoir s'il a « vendu » les produits en cause—Ces produits ne sont pas en général remis au client, mais celui-ci a le droit de décider de leur sort—Tous les éléments définissant la vente sont réunis—La vente est inférée—La conclusion de *Staz Communications Inc. c. Le ministre du Revenu national* (2003), appel n° AP-2001-004 (TCCE), selon laquelle le contribuable est tenu de démontrer « clairement » l'existence d'une vente, est une erreur de droit.

WEB PRESS GRAPHICS LTD. C. M.R.N. (T-1753-04, 2006 CF 358, juge Hugessen, ordonnance en date du 17-3-06, 12 p.)

LOI SUR LES DOUANES

Action en recouvrement du montant versé pour obtenir la mainlevée de marchandises—Les douanes américaines ont refusé l'entrée d'une cargaison de blé livrée à la frontière des États-Unis parce que le permis d'exportation de la Commission canadienne de blé n'a pas été produit—Le blé a été saisi à son retour au Canada au motif qu'il a été exporté sans présentation d'un rapport écrit à Douanes Canada et d'un permis d'exportation valable—Sens donné au terme « exporter » dans la *Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 1 et le *Règlement sur la Commission canadienne du blé*, C.R.C., ch. 397—Selon le sens énoncé dans les dictionnaires, l'exportation s'entend de la simple sortie de marchandises d'un pays à des fins commerciales—Le fait que le demandeur n'ait pas pu importer le blé aux É.-U. n'est pas pertinent—Même si le blé n'a pas été exporté, le demandeur a enfreint la loi et la saisie n'était pas illégale—Action rejetée.

MAINIL C. M.R.N. (T-314-04, 2006 CF 1062, protonotaire Lafrenière, ordonnance en date du 5-9-06, 13 p.)

TARIF DES DOUANES

Appel d'une décision de la Cour fédérale (2005 CF 681) confirmant la décision du M.R.N. portant que les retailles de tissu ne sont pas des « marchandises surannées ou excédentaires » au sens de l'art. 110b) du *Tarif des douanes*, L.C. 1997, ch. 36—L'appelante a versé les droits de douane sur la pleine valeur du tissu qu'elle a importé pour fabriquer des robes—Elle a déposé une demande de remboursement des droits de douane sur les retailles de tissu—Définition de « marchandises » dans la

DOUANES ET ACCISE—Fin

jurisprudence—Sens de l'art. 110*b*) : le remboursement est accordé à l'égard d'articles vendables qui découlent de la transformation et qui deviennent des marchandises surannées ou excédentaires—Il n'y avait pas suffisamment de preuve pour décider si les retailles de tissu étaient vendables—Appel rejeté.

A & R DRESS CO. INC. C. M.R.N. (A-232-05, 2006 CAF 298, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 11-9-06, 7 p.)

DROIT ADMINISTRATIF

CONTRÔLE JUDICIAIRE

Motifs

Contrôle judiciaire d'un décret de la gouverneure en conseil mettant fin à la nomination à titre amovible du demandeur au poste de président du conseil d'administration de VIA Rail Canada Inc.—Questions en litige : étendue de l'obligation d'équité procédurale lorsque la gouverneure en conseil entend destituer une personne à titre amovible, exécution ou non de cette obligation, redressement à accorder—Les garanties procédurales minimales applicables en l'espèce n'ont pas été observées à l'endroit du demandeur—Demande accueillie.

PELLETIER C. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) (T-668-04, 2005 CF 1545, juge Noël, ordonnance en date du 18-11-05, 46 p.)

DROIT CONSTITUTIONNEL

CHARTRE DES DROITS

Arrestation, détention, emprisonnement

Contrôle judiciaire du rejet d'une demande d'asile par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié—Le demandeur a été détenu pendant au moins deux jours à son arrivée au Canada—Il a été interrogé sans avoir eu la possibilité de consulter un avocat—La Commission a comparé les déclarations que le demandeur a faites à l'entrevue à son exposé circonstancié écrit et elle a conclu que le demandeur n'était pas crédible—L'art. 10*b*) 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] dispose que chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention, d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit—Qu'est-ce qu'une détention?—Selon les faits, le demandeur a été détenu—L'art. 10*b*) a été violé—La Commission aurait dû exclure les déclarations que le demandeur a faites lorsqu'il était détenu et alors qu'il n'avait pas accès à un avocat en vertu de l'art. 24(2) la Charte—Demande accueillie.

CHEN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3387-05, 2006 CF 910, juge O'Reilly, jugement en date du 25-7-06, 8 p.)

