



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2008, Vol. 2, Part 2

2008, Vol. 2, 2^e fascicule

Cited as [2008] 2 F.C.R., 327–583

Renvoi [2008] 2 R.C.F., 327–583

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

DALEANN BEAUREGARD

Editorial Assistant

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.

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2008.

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

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

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

DALEANN BEAUREGARD

Adjoint à l'édition

PIERRE LANDRIAULT

Le *Recueil des décisions des Cours fédérales* est publié conformément à la *Loi sur les Cours fédérales*. L'arrêtiiste 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.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2008.

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

Les demandes de permission de reproduire ces éléments du Recueil doivent être adressées à : L'arrêtiiste en chef, Recueil des décisions des Cours fédérales, Bureau du commissaire à la magistrature fédérale, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Ontario), 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 Publishing and Depository Services, Public Works and Government Services, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 0S5, telephone 613-941-5995 or 1-800-635-7943.

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

All judgments and digests published in the Federal Courts Reports may be accessed on the Internet at the following Web site: <http://www.fja.gc.ca>

CONTENTS

Judgments	327-583
Digests	D-5
Chopra v. Canada (Attorney General) (F.C.A.) ...	393

Human Rights—Appeal from Federal Court decision dismissing judicial review of Canadian Human Rights Tribunal decision granting only limited compensation for losses resulting from discrimination in staffing of management position, refusing to appoint appellant to indeterminate position, refusing to apply *Canadian Human Rights Act* amendments increasing maximum compensation retrospectively—Tribunal referring to foreseeable length of time during which effects of discrimination extending, holding appellant not taking all reasonable measures to mitigate damages—*Canadian Human Rights Act* setting out kinds of losses recoverable—As such, question of foreseeability not arising—However, no need to intervene as open to Tribunal to apply principles underlying mitigation of losses doctrine—Also no need to intervene with respect to Tribunal's other conclusions—Appeal 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'arrêviste en chef à l'adresse et au numéro de téléphone susmentionnés.

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

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

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

SOMMAIRE

Jugements	327-583
Fiches analytiques	F-5
Chopra c. Canada (Procureur général) (C.A.F.) ...	393

Droits de la personne—Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire de la décision du Tribunal canadien des droits de la personne, qui a limité l'indemnité accordée au titre des pertes découlant de la discrimination dont l'appelant a fait l'objet dans l'attribution d'un poste de gestionnaire, a refusé de nommer l'appelant au poste de durée indéterminée et a refusé d'appliquer rétroactivement les modifications apportées à la *Loi canadienne sur les droits de la personne* pour accroître l'indemnité maximale—Le Tribunal a formulé des observations quant à la durée prévisible de la période durant laquelle les effets de l'acte discriminatoire pouvaient se faire sentir et a conclu que l'appelant n'avait pas pris toutes les mesures raisonnables pour atténuer le préjudice qu'il a subi—*La Loi canadienne sur les droits de la personne* énumère le genre de pertes qui peuvent être recouvrées—À ce titre, la question de la prévisibilité ne se pose pas—Il n'était toutefois pas nécessaire d'intervenir en l'espèce puisque le Tribunal pouvait bien être d'avis que les principes qui

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Damages—Common-law principle only foreseeable damages recoverable not applicable in context of *Canadian Human Rights Act*—Limited to remedies within Act, s. 53(2)(c) setting out recoverable losses—However, Tribunal not prohibited from applying principles underlying doctrine of mitigation of losses in determining amounts payable to appellant.

Public Service—Selection Process—Department of National Health and Welfare refusing to appoint appellant to management position on acting basis—Selection committee subsequently screening out appellant's application for same position on full-time permanent (indeterminate) basis based on lack of recent management experience—Appellant filing complaint with Canadian Human Rights Commission—Tribunal holding appellant denied opportunity to serve in acting position as result of discrimination—However, because probability of appellant's appointment on indeterminate basis sufficiently low, and given appellant himself suggested rotating three candidates through position on "acting" basis, only limited compensation awarded—That decision reasonable—Tribunal also not erring in refusing to appoint appellant to indeterminate position as appellant already compensated for loss of ability to compete on fair basis.

Administrative Law—Judicial Review—Standard of Review—Canadian Human Rights Tribunal concluding amendment to *Canadian Human Rights Act* increasing from \$5,000 to \$20,000 maximum compensation for pain and suffering not applying retrospectively—That issue involving interpretation of Tribunal's own statute—Deference to tribunal decisions appropriate where tribunal interpreting questions of general law with which having particular expertise, and where tribunal interpreting own statute.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

sous-tendent la doctrine de l'atténuation des dommages s'appliquaient—Il n'y avait aucun motif d'intervenir relativement aux autres conclusions du Tribunal—Appel rejeté.

Domages-intérêts—Le principe de common law selon lequel seuls les dommages-intérêts prévisibles peuvent être recouverts est inapplicable dans le contexte de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*—Le plaignant ne peut obtenir d'autres redressements que ceux énumérés dans la Loi; l'art. 53(2)c) énonce le genre de pertes pouvant être recouvrées—Cependant, le Tribunal peut appliquer les principes qui sous-tendent la doctrine de l'atténuation des dommages pour fixer l'indemnité payable à l'appellant.

Fonction publique—Procédure de sélection—Le ministère de la Santé nationale et du Bien-être social a refusé de nommer l'appellant à un poste de gestionnaire à titre intérimaire—Le comité de sélection a ensuite rejeté la candidature de l'appellant, qui voulait combler ce poste à temps plein de façon permanente (le poste de durée indéterminée), parce qu'il ne possédait pas d'expérience récente en gestion—L'appellant a porté plainte à la Commission canadienne des droits de la personne—Le Tribunal a conclu que l'on avait privé l'appellant de la possibilité d'occuper le poste intérimaire pour motif de discrimination—Cependant, comme la probabilité que l'appellant obtienne le poste de durée indéterminée était suffisamment faible et étant donné que l'appellant lui-même avait proposé que les trois candidats occupent tour à tour le poste « intérimaire », le Tribunal a limité l'indemnité accordée—Cette décision était raisonnable—De plus, le Tribunal n'a pas commis d'erreur en refusant de nommer l'appellant au poste de durée indéterminée parce qu'il avait déjà été dédommagé pour la perte d'une possibilité équitable de prendre part au concours.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—Norme de contrôle judiciaire—Le Tribunal canadien des droits de la personne a conclu que la modification apportée à la *Loi canadienne sur les droits de la personne* pour faire passer de 5 000 \$ à 20 000 \$ l'indemnité maximale payable pour préjudice moral ne s'appliquait pas rétroactivement—Cette question concernait l'interprétation par le Tribunal de sa loi constitutive—Il convient de faire preuve de retenue envers les décisions d'un tribunal portant sur l'interprétation de questions de droit général au regard desquelles le tribunal possède une expertise particulière, ainsi qu'envers celles dans lesquelles le tribunal interprète sa loi constitutive.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Canadian Imperial Bank of Commerce v. Canada (Chief Commissioner, Human Rights Commission) (F.C.A.) 509

Access to Information—Appeal from Federal Court decision dismissing application for judicial review of decision by Canadian Human Rights Commission to disclose final audit report containing findings about appellant’s compliance with *Employment Equity Act*—That request for information not made in writing as required by *Access to Information Act* (ATIA), s. 6 not fatal to request— Meaning of “under the control of a government institution” in ATIA, s. 4— Expectation of confidentiality arising from dealings between source of record, government institution not sufficient to withdraw record from control of government institution— Nothing suggesting exercise of Commission’s discretion under ss. 16, 19 unreasonable—Public benefit requirement intended to ensure benefit of exemption only accrues in public interest—Application Judge erred in applying comparative test where none required, in concluding information in final report not exempt from disclosure as confidential commercial information under ATIA, s. 20(1)(b)—Appeal allowed.

Employment Law—Appellant opposing release of final audit report containing findings about appellant’s compliance with *Employment Equity Act* (EEA) on ground of privilege created by EEA, s. 34—Bulk of information contained in final report information provided to Canadian Human Rights Commission in course of EEA audit, not drawn from public sources—Final report thus apparently caught by privilege—But must not confuse control of record with control of information—That s. 34 imposes limits on Commission’s ability to disseminate information contained in record not meaning record itself not under control of Commission—Confidential relationship between Commission, subject of employment equity audit in public interest.

DBC Marine Safety Systems Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents) (F.C.) 563

Patents—Practice—Judicial review of notice of abandonment issued by Office of Commissioner of Patents for failure to

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Banque Canadienne Impériale de Commerce c. Canada (Commissaire en chef, Commission canadienne des droits de la personne) (C.A.F.) 509

Accès à l’information—Appel d’une décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission canadienne des droits de la personne de communiquer le rapport de vérification final qui contenait des conclusions au sujet du respect de la *Loi sur l’équité en matière d’emploi* par l’appelante—Le fait que la demande d’accès n’a pas été présentée par écrit comme l’exige l’art. 6 de la *Loi sur l’accès à l’information* (la LAI) ne porte pas atteinte à la demande—Sens de l’expression « relevant d’une institution fédérale » qui se trouve à l’art. 4 de la LAI—L’attente de confidentialité découlant des relations entre la source du document et l’institution fédérale ne suffit pas pour retirer à l’institution fédérale le contrôle de ce document—Rien ne donnait à penser que la manière dont la Commission a exercé son pouvoir discrétionnaire en vertu des art. 16 et 19 était déraisonnable—L’exigence relative à l’intérêt public a pour but d’assurer que l’exception ne joue qu’en faveur de l’intérêt public—Le juge des requêtes a commis une erreur en appliquant un critère comparatif alors qu’il n’y avait pas lieu de le faire et en concluant que les renseignements contenus dans le rapport final n’échappaient pas à la communication en tant que renseignements commerciaux confidentiels suivant l’art. 20(1)(b) de la LAI—Appel accueilli.

Droit de l’emploi—L’appelante s’opposait à la communication du rapport de vérification final qui contenait des conclusions au sujet de son respect de la *Loi sur l’équité en matière d’emploi* (LEE) en invoquant le privilège prévu à l’art. 34 de la LEE—Le gros des renseignements contenus dans le rapport final étaient des renseignements fournis à la Commission canadienne des droits de la personne dans le cadre de la vérification fondée sur la LEE et n’ont pas été tirés de sources publiques—Le rapport final était donc censément assujéti au privilège—Toutefois, il ne faut pas confondre le contrôle des documents et le contrôle des renseignements—Le fait que l’art. 34 impose certaines limites au pouvoir de la Commission de communiquer les renseignements qui sont contenus dans le document ne signifie pas que le document lui-même ne relève pas de la Commission—La relation confidentielle entre la Commission et le sujet d’une vérification de la conformité de l’équité en matière d’emploi est d’intérêt public.