Vie, liberté et sécurité

Action en dommages-intérêts fondée sur l'allégation que la défenderesse a sciemment et volontairement supprimé des documents pertinents importants ainsi que des notes de témoins ou de témoins éventuels, limitant ainsi le droit du demandeur de contre-interroger à fond les témoins et le privant du droit d'attaquer la crédibilité des témoins appelés par la Couronne et qu'elle a refusé de lui communiquer des renseignements concernant la décision de savoir qui devrait témoigner pour la défense dans le cadre d'une poursuite au criminel devant les tribunaux du Québec—Le demandeur a soutenu qu'il s'est vu dénier une défense complète et un procès équitable en violation des art. 7 et 11*d*) 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]—Action rejetée—Demande prescrite en raison du délai de prescription de trois ans applicable à l'action qui tend à faire valoir un droit personnel prévu à l'art. 2925 du *Code civil du Québec*—Examen de décisions visant l'application des délais de prescription prévus dans des lois provinciales aux affaires qui reposent sur la Charte—L'action constituait un dédoublement de questions qui avaient déjà été tranchées par la Cour d'appel du Québec et elle n'était pas fondée.

PEARSON C. CANADA (T-290-99, 2006 CF 931, juge de Montigny, jugement en date du 28-7-06, 44 p.)

DROITS DE LA PERSONNE

Contrôle judiciaire du refus de la Commission canadienne des droits de la personne de statuer sur une plainte au motif qu'elle était prescrite—La demanderesse a dû prendre un congé non payé pendant sa grossesse parce que son employeur, la Chambre des communes (CC), n'a pas accepté sa demande de ne pas travailler près d'appareils de radiographie—La Commission avait compétence pour statuer sur la plainte—Les employés du Sénat et de la CC peuvent formuler un grief en vertu de la *Loi sur les relations de travail au Parlement*, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 33 (LRTP) à l'encontre de prétendus actes discriminatoires en contravention à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6—Compte tenu de la nature de la plainte et des recours disponibles, la LRTP n'avait pas priorité sur la LCDP—Il y avait aussi une conclusion de fait erronée quant à la date du prétendu acte discriminatoire—Demande accueillie.

DUPÉRE C. CANADA (CHAMBRE DES COMMUNES) (T-249-05, 2006 CF 997, juge O'Keefe, jugement en date du 18-8-06, 43 p.)

FONCTION PUBLIQUE

PRATIQUE

Contrôle judiciaire d'une décision du sous-ministre d'effecteur des mutations—Bien que l'ancienne *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33 fût applicable, l'exigence obligatoire d'observer les directives du Conseil du Trésor (art. 34.2) a été reproduite dans la nouvelle Loi (édicte par L.C. 2003, ch. 22, art. 12, 13)—La politique sur les mutations du Conseil du Trésor (PMCT) oblige les ministères à élaborer leurs propres politiques concernant les mutations et à consulter des agents de négociation à propos de l'élaboration de ces politiques—Le ministère en l'espèce a adopté la PMCT, mais il n'a pas consulté qui que ce soit quant à son adoption ni tranché la question de savoir si l'élaboration d'une politique qui lui est propre était nécessaire ou souhaitable—Cette omission viciait la décision du sous-ministre—Demande accueillie.

ASSOCIATION PROFESSIONNELLE DES AGENTS DU SERVICE EXTÉRIEUR C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-2202-05, 2006 CF 1117, juge Tremblay-Lamer, jugement en date du 18-9-05, 16 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU

Requête en radiation de la déclaration du demandeur et, subsidiairement, pour qu'il soit statué, avant l'instruction, sur un point de droit quant à l'interprétation à donner à l'arrêt *Canada c. Franklin*, A-635-00, 2002 CAF 38, le juge Rothstein, J.C.A., le juge Strayer, J.C.A. étant dissident, jugement en date du 28-1-02, 4 p.—Dans sa déclaration, le demandeur recherchait des dommages-intérêts pour exercice fautif d'une charge publique en vue d'un recours collectif—Requête en radiation refusée—Les parties se sont vu accorder 15 jours pour discuter de l'ordonnance prescrivant qu'il soit statué avant l'instruction sur un point de droit.

ROITMAN C. CANADA (T-1040-05, 2005 CF 1385, juge Gibson, ordonnance en date du 14-10-05, 16 p.)