DBC Marine Safety Systems Ltd. c. Canada (Commissaire aux brevets) (C.F.) 563

Brevets—Pratique—Contrôle judiciaire d’un avis d’abandon expédié par le Bureau du commissaire aux brevets pour défaut

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

respond to examiner's requisition by prescribed deadline—Written reply to each requisition within six months required to avoid multiple abandonments under *Patent Act*, s. 73(1)(a)—S. 73(1)(a) providing application deemed abandoned if applicant not replying “in good faith” to “any requisition” within prescribed period—Patent agent inadvertently filing response to first requisition but not to second—Failure to respond to both requisitions invoking deemed abandonment of application—Patent Office's usual practice of sending courtesy communication when application in default not followed—(1) Commissioner of Patents having no inherent jurisdiction to relieve against applicant's inadvertent errors, omissions—Effects of statutory regime cannot be waived by administrative body, Court—Act not allowing for any “good faith” exception to requirements of Act, s. 73(1)(a) where failure to respond to requisition within time frame provided—Patent application abandoned as matter of law; Court unable to provide remedy—(2) Applicant not denied procedural fairness when Patent Office failed to provide timely notice of abandonment—Commissioner having no duty to provide notice to applicant even where Commissioner's office previously followed general practice of delivering timely notice when initial deadline to comply with obligations missed—Commissioner's failure cannot relieve applicant of legislated obligations, allow applicant to avoid legal consequences of failure to satisfy obligations—Application dismissed.

Dehar v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.) 358

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Permanent Residents—Judicial review of immigration officer's deletion of sister from father's application for permanent residence as dependent child—Interpretation of definition of “dependent child” in *Immigration and Refugee Protection Regulations* (Regulations), s. 2—Although over 22 when application filed, sister included on sponsorship application because full-time student, financially dependent on parents—Later marrying, divorcing—To qualify as dependent child, applicant must be either unmarried, not common-law partner under 22 or, if substantially dependent on parents since before 22, or if married before 22, has been full-time student at accredited

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

de répondre dans le délai prescrit à une demande formulée par l'examineur—Afin d'éviter les abandons multiples en vertu de l'art. 73(1)a de la Loi sur les brevets, une réponse écrite à chacune des demandes devait être reçue dans les six mois—L'art. 73(1)a précise qu'une demande est considérée comme abandonnée si le demandeur omet de répondre « de bonne foi » à « toute demande » dans le délai prescrit—L'agent de brevets a répondu à la première demande, mais pas à la deuxième par inadvertance—L'omission de répondre aux deux demandes a eu pour effet le déclenchement de l'abandon présumé de la demande—La pratique habituelle du Bureau des brevets d'envoyer une lettre de courtoisie lorsqu'une demande de renseignements est en défaut n'a pas été suivie—1) Le commissaire aux brevets ne possède aucune compétence inhérente de remédier aux erreurs que le demandeur commet par inadvertance ou par omission—Les effets du régime législatif ne peuvent pas être supprimés par l'organisme administratif ou par la Cour—La loi ne prévoit aucune exception de « bonne foi » aux exigences prévues à l'art. 73(1)a de la Loi lorsqu'il y a eu omission de répondre à une demande dans le délai prescrit—La demande de brevet a été abandonnée par application de la loi et la Cour était incapable d'accorder réparation—2) Le Bureau des brevets n'a pas manqué au principe de l'équité procédurale envers la demanderesse parce qu'il ne lui a pas expédié d'avis d'abandon en temps opportun—Le commissaire n'a pas l'obligation d'expédier un avis à un demandeur même lorsque le Bureau du commissaire a suivi la pratique générale selon laquelle il délivre un avis lorsqu'une première échéance n'est pas respectée—L'omission de la commissaire ne dégage pas la demanderesse de ses obligations prévues par la loi et ne permet pas à la demanderesse d'éviter les conséquences juridiques découlant de l'omission d'honorer ses obligations—Demande rejetée.

Dehar c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (C.F.) 358

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Résidents permanents—Contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'agent d'immigration a supprimé le nom de la sœur à titre d'enfant à charge de la demande de résidence permanente de son père—Interprétation de la définition d'« enfant à charge » à l'art. 2 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* (le Règlement)—Même si la sœur avait plus de 22 ans lorsque la demande a été déposée, elle figurait dans la demande de parrainage parce qu'elle était une étudiante à temps plein qui dépendait du soutien financier de ses parents—Par la suite, elle s'est mariée et a divorcé—Pour être considéré un enfant à charge, le requérant doit soit être âgé de moins de 22 ans et ne

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

institution since becoming spouse—Therefore, pursuant to Regulations, s. 2(b)(i), becoming spouse, common-law partner after 22 is disqualifying characteristic—Also, s. 2(b)(ii) clearly referring either to unmarried child who meets other requirements or child who married before 22 but also meeting financial, educational requirements—Since sister marrying after 22, officer correctly deleting her from father’s application for permanent residence since not “dependent child”—However, decision sister not attending full-time classes unreasonable since not referring to any evidence, not explaining conclusions—Moreover, affidavit evidence respondent submitted not given great weight since providing new line of reasoning for deletion not reflected in officer’s interview notes, decision letter—Question certified regarding how marriage at over 22 affecting status as “dependent child” under Regulations—Application dismissed .

Hernandez v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness) (F.C.) 450

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible Persons—Judicial review of enforcement officer’s decision to prepare *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 44(1) report applicant inadmissible on grounds of serious criminality, Minister’s delegate’s decision referring applicant to admissibility hearing—Report, decision both sent to applicant, but further document, prepared at same time as report for Minister’s delegate, not sent—Creation of that document, fact sent to Minister’s delegate, relevance to report requiring it be sent to applicant prior to admissibility hearing—Procedural fairness breached—Application allowed; *not necessary to review referral decision*—Question certified as to what constitutes Act, s. 44(1) report, disclosure requirements.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

pas être un époux ou un conjoint de fait, soit, s’il est un étudiant qui n’a pas cessé de dépendre, pour l’essentiel, du soutien financier de ses parents à compter du moment où il a atteint l’âge de 22 ans ou s’il est devenu, avant cet âge, un époux ou conjoint de fait, il doit être inscrit dans un établissement accrédité—Par conséquent, selon l’art. 2b)(i) du Règlement, le fait de devenir un époux ou un conjoint de fait après avoir atteint l’âge de 22 ans rend une personne inadmissible—En outre, l’art. 2b)(ii) vise manifestement l’enfant qui n’est pas marié et qui répond aux autres exigences ou l’enfant qui s’est marié avant d’avoir atteint l’âge de 22 ans, mais qui répond aussi aux exigences en matière de soutien financier et d’études—Comme la sœur s’est mariée après avoir atteint l’âge de 22 ans, l’agent avait raison de supprimer son nom de la demande de résidence permanente de son père parce qu’elle ne répondait pas à la définition d’« enfant à charge »—Cependant, la décision selon laquelle la sœur ne suivait pas des cours à temps plein était déraisonnable parce qu’elle ne faisait pas référence à des éléments de preuve et ne fournissait pas d’explications quant à la conclusion—De plus, la Cour n’a pas accordé beaucoup de poids à la preuve par affidavit du défendeur parce qu’elle constituait un raisonnement entièrement nouveau qui ne correspondait pas à ce qu’on trouvait dans les notes ou la lettre de décision de l’agent—La question de savoir si le mariage a une incidence sur le statut « d’enfant à charge » au sens du Règlement d’une personne qui avait plus de 22 ans lorsque le mariage a eu lieu a été certifiée—Demande rejetée.

Hernandez c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile) (C.F.) 450

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes interdites de territoire—Contrôle judiciaire de la décision de l’agent d’exécution d’établir un rapport conformément à l’art. 44(1) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* indiquant que le demandeur est interdit de territoire pour grande criminalité et de la décision du délégué du ministre de déférer l’affaire pour enquête—Le rapport et la décision ont été communiqués au demandeur, mais un autre document intitulé « Recommandation » préparé pour le délégué du ministre, n’a pas été communiqué au demandeur—Étant donné que la recommandation a été préparée, qu’elle a été communiquée au délégué du ministre et qu’elle était pertinente pour le rapport, elle aurait dû être transmise au demandeur avant l’enquête—Manquement à l’obligation d’équité procédurale—Demande accueillie; il n’était pas nécessaire d’instruire la demande relative à la décision de déférer l’affaire—La question de savoir en quoi doit consister le rapport prévu à l’art. 44(1) de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Administrative Law—Judicial Review—Grounds of Review—Procedural fairness requiring that once document relevant to report on inadmissibility under *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 44(1) created and put before Minister’s delegate, it not be withheld from applicant.

Construction of Statutes—*Immigration and Refugee Protection Act*, s. 44(1)—Immigration guidelines, case law considered to determine required content of report on inadmissibility under s. 44(1).

Ivanov v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.A.) 502

Citizenship and Immigration—Immigration Practice—Appeal from Federal Court decision allowing application for judicial review of IAD decision cancelling direction staying execution of removal order and dismissing appeal under now repealed *Immigration Act* (former Act), s. 74(3)(b)(i)—Where permanent resident seeking stay of deportation order pursuant to former Act, s. 70(1)(b), IAD must have regard to all circumstances of case in deciding whether claimant should not be removed from Canada—According to IAD, Federal Court practices, factors set out by IAB in *Ribic v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* apply to cancellation of stay pursuant to *Immigration Act*, s. 74(3)(b)—Once evidence introduced relating to *Ribic* factor, IAD must consider such factor in reasons—IAD’s failure to consider foreign hardship factor error of law—Certified question as to whether IAD obliged to consider all relevant factors raised by applicant’s evidence when applicant not presenting these factors in submissions answered affirmatively—Appeal dismissed.

Ka’a’Gee Tu First Nation v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs) (F.C.) 473

Aboriginal Peoples—Duty to consult—Judicial review of Mackenzie Valley Land and Water Board decision issuing amended land use permit to Paramount Resources Ltd. under

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

la Loi et dans quels cas les documents qui font partie de ce rapport doivent être communiqués a été certifiée.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—Motifs—Selon l’obligation d’équité procédurale, dès qu’un document qui est pertinent pour le rapport prévu à l’art. 44(1) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* est préparé et communiqué au délégué du ministre, il doit être communiqué au demandeur.

Interprétation des lois—Art. 44(1) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*—Examen des lignes directrices de Citoyenneté et Immigration Canada et de la jurisprudence pour établir le contenu du rapport relatif à l’interdiction de territoire prévu à l’art. 44(1).

Ivanov c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (C.A.F.) 502

Citoyenneté et Immigration—Pratique en matière d’immigration—Appel de la décision de la Cour fédérale accueillant la demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la SAI a annulé l’ordre de surseoir à l’exécution de la mesure d’expulsion et rejeté l’appel interjeté en application de l’art. 74(3)(b)(i) de la *Loi sur l’immigration* (l’ancienne Loi), maintenant abrogée—Lorsqu’un résident permanent demande un sursis à l’exécution d’une mesure d’expulsion en vertu de l’art. 70(1)(b) de l’ancienne Loi, la SAI doit décider si, eu égard aux circonstances particulières de l’espèce, le demandeur ne devrait pas être renvoyé du Canada—Selon les pratiques de la SAI et de la Cour fédérale, les facteurs que la SAI a énoncés dans l’arrêt *Ribic c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* s’appliquent à l’annulation d’un sursis en vertu de l’art. 74(3)(b) de la *Loi sur l’immigration*—Dès qu’il existe une preuve liée à un facteur énoncé dans *Ribic*, la SAI doit faire mention de ce facteur dans ses motifs—L’omission, par la SAI, de prendre en compte le facteur relatif aux difficultés à l’étranger constitue une erreur de droit—La Cour a répondu par l’affirmative à la question certifiée de savoir si la SAI est tenue de prendre en compte tous les facteurs pertinents soulevés dans la preuve du demandeur alors que ce dernier n’a pas fait valoir ces facteurs dans ses observations—Appel rejeté.

Première nation Ka’a’Gee Tu c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien) (C.F.) 473

Peuples autochtones—Obligation de consultation—Contrôle judiciaire de la décision de l’Office des terres et des eaux de la vallée du Mackenzie de délivrer un permis d’utilisation des

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Mackenzie Valley Resource Management Act following approval of extension to oil and gas development project—Federal Court having concurrent jurisdiction with Supreme Court of the Northwest Territories to hear application for prerogative relief from Board’s decision—In related application, Crown found to have breached duty to consult, accommodate applicants with respect to approval of extension project—Crown thus not taking into account concerns of Aboriginal people as required by Act, s. 114—As a result, Board prevented, pursuant to Act, s. 62, from issuing amended land use permit—Application allowed.

Federal Court Jurisdiction—Judicial review of Mackenzie Valley Land and Water Board decision to issue amended land use permit—*Mackenzie Valley Resource Management Act*, s. 32(1) granting Supreme Court of the Northwest Territories concurrent jurisdiction with Federal Court to hear applications for any prerogative relief against Board, whereas Act, s. 32(2) granting Supreme Court of the Northwest Territories exclusive jurisdiction with respect to action, proceeding concerning jurisdiction of Mackenzie Valley Land and Water Board, Mackenzie Valley Environmental Impact Review Board—“Jurisdiction” conferred by Act, s. 32(2) not including “any relief against a board”, but limited to matters concerning loss, lack of statutory authority to act—S. 32 not vacating Federal Court’s jurisdiction herein.

Environment—Judicial review of Mackenzie Valley Land and Water Board decision issuing amended land use permit to Paramount Resources Ltd. under *Mackenzie Valley Resource Management Act* following approval of extension to oil and gas development project—Board initiating investigation following environmental assessment to determine whether Crown conducted appropriate consultation, accommodation with applicants—Subsequently issuing land use permit, stating not within its authority to evaluate accuracy of Crown’s consultation, accommodation—Act, s. 114 providing purpose of Act, Part 5 (pertaining to Mackenzie Valley Environmental Impact Review Board) to, *inter alia*, “ensure that the concerns of aboriginal people and the general public are taken into account” in process related to proposals for development—Crown not taking such concerns into account

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

terres modifié à Paramount Resources Ltd. en vertu de la *Loi sur la gestion des ressources de la vallée du Mackenzie* à la suite de l’approbation de l’expansion d’un projet de mise en valeur de ressources pétrolières et gazières—La Cour fédérale a une compétence concurrente avec la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest à l’égard des demandes de réparation extraordinaire contre les décisions de l’Office—Dans une demande connexe, la Cour a conclu que la Couronne ne s’était pas acquittée de son obligation de consultation et d’accommodement quant à l’approbation du projet d’expansion—La Couronne n’a donc pas tenu compte des préoccupations des Autochtones, comme le prescrit l’art. 114 de la Loi—En conséquence, l’Office ne pouvait, en vertu de l’art. 62 de la Loi, délivrer le permis d’utilisation des terres modifié—Demande accueillie.

Compétence de la Cour fédérale—Contrôle judiciaire de la décision de l’Office des terres et des eaux de la vallée du Mackenzie de délivrer un permis d’utilisation des terres modifié—L’art. 32(1) de la *Loi sur la gestion des ressources de la vallée du Mackenzie* accorde à la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest une compétence concurrente avec la Cour fédérale à l’égard des demandes de réparation extraordinaire contre l’Office alors que l’art. 32(2) de la Loi lui confère la compétence exclusive de connaître de toute question relative à la compétence de l’Office des terres et des eaux de la vallée du Mackenzie ou de l’Office d’examen des répercussions environnementales de la vallée du Mackenzie—La « compétence » que confère l’art. 32(2) n’inclut pas « contre l’office, toute réparation », mais se limite aux questions relatives à la perte ou à l’absence du pouvoir législatif d’agir—L’art. 32 n’exclut pas la compétence de la Cour fédérale en l’espèce.

Environnement—Contrôle judiciaire de la décision de l’Office des terres et des eaux de la vallée du Mackenzie de délivrer un permis d’utilisation des terres modifié à Paramount Resources Ltd. en vertu de la *Loi sur la gestion des ressources de la vallée du Mackenzie* à la suite de l’approbation de l’expansion d’un projet de mise en valeur de ressources pétrolières et gazières—L’Office a effectué une enquête après l’évaluation environnementale pour savoir si la Couronne avait pris des mesures de consultation et d’accommodement appropriées auprès des demandeurs—Par la suite, il a délivré le permis d’utilisation des terres, affirmant qu’il n’était pas de son ressort d’évaluer le caractère approprié des mesures de consultation et d’accommodement de la Couronne—L’art. 114 de la Loi expose l’objet de la partie 5 (qui a trait à l’Office d’examen des répercussions environnementales de la vallée du Mackenzie),

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

before approving project—Board thus prevented by Act, s. 62 from issuing amended land use permit.

Knopf v. Canada (Speaker of the House of Commons) (F.C.A.) 327

Constitutional Law—Charter of Rights—Language Rights—Appeal from Federal Court judgment dismissing application for remedy under Part X of *Official Languages Act* (Act)—Prior to testifying before House of Commons Standing Committee on Canadian Heritage (Committee), appellant’s request to distribute documents to members not allowed because documents in English only—Act, s. 4(1) reiterating right of person participating in parliamentary proceedings “to use” English or French as first recognized by *Constitution Act, 1867*, s. 133, reaffirmed in *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 17(1)—Federal Court correctly holding appellant’s request to have documents circulated not falling within Act, s. 4(1)—Right to use official language of choice not including right to impose on Committee immediate distribution to members of documents filed in one official language—Appellant’s language rights not infringed—Appeal dismissed.

Construction of Statutes—*Official Languages Act*, s. 4—Appeal from Federal Court judgment dismissing application for remedy under Part X of *Official Languages Act* (Act)—Prior to hearing appellant’s testimony, House of Commons Standing Committee on Canadian Heritage refusing appellant’s request to distribute unilingual English documents to members—Federal Court not restricting word “speak” in Act, s. 4(1) to oral speech but stating s. 4(1) providing right to address House of Commons in language of choice—In other language rights provisions, legislator choosing term “to communicate”, which implies interactions between parties but verb “to use” in Act, s. 4(1) does not—Therefore, right under Act, s. 4(1) to use official language of choice before House of Commons unilateral.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

soit, entre autres, de veiller à ce qu’il soit tenu compte, dans le cadre du processus des projets de développement, des préoccupations des Autochtones et du public en général—La Couronne n’a pas tenu compte de ces préoccupations avant d’approuver le projet—En conséquence, l’Office ne pouvait, en vertu de l’art. 62 de la Loi, délivrer le permis d’utilisation des terres modifié.

Knopf c. Canada (Président de la Chambre des communes) (C.A.F.) 327

Droit constitutionnel—Charte des droits—Droits linguistiques—Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté le recours formé en vertu de la partie X de la *Loi sur les langues officielles* (la Loi)—Le Comité permanent de la Chambre des communes sur le patrimoine canadien (le comité) a décidé de ne pas distribuer à ses membres les documents que l’appelant avait soumis avant de témoigner devant le comité parce qu’ils n’étaient qu’en anglais—L’art. 4(1) de la Loi reprend le droit de toute personne qui participe aux travaux parlementaires d’« employer » l’anglais ou le français, droit qui a d’abord été consacré par l’art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et proclamé à nouveau par l’art. 17(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*—La Cour fédérale a déclaré avec justesse que la demande formulée par l’appelant pour que ses documents soient distribués n’entre pas dans le cadre du droit consacré par l’art. 4(1) de la Loi—Le droit d’employer la langue officielle de son choix ne comprend pas le droit d’imposer au comité la diffusion immédiate à ses membres de documents déposés dans une seule langue officielle—Il n’y a pas eu atteinte aux droits linguistiques de l’appelant—Appel rejeté.

Interprétation des lois—Art. 4 de la *Loi sur les langues officielles*—Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté le recours formé en vertu de la partie X de la *Loi sur les langues officielles* (la Loi)—Le Comité permanent de la Chambre des communes sur le patrimoine canadien a refusé de donner suite à la demande de l’appelant de distribuer des documents unilingues anglais à ses membres avant d’entendre son témoignage—La Cour fédérale n’a pas restreint le verbe anglais « *speak* » paraissant à l’art. 4(1) de la Loi à l’expression orale, mais a déclaré que cette disposition confère à toute personne le droit de s’adresser à la Chambre des communes dans la langue de son choix—Dans d’autres dispositions relatives aux droits linguistiques, le législateur a opté pour le terme « communiquer », qui suppose une interaction entre les parties, mais le verbe « employer » utilisé à l’art. 4(1) de la Loi n’englobe pas une telle interaction—Le

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Kozarov v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness) (F.C.) 377

Construction of Statutes—*International Transfer of Offenders Act* (Act)—Judicial review of decision of Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (Minister) maintaining earlier decision to deny application to serve remainder of sentence in Canada under Act, ss. 10(1)(b), (c) despite American authorities' consent thereto—Applicant currently serving sentence in U.S., ordered deported to Canada after sentence served—Canadian citizen since 1982 but living mainly in U.S.—Act, s. 8 providing that consent of offender, foreign entity, Canada required for transfer—S. 10 not requiring Minister to either give or refuse consent depending on whether factors set out (whether applicant having social or family ties in Canada, whether abandoning Canada as place of permanent residence) met—Minister's decision not unreasonable—Application dismissed.

Constitutional Law—Charter of Rights—Mobility Rights—Judicial review of decision of Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (Minister) maintaining earlier decision to deny application to serve remainder of sentence in Canada under *International Transfer of Offenders Act*—Current restrictions on mobility arising from applicant's criminal activities—Absolute right to return to Canada once sentence served—Condition of transfer requiring applicant to serve sentence—Freedom thus restricted under *Corrections and Conditional Release Act*—Act, ss. 8, 10(1)(b), (c) not offending applicant's mobility rights under *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 6(1).

Mazzotta v. Canada (Attorney General) (F.C.A.) . . . 542

Pensions—Judicial review of Pension Appeals Board's (PAB) decision allowing Minister of Social Development's appeal

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

droit prévu à l'art. 4(1) de la Loi d'utiliser la langue officielle de son choix devant la Chambre des communes est donc unilatéral.