Exécution—Recouvrement—L'Agence des douanes et du revenu du Canada (l'Agence) a enregistré un certificat de dette fiscale à la Cour fédérale, et deux avis de sûreté visant des biens immeubles afin de recouvrer la dette fiscale en souffrance—Par la suite, la contribuable a formé un appel devant la Cour de l'impôt après avoir obtenu une prorogation du délai d'appel—Vu l'art. 225.1 de la *Loi sur l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), l'Agence ne peut pas prendre de nouvelles mesures de recouvrement—La Loi n'oblige pas expressément l'Agence à annuler rétroactivement les mesures de recouvrement déjà prises lorsqu'un appel a été formé, mais il aurait été facile au législateur de s'exprimer en ce sens—Nulle base juridique ne justifie d'imposer à l'Agence de retirer le certificat de dette fiscale déposé à la Cour ou de renoncer à ses sûretés—Demande rejetée

ALESSANDRO C. CANADA (ITA-11539-04, 2006 CF 895, juge Barnes, ordonnance en date du 19-7-06, 7 p.)

NOUVELLES COTISATIONS

Contrôle judiciaire de la décision refusant la demande du demandeur visant à faire établir une nouvelle cotisation qui lui permette de demander une perte déductible au titre d'un placement d'entreprise pour des actions de Perfection Group Limited (PGL)—Demande rejetée parce qu'à la fin de 1993, il n'était pas raisonnable de s'attendre à ce que PGL soit dissoute ou liquidée

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

et ne commence pas à exploiter une entreprise—Cette conclusion ne pouvait être raisonnablement tirée de la preuve—Demande accueillie.

SIMMONDS C. M.R.N. (T-927-04, 2006 CF 130, juge Dawson, ordonnance en date du 6-2-06, 22 p.)

PÉNALITÉS

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'Agence du revenu du Canada (l'ARC) a rejeté la demande d'annulation des intérêts sur l'impôt impayé—Le demandeur a rapporté plusieurs erreurs commises par l'ARC dans la cotisation établie à l'égard de l'impôt sur son revenu de particulier—Il incombe à l'ARC de traiter avec sérieux les plaintes qui dénoncent sa conduite—Il était déraisonnable et inacceptable que le directeur de l'ARC auteur de la décision juge non pertinentes les erreurs qui auraient été commises dans la cotisation—Demande accueillie.

LUND C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-217-05, 2006 CF 640, juge Barnes, jugement en date du 25-5-06, 11 p.)

PRATIQUE

Appel de la décision par laquelle la Cour de l'impôt (2005 CCI 108) a rejeté la demande présentée par la Couronne en vertu de l'art. 174(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1 pour qu'elle tranche une question de fait (prix d'achat du bien-fonds) pour le motif que cela permettrait au ministre de faire indirectement ce qu'il ne peut pas faire directement—Il s'agit de déterminer si, en vertu de l'art. 174(1), la Couronne peut demander à la Cour canadienne de l'impôt de trancher une question de droit, une question de fait ou une question mixte de droit et de fait qui se rapporte à des avis de cotisation réels ou projetés relatifs à deux contribuables, lorsque l'avis de nouvelle cotisation projeté est délivré après l'expiration de la période normale de nouvelle cotisation—Appel accueilli.

CANADA C. MILLER (A-83-05, 2005 CAF 394, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 24-11-05, 8 p.)

LANGUES OFFICIELLES

Demande présentée en vertu de la partie X de la *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31 (LLO) en vue d'obtenir une ordonnance déclarant que les droits linguistiques prévus aux art. 16 et 17 de la *Charte canadienne des droits et libertés* ont été violés—La commission parlementaire a refusé de distribuer aux membres les documents de référence déposés à l'appui des observations du demandeur sur la réforme du droit d'auteur parce qu'ils étaient uniquement en anglais—Nature et portée du recours prévu à la partie X—L'art. 4(1) de la LLO protège le droit d'employer la langue officielle de son choix devant le Parlement—Dans le cadre de procédures devant le Parlement, le droit d'« employer » une langue confère le droit de la « parler »—La demande de distribution de documents n'est pas visée par le droit consacré à l'art. 4(1)—La teneur de la plainte visait les procédures de la commission—Celles-ci sont protégées par le privilège parlementaire—Demande rejetée.

KNOPFC. CANADA (PRÉSIDENT DE LA CHAMBRE DES COMMUNES) (T-770-05, 2006 CF 808, juge Layden-Stevenson, jugement en date du 26-6-06, 29 p.)

MARQUES DE COMMERCE**ENREGISTREMENT**

Appel de la décision par laquelle la Commission des oppositions des marques de commerce a rejeté l'opposition à l'enregistrement de la marque de commerce « Caramella »—La demanderesse est détentriche de la marque de commerce « Ah Caramel! »—Caramella crée-t-elle de la confusion au sens des art. 2 et 6 de la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. H3; « Caramella » est-elle distinctive au sens des art. 2 et 38(2)d) de la Loi?—Appel rejeté.