Kozarov c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile) (C.F.) 377

Interprétation des lois—*Loi sur le transfèrement international des délinquants* (la Loi)—Contrôle judiciaire de la décision du ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (le ministre), qui a maintenu sa décision antérieure de rejeter la demande du demandeur de purger le reste de sa peine au Canada conformément aux art. 10(1)(b) et c) de la Loi, malgré le consentement des autorités américaines—Le demandeur purge actuellement une peine d'emprisonnement aux États-Unis et il sera expulsé au Canada lorsqu'il aura purgé sa peine—Le demandeur est un citoyen canadien depuis 1982, mais il a surtout vécu aux États-Unis—L'art. 8 de la Loi précise que le transfèrement nécessite le consentement du délinquant, de l'entité étrangère et du Canada—L'art. 10 n'exige pas que le ministre accorde son consentement ou le refuse selon qu'il y a eu respect ou non des facteurs énumérés (si le demandeur a des liens sociaux ou familiaux au Canada, s'il a quitté le Canada avec l'intention de ne plus considérer le Canada comme le lieu de sa résidence permanente)—La décision du ministre n'était pas déraisonnable—Demande rejetée.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Liberté de circulation et d'établissement—Contrôle judiciaire de la décision du ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (le ministre), qui a maintenu sa décision antérieure de rejeter la demande du demandeur de purger le reste de sa peine au Canada conformément à la *Loi sur le transfèrement international des délinquants*—Les limites actuelles imposées à la liberté de circulation et d'établissement découlent des activités criminelles du demandeur—Une fois qu'il aura purgé sa peine, le demandeur aura le droit absolu de rentrer au pays—Une condition au transfèrement précise que le demandeur doit purger sa peine—Sa liberté est donc restreinte en application de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*—Ni l'art. 8 ni les art. 10(1)(b) et c) de la Loi ne portent atteinte à la liberté de circulation et d'établissement que l'art. 6(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit au demandeur.

Mazzotta c. Canada (Procureur général) (C.A.F.) . . . 542

Pensions—Contrôle judiciaire de la décision de la Commission d'appel des pensions (la CAP), qui a accueilli l'appel que le

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

from Review Tribunal's decision to reconsider application for disability benefits under *Canada Pension Plan Act* (CPP), s. 84(2) based on new facts—Parliament clearly stating in CPP, ss. 83(1), 84(1) that review of Review Tribunal's decision made exclusively by way of appeal to PAB within time frame therein provided; decisions of PAB challenged by judicial review—Proper test re: materiality of new evidence for purposes of CPP, s. 84(2) whether proposed new facts may reasonably be expected to affect outcome of prior hearing—Review Tribunal's decision on issue of new evidence constitutes decision under CPP, s. 84(2), which is part of ultimate decision on claimant's disability—PAB rightly concluding Review Tribunal applied wrong materiality test when relying on reasonable possibility proffered evidence (medical reports in possession of applicant's lawyer) could lead it to change original decision re: applicant's disability—PAB also not erring in applying correct materiality test, in concluding medical reports could have been obtained by exercising due diligence—Previous FCA decisions which sent litigants to Federal Court of Canada to have Review Tribunal's positive or negative determination of proffered new evidence reviewed by way of judicial review no longer considered good law—Application dismissed.

Moresby Explorers Ltd. v. Canada (Attorney General) (F.C.A.) 341

National Parks—Appeal from dismissal of judicial review of decision granting tour operator licence for Gwaii Haanas National Park Reserve but limiting access to Park pursuant to policy allocating access equally between three groups of users—Policy making distinction between Haida and non-Haida tour operators—Such discrimination (in administrative law sense) not prohibited by *Canada National Parks Act*, *National Parks of Canada Businesses Regulations*—Superintendent entitled to impose conditions on business licence which depend on type of business—Nothing precluding distinction between Haida, non-Haida tour operators as not contrary to public policy—Appeal dismissed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

ministre du Développement social a interjeté à l'encontre de la décision du tribunal de révision de réexaminer une demande de prestations d'invalidité en vertu de l'art. 84(2) du *Régime de pensions du Canada* (le RPC) à la lumière de faits nouveaux—Le législateur dit explicitement aux art. 83(1) et 84(1) du RPC que la décision du tribunal de révision ne peut être contrôlée que par voie d'un appel devant la CAP dans le délai prescrit et que la décision de la CAP ne peut être contestée que par le dépôt d'une demande de contrôle judiciaire—Le critère qu'il convient d'appliquer quant au caractère substantiel de nouveaux éléments de preuve pour l'application de l'art. 84(2) du RPC est celui de savoir si l'on peut raisonnablement croire que les faits présentés comme nouveaux auraient modifié l'issue de la procédure antérieure—La décision du tribunal de révision sur la question des faits nouveaux relève de l'art. 84(2) et fait partie intégrante de la décision qui sera en fin de compte rendue sur l'invalidité du demandeur de prestations—La CAP a conclu à juste titre que le tribunal de révision avait appliqué une définition erronée du critère du caractère substantiel en se fondant sur la possibilité raisonnable que les éléments de preuve produits (rapports médicaux en la possession de l'avocat du demandeur) pouvaient l'amener à rendre une décision différente de la première quant à l'invalidité du demandeur de prestations—De même, la CAP n'a pas commis d'erreur d'application du critère du caractère substantiel correctement défini lorsqu'elle a conclu que les rapports médicaux auraient pu être obtenus si le demandeur avait fait preuve de diligence raisonnable—Les arrêts antérieurs qui adressaient les plaideurs à la Cour fédérale du Canada pour y faire contrôler, par voie de demande de contrôle judiciaire, la décision positive ou négative d'un tribunal de révision sur la question des faits nouveaux ne font plus jurisprudence—Demande rejetée.

Moresby Explorers Ltd. c. Canada (Procureur général) (C.A.F.) 341

Parcs nationaux—Appel du rejet du contrôle judiciaire de la décision délivrant un permis de voyageur visant la réserve du parc national de Gwaii Haanas, mais y limitant l'accès conformément à une politique qui répartit l'accès de façon égale entre trois groupes d'utilisateurs—La politique opère une distinction entre les voyageurs haïdas et les voyageurs non-haïdas—Cette discrimination (au sens du droit administratif) n'est pas prohibée par la *Loi sur les parcs nationaux du Canada* ou le *Règlement sur l'exploitation de commerces dans les parcs nationaux du Canada*—Le directeur est autorisé à assortir un permis d'exploitation de commerce de conditions qui tiennent compte du type de commerce visé—Rien ne fait

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Administrative Law—Judicial review of grant of tour operator licence in national park reserve with access limited according to class of business, i.e. non-Haida—Whether administrative discrimination—Unlike municipal law where discrimination prohibited unless expressly allowed, in context of legislation conferring broad regulation-making authority on Governor in Council, discrimination in administrative law sense permitted unless expressly prohibited—No such prohibition in *Canada National Parks Act*—Distinction herein not contrary to public policy because designed to ameliorate condition of historically disadvantaged group.

Pieters v. Canada (Attorney General) (F.C.) 421

Public Service—Judicial review, pursuant to *Federal Courts Act*, s. 18.1 with respect to report issued by Public Service Integrity Office (PSIO) after investigation into allegations of wrongdoing at Immigration and Refugee Board (IRB)—Public Service Integrity Office created by Treasury Board Policy on the Internal Disclosure of Information Concerning Wrongdoing in the Workplace (policy)—PSIO not excluded from definition of “federal board, commission or other tribunal” in *Federal Courts Act*, s. 2(1) either because only one person or under exceptions set out—As federal investigative body acting pursuant to Treasury Board disclosure policy made under authority of *Financial Administration Act*, PSIO is federal board, meeting definition of “federal board, commission or other tribunal” in s. 2(1)—But decision not reviewable pursuant to s. 18.1—Application dismissed.

Federal Court Jurisdiction—Judicial review, pursuant to *Federal Courts Act*, s. 18.1 with respect to report issued by Public Service Integrity Office (PSIO) after investigation into allegations of wrongdoing at Immigration and Refugee Board (IRB)—PSIO’s report, recommendations not decision amenable to judicial review as non-binding on deputy head of department involved; not determining applicant’s substantive

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

obstacle à la distinction entre les voyageurs haïdas et les voyageurs non-haïdas parce qu’elle n’est pas contraire à l’intérêt public—Appel rejeté.

Droit administratif—Contrôle judiciaire de la délivrance d’un permis de voyageur dans un parc national, mais l’accès est limité selon le type d’entreprise, c.-à-d. non-haïda—Il s’agissait de savoir s’il était question de discrimination administrative—À l’encontre du droit municipal, où la discrimination est interdite à moins qu’elle ne soit expressément autorisée, lorsqu’il s’agit d’une législation conférant au gouverneur en conseil un pouvoir général de prise de règlements, la discrimination (au sens du droit administratif) est autorisée à moins qu’elle ne soit expressément prohibée—La *Loi sur les parcs nationaux du Canada* ne prévoit pas de telle interdiction—La distinction opérée en l’espèce n’est pas contraire à l’intérêt public puisqu’elle vise à améliorer la situation de personnes historiquement désavantagées.

Pieters c. Canada (Procureur général) (C.F.) 421

Fonction publique—Contrôle judiciaire, en vertu de l’art. 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, d’un rapport que l’agent de l’intégrité de la fonction publique (l’AIFP) a produit après avoir mené une enquête portant sur des allégations d’actes fautifs à l’égard de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié (la CISR)—L’agent de l’intégrité de la fonction publique a été créé par la Politique sur la divulgation interne d’information concernant des actes fautifs au travail du Conseil du Trésor (la politique)—L’AIFP n’est pas exclu de la définition d’« office fédéral » énoncée à l’art. 2(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* au motif qu’il n’est qu’une seule personne ou qu’il est visé par l’une des exceptions énoncées dans la définition—À titre d’organisme fédéral d’enquête agissant en vertu d’une politique sur la divulgation du Conseil du Trésor prise en application de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, l’AIFP est un office fédéral qui répond à la définition d’« office fédéral » énoncée à l’art. 2(1)—Toutefois, la décision n’est pas susceptible de contrôle judiciaire en vertu de l’art. 18.1—Demande rejetée.

Compétence de la Cour fédérale—Contrôle judiciaire, en vertu de l’art. 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, d’un rapport que l’agent de l’intégrité de la fonction publique (l’AIFP) a produit après avoir mené une enquête portant sur des allégations d’actes fautifs à l’égard de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié (la CISR)—Le rapport et les recommandations de l’AIFP ne constituaient pas une

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

rights or carrying legal consequences.

SOMMAIRE (Fin)

décision susceptible de contrôle judiciaire parce qu'ils ne lient pas l'administrateur général du ministère visé; ils ne touchaient pas aux droits substantiels du demandeur et n'entraînaient pas de conséquences juridiques.

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

Canadian Assn. of Broadcasters v. Canada, [2007] 4 F.C.R. 170 (F.C.) has been reversed on appeal (A-591-06, A-17-07, A-590-06, A-18-07, 2008 FCA 157). The reasons for judgment handed down 28/4/08, will be published in the *Federal Courts Reports*.