SAPUTO GROUPE BOULANGERIE C. NATIONAL IMPORTERS INC. (T-2019-04, 2005 CF 1460, juge Noël, ordonnance en date du 28-10-05, 45 p.)

PÉNITENCIERS

Contrôle judiciaire de la condamnation du détenu, par le président indépendant, pour possession d'un objet non autorisé—L'art. 41 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20 (LSCMLC) oblige l'agent qui croit qu'un détenu commet une infraction disciplinaire à prendre toutes les mesures utiles afin de régler la question de façon informelle—Le président a déclaré qu'il n'avait aucun rôle à jouer dans le processus de règlement informel qui doit être entrepris avant qu'une accusation soit portée—Demande accueillie—L'arrêt *Laplante c. Canada (Procureur général)*, [2003] 4 C.F. 1118 (C.A.) a été appliqué—Le président a commis une erreur de droit lorsqu'il a interprété l'art. 41—Bien que le président ne fût pas tenu de prendre de mesures pour régler la question de façon informelle, il était tenu de se pencher sur la question de savoir si les droits conférés par l'art. 41 avaient été respectés—Demande accueillie.

ROBINSON C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1613-05, 2006 CF 1064, juge Noël, jugement en date du 7-9-06, 20 p.)

PRATIQUE**ACTES DE PROCÉDURE**

À la suite d'une demande de directives concernant l'avis de comparution présenté par certaines parties défenderesses (les importatrices), la Cour a rendu une ordonnance enjoignant aux importatrices de justifier pourquoi l'avis de comparution qu'elles ont signifié et déposé relativement à une demande de contrôle judiciaire ne devrait pas être rejeté au motif qu'il ne répond pas à la règle 305 des *Règles des Cours fédérales* DORS/98-106—La règle 305 permet-elle à un défendeur dans une demande de contrôle judiciaire de déposer un avis de comparution alors qu'il a indiqué qu'il appuyait la demande?—La Cour a ordonné le rejet de l'avis de comparution déposé pour le compte des importatrices.

SOCIÉTÉ CANADIAN TIRE LTÉE C. CANADIAN BICYCLE MANUFACTURERS ASSN. (A-439-05, 2005 CAF 408, juge Evans, J.C.A., ordonnance en date du 2-12-05, 5 p.)

COMMUNICATIONS PRIVILÉGIÉES

Requête en vue d'une ordonnance annulant ou modifiant une ordonnance antérieure qui autorisait le M.R.N. à exiger que la défenderesse fournisse des renseignements et des documents concernant une ou plus d'une personne non désignée nommément, conformément à l'art. 231.2(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1—La défenderesse fournissait des évaluations actuarielles à des avocats représentant des employeurs qui versaient des cotisations à des fiducies de santé et de bien-être établies à l'étranger—Le privilège du secret professionnel de l'avocat pouvait-il être invoqué à l'égard des renseignements en cause?—Les dispositions contestées portaient-elles atteinte à l'art. 8 de la Charte?—Y a-t-il eu manquement au devoir de faire une divulgation complète et sincère?—Requête accueillie quant au nom des employeurs.

M.R.N. C. WELTON PARENT INC. (T-506-04, 2006 CF 67, juge Gauthier, ordonnance en date du 24-1-06, 66 p.)

FRAIS ET DÉPENS

Les dépens du contrôle judiciaire ont été accordés au plaideur qui agissait sans avocat—Il a présenté un mémoire de frais au montant de 2 403 893 \$—Ce montant comprenait la perte de sa résidence, de sa voiture, de ses biens, les frais de remplacement de la résidence et de la voiture, et des frais de soutien—Directives au sujet de la procédure de taxation des dépens—En général, le demandeur a présenté des articles qui relevaient des dommages-intérêts parce qu'il n'a pas dépensé ces montants pour la conduite de chaque étape du contrôle judiciaire—Si ces montants ont été dépensés en raison d'une conduite délictuelle, il ne s'agit pas de dépens—L'officier taxateur a exercé son pouvoir discrétionnaire et a conclu qu'il était raisonnable d'accorder 575 \$ en dépens.

BRADLEY C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-401-05, 2006 CF 981, officier taxateur Stinson, taxation des dépens en date du 15-8-06, 7 p.)

If undelivered, return to:
Publishing and Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario, Canada K1A 0S5

En cas de non-livraison, retourner à:
Éditions et Services de dépôt
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario), Canada K1A 0S5

Available from:
Publishing and Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario - Canada K1A 0S5
<http://publication.gc.ca>

En vente auprès de:
Éditions et Services de dépôt
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5
<http://publication.gc.ca>