Nagalingam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2008] 1 F.C.R. 87 (F.C.) has been reversed on appeal (A-170-07, 2008 FCA 153). The reasons for judgment handed down 24/4/08, will be published in the *Federal Courts Reports*.

SUPREME COURT OF CANADA

Design Services Ltd. v. Canada, A-414-05, 2006 FCA 260, Sexton J.A., judgment dated 21/7/06, has been affirmed on appeal (2008 SCC 22). The reasons for judgment handed down 8/5/08, will be published in the *Supreme Court Reports*.

Applications for leave to appeal

Ayangma v. Canada (Treasury Board), A-353-07, judgment dated 7/12/07, leave to appeal to S.C.C. refused 24/4/08.

M.N.R. v. Greater Montréal Real Estate Board, A-435-06, 2007 FCA 346, Trudel J.A., judgment dated 2/11/07, leave to appeal to S.C.C. refused 24/4/08.

Wilson v. Canada (Revenue Agency), 07-A-25, judgments dated 27/7/07 and 20/11/07, leave to appeal to S.C.C. refused 1/5/08.

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Assoc. canadienne des radiodiffuseurs c. Canada*, [2007] 4 R.C.F. 170 (C.F.) a été infirmée en appel (A-591-06, A-17-07, A-590-06, A-18-07, 2008 CAF 157). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 28-4-08, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

La décision *Nagalingam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2008] 1 R.C.F. 87 (C.F.) a été infirmée en appel (A-170-07, 2008 CAF 153). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 24-4-08, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

COUR SUPRÊME DU CANADA

L'arrêt *Design Services Ltd. c. Canada*, A-414-05, 2006 CAF 260, juge Sexton, J.C.A., jugement en date du 21-7-06, a été confirmé en appel (2008 CSC 22). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 8-5-08, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

Demandes d'autorisation de pourvoi

Ayangma c. Canada (Conseil du Trésor), A-353-07, jugement en date du 7-12-07, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 24-4-08.

M.R.N. c. Chambre immobilière du Grand Montréal, A-435-06, 2007 CAF 346, la juge Trudel, J.C.A., jugement en date du 2-11-07, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 24-4-08.

Wilson c. Canada (Agence du Revenu), 07-A-25, jugements en date du 27-7-07 et du 20-11-07, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 1-5-08.

**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2008, Vol. 2, Part 2

2008, Vol. 2, 2^e fascicule

A-402-06
2007 FCA 308

A-402-06
2007 CAF 308

Howard P. Knopf (*Appellant*)

Howard P. Knopf (*appelant*)

v.

c.

Speaker of the House of Commons and Attorney General of Canada (*Respondents*)

Le Président de la Chambre des communes et le procureur général du Canada (*intimés*)

INDEXED AS: KNOPF v. CANADA (SPEAKER OF THE HOUSE OF COMMONS) (F.C.A.)

RÉPERTORIÉ : KNOPF c. CANADA (PRÉSIDENT DE LA CHAMBRE DES COMMUNES) (C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Décary, Linden and Trudel J.J.A.—Ottawa, September 4; November 5, 2007.

Cour d'appel fédérale, juges Décary, Linden et Trudel, J.C.A.—Ottawa, 4 septembre; 5 novembre 2007.

Constitutional Law — Charter of Rights — Language Rights — Appeal from Federal Court judgment dismissing application for remedy under Part X of Official Languages Act (Act) — Prior to testifying before House of Commons Standing Committee on Canadian Heritage (Committee), appellant's request to distribute documents to members not allowed because documents in English only — Act, s. 4(1) reiterating right of person participating in parliamentary proceedings "to use" English or French as first recognized by Constitution Act, 1867, s. 133, reaffirmed in Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 17(1) — Federal Court correctly holding appellant's request to have documents circulated not falling within Act, s. 4(1) — Right to use official language of choice not including right to impose on Committee immediate distribution to members of documents filed in one official language — Appellant's language rights not infringed — Appeal dismissed.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits linguistiques — Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté le recours formé en vertu de la partie X de la Loi sur les langues officielles (la Loi) — Le Comité permanent de la Chambre des communes sur le patrimoine canadien (le comité) a décidé de ne pas distribuer à ses membres les documents que l'appelant avait soumis avant de témoigner devant le comité parce qu'ils n'étaient qu'en anglais — L'art. 4(1) de la Loi reprend le droit de toute personne qui participe aux travaux parlementaires d'« employer » l'anglais ou le français, droit qui a d'abord été consacré par l'art. 133 de la Loi constitutionnelle de 1867 et proclamé à nouveau par l'art. 17(1) de la Charte canadienne des droits et libertés — La Cour fédérale a déclaré avec justesse que la demande formulée par l'appelant pour que ses documents soient distribués n'entre pas dans le cadre du droit consacré par l'art. 4(1) de la Loi — Le droit d'employer la langue officielle de son choix ne comprend pas le droit d'imposer au comité la diffusion immédiate à ses membres de documents déposés dans une seule langue officielle — Il n'y a pas eu atteinte aux droits linguistiques de l'appelant — Appel rejeté.

Construction of Statutes — Official Languages Act, s. 4 — Appeal from Federal Court judgment dismissing application for remedy under Part X of Official Languages Act (Act) — Prior to hearing appellant's testimony, House of Commons Standing Committee on Canadian Heritage refusing appellant's request to distribute unilingual English documents to members — Federal Court not restricting word "speak" in Act, s. 4(1) to oral speech but stating s. 4(1) providing right to address House of Commons in language of choice — In other language rights provisions, legislator choosing term "to communicate", which implies interactions between parties but verb "to use" in Act, s. 4(1) does not — Therefore, right under Act, s. 4(1) to use official language of choice before House of Commons unilateral.

Interprétation des lois — Art. 4 de la Loi sur les langues officielles — Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté le recours formé en vertu de la partie X de la Loi sur les langues officielles (la Loi) — Le Comité permanent de la Chambre des communes sur le patrimoine canadien a refusé de donner suite à la demande de l'appelant de distribuer des documents unilingues anglais à ses membres avant d'entendre son témoignage — La Cour fédérale n'a pas restreint le verbe anglais « speak » paraissant à l'art. 4(1) de la Loi à l'expression orale, mais a déclaré que cette disposition confère à toute personne le droit de s'adresser à la Chambre des communes dans la langue de son choix — Dans d'autres dispositions relatives aux droits linguistiques, le législateur a opté pour le terme « communiquer », qui suppose une interaction entre les parties, mais le verbe « employer » utilisé à l'art. 4(1) de la Loi n'englobe pas une telle interaction — Le droit prévu à l'art. 4(1) de la Loi

This was an appeal from a Federal Court judgment dismissing the appellant's application for a remedy under Part X of the *Official Languages Act* (Act) after the Official Languages Commissioner dismissed his complaint that his language rights under section 4 had been violated. The House of Commons Standing Committee on Canadian Heritage (Committee) decided not to distribute to its members documents submitted by the appellant before testifying in front of the Committee because the documents were in English only. In his application under Part X of the Act, the appellant claimed a violation of his language rights under the Act, the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter) and the *Constitution Act, 1867*. The Federal Court held that subsection 4(1) protects an individual's right to use the official language of his or her choice and does not dictate the form of the individual's interaction with the Committee. In other words, the appellant's request that his documents be circulated did not fall within the parameters of the right enshrined in subsection 4(1) of the Act. Citing section 133 of the *Constitution Act, 1867*, the Federal Court found that in the context of Parliamentary proceedings, the word "use" gives the appellant the right to speak in the official language of his choice. The issue was whether the Federal Court erred in concluding that the Committee had adequately respected the appellant's right to address its members in the language of his choice.

Held, the appeal should be dismissed.

The appellant's argument that the Federal Court limited the meaning of the word "use" in subsection 4(1) of the Act and the relevant legislation to oral speech by referring to the verb "to speak" was rejected. The verb "to speak" refers to more than the faculty of speech. The Federal Court stated that subsection 4(1) of the Act provides the appellant with a right to address the House of Commons in the language of his choice. The Federal Court's position that the appellant's request that his documents be circulated did not fall within the parameters of subsection 4(1) of the Act was correct.

Subsection 4(1) of the Act reiterates the right first recognized by section 133 of the *Constitution Act, 1867* and reaffirmed by subsection 17(1) of the Charter. These three sections recognize the right of any person participating in parliamentary proceedings "to use" ("d'employer") English or French. Subsection 4(1) of the Act, as well as subsection 17(1)

d'utiliser la langue officielle de son choix devant la Chambre des communes est donc unilatéral.

Il s'agissait d'un appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté le recours que l'appellant avait formé en vertu de la partie X de la *Loi sur les langues officielles* (la Loi) après que le commissaire aux langues officielles a rejeté sa plainte selon laquelle il avait été porté atteinte à ses droits linguistiques garantis par l'article 4. Le Comité permanent de la Chambre des communes sur le patrimoine canadien (le comité) a décidé de ne pas distribuer à ses membres les documents que l'appellant avait soumis avant de témoigner devant le comité parce qu'ils n'étaient qu'en langue anglaise. Dans le recours qu'il a formé en vertu de la partie X de la Loi, l'appellant a allégué avoir subi une atteinte à ses droits linguistiques garantis par la Loi, la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte) et la *Loi constitutionnelle de 1867*. La Cour fédérale a statué que le paragraphe 4(1) protège le droit de toute personne d'employer la langue officielle de son choix et qu'il n'impose pas de conditions de forme aux échanges entre cette personne et le comité. Autrement dit, la demande formulée par l'appellant pour que ses documents soient distribués n'entre pas dans le cadre du droit consacré par le paragraphe 4(1) de la Loi. S'appuyant sur l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la Cour fédérale a déclaré que dans le cas des débats et travaux parlementaires, le mot « usage » confère à l'appellant le droit de s'exprimer dans la langue officielle de son choix. La question en litige était celle de savoir si la Cour fédérale avait commis une erreur en concluant que le comité avait bien respecté le droit de l'appellant de s'adresser à ses membres dans la langue de son choix.

Arrêt : l'appel doit être rejeté.

L'argument de l'appellant selon lequel la Cour fédérale a, en utilisant le terme « s'exprimer » (« *speak* » dans la version anglaise du jugement), restreint la portée du terme « employer » dans le paragraphe 4(1) de la Loi et donc le champ d'application de la législation aux seules déclarations verbales a été rejeté. Le verbe anglais « *speak* » vise plus que l'expression orale. La Cour fédérale a déclaré que le paragraphe 4(1) de la Loi donne à l'appellant le droit de s'adresser à la Chambre des communes dans la langue de son choix. La position adoptée par la Cour fédérale selon laquelle la demande formulée par l'appellant pour faire diffuser ses documents n'était pas visée par le paragraphe 4(1) de la Loi était juste.

Le paragraphe 4(1) de la Loi reprend le droit qui a d'abord été consacré par l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et proclamé à nouveau par le paragraphe 17(1) de la Charte. Selon ces trois dispositions, toute personne qui participe aux travaux parlementaires a le droit d'« employer » (« *to use* ») l'anglais ou le français. Le paragraphe 4(1) de la

of the Charter create a scheme of unilingualism at the option of the speaker or writer who cannot be compelled by Parliament to express himself or herself in another language than the one he or she chooses. However, in some other language rights provisions, such as subsection 20(1) of the Charter and section 25 of the Act, the legislator deliberately chose the term “to communicate” (“*communiquer*”). While to “communicate” presupposes interactions, bilateral actions between the parties, the verb “to use” does not encompass such interaction. The right is unilateral: one has the right to address the House of Commons in the official language of one’s choice. The appellant made his opinion known on particular topics of interest to the Committee and filed his documents and his right under subsection 4(1) of the Act stopped there. Under subsection 4(1) of the Act, the Committee was not required to distribute documents to its members in one official language since that subsection provides the appellant with a right only to address the Committee in the language of his choice. Once this right has been exercised, subsection 4(1) of the Act does not compel the Committee to act in a certain way with the oral or written information provided to it. The right to use an official language of choice does not include the right to impose upon the Committee the immediate distribution and reading of documents filed to support one’s testimony. Since the decision on how and when to treat the information received from a witness clearly belongs to the Committee, the appellant’s language rights were not infringed upon.

Loi et le paragraphe 17(1) de la Charte créent un régime d’unilinguisme au choix de l’intéressé, qui ne peut être contraint par le Parlement à s’exprimer, oralement ou par écrit, dans une langue autre que celle qu’il choisit. Cependant, dans d’autres dispositions relatives aux droits linguistiques, comme le paragraphe 20(1) de la Charte et l’article 25 de la Loi, le législateur a opté pour le terme « communiquer » (« *to communicate* »). Bien que le terme « communiquer » suppose une interaction, des actions bilatérales entre les parties, le verbe « employer » n’englobe pas une telle interaction. Ce droit est unilatéral : on a le droit de s’adresser à la Chambre des communes dans la langue officielle de son choix. L’appelant a fait connaître son opinion sur des sujets précis intéressant le comité et il a déposé des documents. Là s’arrête le droit qu’il pouvait invoquer en vertu du paragraphe 4(1) de la Loi. Le paragraphe 4(1) de la Loi n’oblige pas le comité à diffuser à ses membres des documents dans une des langues officielles, cette disposition ne conférant à l’appelant que le droit de s’adresser au comité dans la langue de son choix. Lorsque ce droit a été exercé, le paragraphe 4(1) de la Loi n’oblige pas le comité à agir de telle ou telle manière relativement aux renseignements qui lui ont été présentés verbalement ou par écrit. Le droit d’employer la langue officielle de son choix ne comprend pas le droit d’imposer au comité la diffusion immédiate et la lecture de documents déposés par le témoin à l’appui de sa déposition. Comme c’est au comité qu’il revient de décider quoi faire des renseignements présentés par le témoin, et à quel moment, il n’y a pas eu atteinte aux droits linguistiques de l’appelant.

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. 16, 17, 20(1).
- Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 133.
- Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 400 (as am. by SOR/2002-417, s. 25(F)).
- Official Languages Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31, ss. 3 “federal institution” (as am. by S.C. 2002, c. 7, s. 224; 2006, c. 9, s. 20), 4, 25, 58, 76 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 183), 77 (as am. by S.C. 2005, c. 41, s. 2), 81.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

REFERRED TO:

- Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, [2003] 3 S.C.R. 3; (2003), 232 D.L.R. (4th) 577; 218

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. 16, 17, 20(1).
- Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 133.
- Loi sur les langues officielles*, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31, art. 3 « institutions fédérales » (mod. par L.C. 2002, ch. 7, art. 224; 2006, ch. 9, art. 20), 4, 25, 58, 76 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 183), 77 (mod. par L.C. 2005, ch. 41, art. 2), 81.
- Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 400 (mod. par DORS/2002-417, art. 25(F)).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS CITÉES :

- Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l’Éducation)*, [2003] 3 R.C.S. 3; 2003 CSC 62;

N.S.R. (2d) 311; 45 C.P.C. (5th) 1; 112 C.R.R. (2d) 202; 312 N.R. 1; 2003 SCC 62; *Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island*, [2000] 1 S.C.R. 3; (2000), 184 Nfld. & P.E.I.R. 44; 181 D.L.R. (4th) 1; 70 C.R.R. (2d) 1; 249 N.R. 140; 2000 SCC 1; *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768; (1999), 173 D.L.R. (4th) 193; 121 B.C.A.C. 227; 134 C.C.C. (3d) 481; 238 N.R. 131; *R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.*, [1985] 1 S.C.R. 295; (1985), 60 A.R. 161; 18 D.L.R. (4th) 321; [1985] 3 W.W.R. 481; 37 Alta. L.R. (2d) 97; 18 C.C.C. (3d) 385; 85 CLLC 14,023; 13 C.R.R. 64; 58 N.R. 81; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; (1985), 24 D.L.R. (4th) 536; [1986] 1 W.W.R. 481; 69 B.C.L.R. 145; 23 C.C.C. (3d) 289; 48 C.R. (3d) 289; 18 C.R.R. 30; 36 M.V.R. 240; 63 N.R. 266; *MacDonald v. City of Montreal et al.*, [1986] 1 S.C.R. 460; (1986), 27 D.L.R. (4th) 321; 25 C.C.C. (3d) 481; 67 N.R. 1; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)* (1999), 240 N.R. 244 (F.C.A.); *Bellemare v. Canada (Attorney General)* (2004), 327 N.R. 179; 2004 FCA 231.

Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard, [2000] 1 R.C.S. 3; 2000 CSC 1; *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768; *R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *MacDonald c. Ville de Montréal et autres*, [1986] 1 R.C.S. 460; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, [1999] A.C.F. n° 522 (C.A.) (QL); *Bellemarre c. Canada (Procureur général)*, 2004 CAF 231.

AUTHORS CITED

Brun, Henri and Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, 4th ed. Cowansville, Que.: Éditions Y. Blais, 2002.

Canada. House of Commons. Standing Committee on Canadian Heritage. *Minutes of Proceedings*, February 24, 2004.

Canada. House of Commons. Standing Committee on Canadian Heritage. *Minutes of Proceedings*. October 18, 2004.

Canadian Oxford Dictionary, 2nd ed. Toronto: Oxford University Press, 2004, "speak".

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, Student ed. Scarborough, Ont.: Thomson Carswell, 2006.

APPEAL from a Federal Court decision ((2006), 144 C.R.R. (2d) 155; 295 F.T.R. 198; 2006 FC 808) dismissing the appellant's application for a remedy under Part X of the *Official Languages Act* alleging that the appellant's language rights under subsection 4(1) of the Act had been violated. Appeal dismissed.

APPEARANCES:

Howard P. Knopf on his own behalf.
Steven R. Chaplin and *Melanie J. Mortensen* for respondent Speaker of the House of Commons.
Alain Préfontaine and *Agnieszka Zagorska* for respondent Attorney General of Canada.

DOCTRINE CITÉE

Brun, Henri et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, 4^e éd. Cowansville (Qué.) : Éditions Y. Blais, 2002.

Canada. Chambre des communes. Comité permanent du patrimoine canadien. *Procès-verbaux*. 24 février 2004.

Canada. Chambre des communes. Comité permanent du patrimoine canadien. *Procès-verbaux*, 18 octobre 2004.

Canadian Oxford Dictionary, 2^e éd. Toronto : Oxford University Press, 2004, « speak ».

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, Student ed. Scarborough, Ont. : Thomson Carswell, 2006.

APPEL de la décision (2006 CF 808) par laquelle la Cour fédérale a rejeté le recours que l'appelant avait formé en vertu de la partie X de la *Loi sur les langues officielles* selon lequel il avait été porté atteinte à ses droits linguistiques garantis par l'article 4 de la Loi. Appel rejeté.

ONT COMPARU :

Howard P. Knopf pour son propre compte.
Steven R. Chaplin et *Melanie J. Mortensen* pour l'intimé, le président de la Chambre des communes.
Alain Préfontaine et *Agnieszka Zagorska* pour l'intimé, le procureur général du Canada.

SOLICITORS OF RECORD:

House of Commons, Legal Services, Ottawa, for respondent Speaker of the House of Commons.

Deputy Attorney General of Canada for respondent Attorney General of Canada.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] TRUDEL J.A.: This is an appeal of the decision of Layden-Stevenson J. of the Federal Court (2006 FC 808) dismissing the appellant's application brought under Part X [sections 76-81] of the *Official Languages Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31(Act).

The Facts

[2] On April 20, 2004, the appellant appeared before the House of Commons Standing Committee on Canadian Heritage to testify as a specialized lawyer on matters relating to copyright reform, World Intellectual Property Organization treaty ratification, and private copying.

[3] Prior to his appearance, he sent four documents to the Committee's clerk requesting their distribution to its members. The clerk accepted the documents and made copies of them. However, the Committee members decided not to allow for their distribution because the documents were in English only.

[4] This decision gave effect to a rule of procedure previously adopted by the Committee, which provides for the distribution of documents to its members only when they are available in both official languages (*Minutes of Proceedings of the Committee*, February 24, 2004). The Committee reaffirmed the same rule at its organizational meeting for the First Session of the 38th Parliament on October 18, 2004.

[5] The appellant opines that a witness before a parliamentary committee has the right to submit documents in either official language for contemporaneous distribution to committee members as part of his or her testimony. When appearing in front of the

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Chambre des communes, Affaires juridiques, Ottawa, pour l'intimé le président de la Chambre des communes.

Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé, le procureur général du Canada.

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

[1] LA JUGE TRUDEL, J.C.A. : Il s'agit d'un appel interjeté de la décision de la juge Layden-Stevenson de la Cour fédérale (2006 CF 808) par laquelle elle a rejeté le recours que l'appelant avait formé en vertu de la partie X [articles 76 à 81] de la *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31 (la Loi).

Les faits

[2] Le 20 avril 2004, l'appelant s'est présenté devant le Comité permanent de la Chambre des communes sur le patrimoine canadien à titre d'avocat spécialisé afin de témoigner sur des questions relatives à la réforme du droit d'auteur, à la ratification du traité de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle et à la copie privée.

[3] Avant de se présenter devant le Comité, il avait envoyé quatre documents au greffier du Comité et il lui avait demandé de les diffuser aux membres. Le greffier a reçu les documents et en a fait des copies. Cependant, les membres du Comité ont décidé de ne pas les diffuser parce qu'ils n'étaient qu'en langue anglaise.

[4] Cette décision était conforme à la règle de procédure qui avait été adoptée auparavant par le Comité, selon laquelle des documents ne peuvent être diffusés à ses membres que lorsqu'ils sont disponibles dans les deux langues officielles (*Procès-verbaux des travaux du Comité*, le 24 février 2004). Le Comité a confirmé cette règle lors de sa réunion d'organisation pour la 1^{re} session de la 38^e législature le 18 octobre 2004.

[5] L'appelant est d'avis que le témoin qui dépose devant un comité parlementaire a le droit de présenter dans l'une ou l'autre des langues officielles des documents destinés à être diffusés immédiatement aux membres de ce comité dans le cadre de son témoignage.

Committee, the appellant states:

... I think it's more important that the committee be informed than that everything be bilingual ...

[6] November 11, 2004, the appellant filed a complaint with the Commissioner of Official Languages pursuant to section 58 of the Act. He repeated his previous statement: "I have a right to ask the members to read my material in the language of my choice. I would rather that it not be read by one or more members than it be inadequately or inaccurately translated." By letter dated March 1, 2005, the Commissioner dismissed his complaint.

[7] Therefore, the appellant brought an application pursuant to the provisions of Part X of the Act and claimed a violation of his language rights under the Act, the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (Charter), and the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]].

[8] Justice Layden-Stevenson dismissed the application without costs. The applications Judge reviewed the facts and the position of the parties thoroughly. She resolved the case at bar through determination of the following issues:

(a) whether Mr. Knopf's language rights were violated; and

(b) whether parliamentary privilege applied to the proceedings of the Committee.

[9] The Committee adequately respected Mr. Knopf's right to address himself to its members in the language of his choice. The first Judge was right in concluding that the Committee, through its decision not to distribute the documents sent by the appellant, did not infringe on Mr. Knopf's language rights, as provided for in section 4 of the Act.

[10] As a result, addressing the question of parliamentary privilege becomes unnecessary. Consequently, my

Selon l'appellant, lorsque le témoin se présente devant le Comité :

[TRADUCTION] [...] Il me semble qu'il est plus important que le Comité soit informé que tout soit bilingue [...]

[6] Le 11 novembre 2004, l'appellant a porté plainte auprès du commissaire aux langues officielles en vertu de l'article 58 de la Loi. Il a répété sa déclaration antérieure : [TRADUCTION] « J'ai le droit de demander aux membres de lire mes documents dans la langue de mon choix. Je préfère qu'ils ne soient pas lus par certains membres plutôt qu'ils soient mal ou inexactement traduits ». Par sa lettre du 1^{er} mars 2005, le commissaire a rejeté sa plainte.

[7] L'appellant a donc formé un recours en vertu de la partie X de la Loi et il a allégué avoir subi une atteinte à ses droits linguistiques garantis par la Loi, la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la Charte) et la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1 [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]].

[8] La juge Layden-Stevenson a rejeté le recours sans adjuger de dépens. Elle a soigneusement passé en revue les faits et la thèse des parties. Elle a tranché le différend en statuant sur les questions suivantes :

a) Y a-t-il eu atteinte aux droits linguistiques de M. Knopf?

b) Le privilège parlementaire était-il applicable aux travaux du Comité?

[9] Le Comité a bien respecté le droit de M. Knopf de s'adresser à ses membres dans la langue de son choix. La juge de première instance a correctement conclu que le Comité, lorsqu'il avait décidé de ne pas diffuser les documents envoyés par l'appellant, n'avait pas porté atteinte aux droits linguistiques de M. Knopf énoncés dans l'article 4 de la Loi.

[10] Il n'est donc pas nécessaire de se pencher sur la question du privilège parlementaire. Par conséquent,

summary of the first judgment and of the parties' submissions, as well as my analysis of the applicable law are limited to this specific issue.

[11] It is useful, at this moment, to set out the relevant statutory provisions:

Constitution Act, 1867, section 133:

133. Either the English or the French Language may be used by any Person in the Debates of the Houses of the Parliament of Canada and of the Houses of the Legislature of Quebec; and both those Languages shall be used in the respective Records and Journals of those Houses; and either of those Languages may be used by any Person or in any Pleading or Process in or issuing from any Court of Canada established under this Act, and in or from all or any of the Courts of Quebec.

The Acts of the Parliament of Canada and of the Legislature of Quebec shall be printed and published in both those Languages.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, subsections 17(1) and 20(1):

17. (1) Everyone has the right to use English or French in any debates and other proceedings of Parliament.

...

20. (1) Any member of the public in Canada has the right to communicate with, and to receive available services from, any head or central office of an institution of the Parliament or government of Canada in English or French, and has the same right with respect to any other office of any such institution where

(a) there is a significant demand for communications with and services from that office in such language; or

(b) due to the nature of the office, it is reasonable that communications with and services from that office be available in both English and French.

Official Languages Act, subsection 4(1) and section 25:

4. (1) English and French are the official languages of Parliament, and everyone has the right to use either of those languages in any debates and other proceedings of Parliament.

mon résumé du jugement rendu par la juge de première instance et des observations des parties de même que mon analyse du droit pertinent, ne porteront que sur cette question précise.

[11] À ce stade, il est utile de reproduire les dispositions légales pertinentes :

Loi constitutionnelle de 1867, article 133 :

133. Dans les chambres du parlement du Canada et les chambres de la législature de Québec, l'usage de la langue française ou de la langue anglaise, dans les débats, sera facultatif; mais dans la rédaction des archives, procès-verbaux et journaux respectifs de ces chambres, l'usage de ces deux langues sera obligatoire; et dans toute plaidoirie ou pièce de procédure par-devant les tribunaux ou émanant des tribunaux du Canada qui seront établis sous l'autorité de la présente loi, et par-devant tous les tribunaux ou émanant des tribunaux de Québec, il pourra être fait également usage, à faculté, de l'une ou de l'autre de ces langues.

Les lois du parlement du Canada et de la législature de Québec devront être imprimées et publiées dans ces deux langues.

Charte canadienne des droits et libertés, paragraphes 17(1) et 20(1) :

17. (1) Chacun a le droit d'employer le français ou l'anglais dans les débats et travaux du Parlement.

[...]

20. (1) Le public a, au Canada, droit à l'emploi du français ou de l'anglais pour communiquer avec le siège ou l'administration centrale des institutions du Parlement ou du gouvernement du Canada ou pour en recevoir les services; il a le même droit à l'égard de tout autre bureau de ces institutions là où, selon le cas :

a) l'emploi du français ou de l'anglais fait l'objet d'une demande importante;

b) l'emploi du français et de l'anglais se justifie par la vocation du bureau.

Loi sur les langues officielles, paragraphe 4(1) et article 25 :

4. (1) Le français et l'anglais sont les langues officielles du Parlement; chacun a le droit d'employer l'une ou l'autre dans les débats et travaux du Parlement.

...

[...]

25. Every federal institution has the duty to ensure that, where services are provided or made available by another person or organization on its behalf, any member of the public in Canada or elsewhere can communicate with and obtain those services from that person or organization in either official language in any case where those services, if provided by the institution, would be required under this Part to be provided in either official language.

Judgment of the Federal Court

[12] The applications Judge is of the opinion that subsection 4(1) of the Act protects an individual's right to use the official language of his or her choice. It does not dictate the form of the individual's interaction with the Committee:

Mr. Knopf was entitled to speak to the Committee in the official language of his choice. That right was respected. Mr. Knopf's request that his documents be circulated did not fall within the parameters of the right enshrined in subsection 4(1) of the OLA. Rather, it was a challenge to the manner in which the Committee conducts its business. It was a challenge to the procedure adopted by the Committee regarding the distribution of documents. This is not, in my view, a language rights issue.

[13] Citing section 133 of the *Constitution Act, 1867*, she further states that [at paragraph 36] "In the context of proceedings before Parliament, the word 'use' provides Mr. Knopf with the right to speak in the official language of his choice," thus concluding that Mr. Knopf's choice of addressing the House Committee in either English or French was respected.

Position of the Parties in Appeal Regarding the Language Rights Issue

[14] The appellant argues that the first Judge erred in law in failing to declare a violation of his rights under the Act, the Charter, and the *Constitution Act, 1867*. Contrary to a finding of the Federal Court, he states that his application is not the result of his disappointment because the Committee did not consider his submission sufficiently. He declares that it involves a language right, not a political right.

25. Il incombe aux institutions fédérales de veiller à ce que, tant au Canada qu'à l'étranger, les services offerts au public par des tiers pour leur compte le soient, et à ce qu'il puisse communiquer avec ceux-ci, dans l'une ou l'autre des langues officielles dans le cas où, offrant elles-mêmes les services, elles seraient tenues, au titre de la présente partie, à une telle obligation.

Le jugement de la Cour fédérale

[12] La juge qui a statué sur la demande est d'avis que le paragraphe 4(1) de la Loi protège le droit de toute personne d'employer la langue officielle de son choix. Il n'impose pas de conditions de forme aux échanges entre cette personne et le Comité (au paragraphe 39) :

M^e Knopf avait le droit de s'adresser au Comité dans la langue officielle de son choix. Ce droit a été respecté. La demande formulée par M^e Knopf pour que ses documents soient distribués n'entre pas dans le cadre du droit consacré au paragraphe 4(1) de la Loi. En fait, il s'en prend à la façon dont le Comité exerce ses activités. Il conteste la procédure adoptée par le Comité en ce qui concerne la distribution des documents. Il ne s'agit pas, à mon avis, d'une question de droits linguistiques.

[13] S'appuyant sur l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, elle ajoute [au paragraphe 36] que « [d]ans le cas des débats et travaux parlementaires, le mot "usage" prévu à l'article 133 confère à M. Knopf le droit de s'exprimer dans la langue officielle de son choix »; elle conclut donc que le choix de M. Knopf de s'adresser au Comité de la Chambre en anglais ou en français a été respecté.

La position des parties au présent appel en ce qui concerne la question des droits linguistiques

[14] L'appellant soutient que la juge de première instance a commis une erreur de droit lorsqu'elle a conclu à l'absence d'atteinte à la Loi, à la Charte et à la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il déclare, contrairement à ce qu'a affirmé la Cour fédérale, que sa demande n'est pas fondée sur sa déception due au fait que le Comité n'a pas suffisamment pris en compte ses observations. Il dit qu'est en jeu un droit linguistique, non pas un droit politique.

[15] In his opinion, it is an error to limit the meaning of the word “use” in subsection 4(1) of the Act to oral speech excluding the right, for a witness, to make written submissions or present written material in either official language as an integral part of his or her testimony.

[16] Finally, the appellant is unsatisfied with the conclusions of the first Judge on costs under subsection 81(2) of the Act. He believes that “there is an important and untested principle at stake here, which goes to the root of parliamentary democracy in a bilingual society.”

[17] Accordingly, he seeks (a) a reversal of the first decision; (b) a declaration that his language rights, as provided by sections 16 and 17 of the Charter, and section 4 of the Act were violated by the Committee; (c) a declaration that members of the public have the right, when appearing in front of a Committee of the House of Commons, to submit relevant documents in either official language for contemporaneous distribution to Members of the Committee; and (d) a declaration that all parliamentary committees shall comply with the provisions of the Act and the Charter in allowing distribution of relevant documents in either official language, without the need to translate the documentation prior to distribution to Committee members.

[18] As for costs, the appellant seeks (a) that there be no order as to costs between him and the Speaker of the House of Commons; and (b) that there be an order against the Attorney General of Canada pursuant to subsection 81(2) of the Act, or alternatively that there be no costs in this matter.

[19] The Speaker of the House of Commons submits that this Court lacks the jurisdiction to determine the appellant’s Charter rights or to make any ruling regarding the decisions, reports, or proceedings of the Committee. His memorandum of facts and law deals mostly with parliamentary privilege which I indicated it is not necessary to deal with.

[15] Il fait valoir qu’il est erroné de restreindre la portée du terme « employer », au paragraphe 4(1) de la Loi, aux déclarations orales au détriment du droit du témoin de présenter, dans l’une ou l’autre langue officielle, des observations écrites ou des documents écrits qui se rattachent à l’ensemble de sa déposition.

[16] Enfin, l’appelant conteste les conclusions de la juge de première instance sur les dépens. Invoquant le paragraphe 81(2) de la Loi, il fait valoir qu’[TRADUCTION] « il y a un important principe en jeu en l’occurrence sur lequel les tribunaux ne se sont pas prononcés, qui est au cœur de la démocratie parlementaire dans une société bilingue ».

[17] Il demande donc à la Cour d’appel a) d’infirmier le jugement de première instance; b) de déclarer que le Comité a porté atteinte à ses droits linguistiques, énoncés dans les articles 16 et 17 de la Charte et dans l’article 4 de la Loi; c) de déclarer que les membres du grand public ont le droit, lorsqu’ils se présentent devant un comité de la Chambre des communes, de présenter les documents pertinents dans l’une ou l’autre des langues officielles pour diffusion immédiate aux membres de ce comité; d) de déclarer que tous les comités parlementaires, conformément à la Loi et à la Charte, autoriseront la diffusion à leurs membres des documents pertinents dans l’une ou l’autre langue officielle, sans qu’il soit nécessaire de les faire traduire au préalable.

[18] En ce qui concerne les dépens, l’appelant demande à la Cour : a) de ne pas rendre d’ordonnance quant aux dépens entre lui et le président de la Chambre des communes; b) de rendre une ordonnance contre le procureur général du Canada en vertu du paragraphe 81(2) de la Loi ou, subsidiairement, de ne pas adjuger les dépens dans la présente affaire.

[19] Le président de la Chambre des communes fait valoir que la Cour n’a pas compétence pour statuer sur les droits de l’appelant qui relèvent de la Charte ou pour statuer sur les décisions, rapports ou travaux du Comité. Son mémoire des faits et du droit porte surtout sur la question du privilège parlementaire; comme je l’ai signalé, il n’est pas nécessaire de se pencher sur cette question.

[20] In any event, he agrees with, and supports the position of the Commissioner of Official Languages and the Attorney General that the rights of the applicant under the Act and the Charter were not violated. The Speaker of the House of Commons seeks dismissal of the appeal without costs.

[21] The Attorney General suggests that the teleological construction of the Act confirms the first judgment. He seeks dismissal of the appeal with costs in this Court.

Analysis

[22] Part X of the Act provides that any person who has made a complaint to the Commissioner in respect of a right or duty under section 4 may apply to the Federal Court for a remedy under that Part (subsection 77(1) [as am. by S.C. 2005, c. 41, s. 2]).

[23] Subsection 77(4) specifies that:

77. . . .

(4) Where, in proceedings under subsection (1), the Court concludes that a federal institution has failed to comply with this Act, the Court may grant such remedy as it considers appropriate and just in the circumstances.

[24] The House of Commons being defined as a “federal institution” (section 3 [as am. by S.C. 2002, c. 7, s. 224; 2006, c. 9, s. 20] of the Act), I entertain no doubt that the Federal Court has the jurisdiction to hear Mr. Knopf’s appeal regarding the alleged violation of his language rights.

[25] Turning now to the appellant’s arguments, I find that he failed to show that the applications Judge erred in her appreciation of the evidence. The agreed statement of facts essentially lists all the facts of this case. Any additional facts ensue from the uncontradicted affidavits of the appellant and the Speaker.

[26] The appellant disagrees with Justice Layden-Stevenson’s finding that the essence of his complaint is that the Committee did not sufficiently consider his submission and that his application involves a political issue, rather than a language right.

[20] De toute manière, il convient, et il appuie en cela la position du commissaire aux langues officielles et du procureur général, qu’il n’y a pas eu atteinte aux droits de l’appelant garantis par la Loi et la Charte. Le président de la Chambre des communes demande le rejet de l’appel, sans adjudication des dépens.

[21] Le procureur général prétend que l’interprétation téléologique de la Loi confirme la validité du jugement rendu en première instance. En l’espèce, il demande le rejet de l’appel avec dépens devant la Cour d’appel.

Analyse

[22] Aux termes de la partie X de la Loi, la personne qui a saisi le commissaire d’une plainte au sujet de droits ou d’obligations visés par l’article 4 peut former un recours devant la Cour fédérale (paragraphe 77(1) [mod. par L.C. 2005, ch. 41, art. 2]).

[23] Le paragraphe 77(4) se lit comme suit :

77. [. . .]

(4) Le tribunal peut, s’il estime qu’une institution fédérale ne s’est pas conformée à la présente loi, accorder la réparation qu’il estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

[24] La Chambre des communes est une « institution fédérale » : article 3 [mod. par L.C. 2002, ch. 7, art. 224; 2006, ch. 9, art. 20] de la Loi; nul doute que la Cour fédérale a compétence pour connaître de l’appel de M. Knopf concernant son allégation selon laquelle on aurait porté atteinte à ses droits linguistiques.

[25] Je vais maintenant me pencher sur les arguments de l’appelant. Je conclus qu’il n’a pas établi que la juge a commis une erreur en première instance lorsqu’elle a apprécié la preuve. Pour l’essentiel, l’exposé conjoint des faits relate tous les faits de l’affaire. Les faits supplémentaires résultent des affidavits de l’appelant et du président, qui n’ont pas été contestés.

[26] L’appelant conteste la conclusion de la juge Layden-Stevenson selon laquelle il faisait essentiellement grief au Comité de n’avoir pas suffisamment pris en compte sa déposition et que sa demande soulevait une question politique, plutôt que linguistique.

[27] There is some evidence on record upon which she could rely to reach that conclusion. The appellant unequivocally shows his disappointment that the Committee did not accept his submissions both in his letter of complaint to the Commissioner of Official Languages and his affidavit.

[28] During his oral argument, the appellant insisted that the Court consider his case with a prospective view so that future witnesses appearing before a parliamentary committee will be authorized to require the distribution of documents written or published in one of the official languages.

[29] I do not propose to widen the debate to consider theoretical situations, that is, cases where documents were refused by a committee's clerk or where a witness expressed himself or herself using means other than oral speech. This is not the case to do so, nor is it the case to discuss parliamentary privileges enjoyed by a committee of the House of Commons.

[30] In the case at bar, the appellant testified in front of the Committee in English, the language of his choice, and referred to his written documents as shown by the partial transcript filed in support of his affidavit. He had sent those documents prior to his testimony and they were received by the Committee's clerk and copied. They simply were not distributed. The Chair of the Committee explained the procedure to the appellant as follows:

I understand that you may not be aware of our policy. This committee educates itself in both official languages. So it's not that we will not see the document. We will see it in both official languages. We don't preclude ourselves from reading it because it's only in one language. We educate ourselves in both.

[31] As mentioned earlier, the appellant submits that by referring to the verb "to speak," Justice Layden-Stevenson limited the meaning of the word "use" in subsection 4(1) of the Act and the relevant legislation to oral speech. He suggests that it includes also the right to make written submissions or present written material in either official language as an integral part of one's testimony.

[27] Certains éléments de preuve au dossier justifient cette conclusion. L'appellant a exprimé sans équivoque, tant dans sa plainte adressée au commissaire aux langues officielles que dans son affidavit, sa déception de ce que le Comité n'avait pas accepté sa déposition.

[28] Au cours des débats, l'appellant a demandé avec insistance à la Cour d'examiner ses prétentions dans un esprit prospectif, de sorte que, à l'avenir, les témoins qui se présenteraient devant un comité parlementaire puissent exiger la diffusion de documents écrits ou publiés dans l'une des langues officielles.

[29] Je ne me propose pas d'élargir le débat et de me pencher sur des problèmes théoriques, comme lorsque des documents ont été refusés par le greffier d'un comité, ou que le témoin s'est exprimé autrement que verbalement. L'espèce ne le requiert pas, et il n'y a pas lieu non plus d'examiner les privilèges parlementaires dont jouissent les comités de la Chambre des communes.

[30] En l'espèce, l'appellant a déposé devant le Comité en anglais, la langue de son choix, et a fait référence à ses documents écrits, comme le révèle la transcription partielle déposée à l'appui de son affidavit. Il avait envoyé ces documents avant sa déposition, ils ont été reçus par le greffier du Comité et copie en a été faite. Ils n'ont tout simplement pas été diffusés. La présidente du Comité a expliqué la procédure à l'appellant en ces termes :

[TRADUCTION] Je suis consciente du fait que vous ne connaissez peut-être pas notre politique. Le Comité s'instruit dans les deux langues officielles. Cela ne veut donc pas dire que nous ne verrons pas le document. Nous le verrons dans les deux langues officielles. Nous ne nous interdisons pas de le lire parce qu'il est unilingue. Nous nous instruisons dans les deux.

[31] Comme cela a été mentionné plus haut, l'appellant soutient que, en utilisant le terme « s'exprimer » (« *speak* » dans la version anglaise du jugement—plus littéralement « parler »), la juge Layden-Stevenson a restreint la portée du terme « employer » dans le paragraphe 4(1) de la Loi et donc le champ d'application de la législation aux seules déclarations verbales. Il prétend que la législation donne aussi le droit au témoin de présenter, dans l'une ou l'autre langue officielle, des observations par écrit ou

[32] A careful reading of the first judgment does not warrant the appellant's interpretation. The first judgment and the authorities cited by the applications Judge do not suggest such a restriction.

[33] In all fairness, one has to read Justice Layden-Stevenson's finding entirely. She writes [at paragraph 36]:

In short, an individual has the choice of addressing the House in either English or French. In the context of proceedings before Parliament, the word "use" provides Mr. Knopf with the right to speak in the official language of his choice. [Emphasis added.]

[34] The verb "to speak" refers to more than the faculty of speech. *The Canadian Oxford Dictionary*, 2nd ed., also defines it as:

. . . **2. transitive** a utter (words). **b** make known or communicate (one's opinion, the truth, etc.) in this way (*never speaks sense*). **3 intransitive** a . . . hold a conversation (*spoke to him for an hour, spoke with them about their work*). **b** . . . mention in writing etc. (*speaks of it in his novel*). **c** . . . articulate the feelings of (another person etc.) in speech or writing (*speak for our generation*). **4 intransitive** a . . . address; converse with (a person etc.) . . .

[35] Justice Layden-Stevenson does not restrict the word "speak" to oral speech. Rather, she states that subsection 4(1) of the Act provides the appellant with a right to address the House in the language of his choice. She is of the opinion that the appellant's request that his documents be circulated does not fall within the parameters of subsection 4(1) of the Act. For the following reasons, I agree with her finding.

[36] It is trite law that language rights have to be interpreted purposively and liberally (*Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, [2003] 3 S.C.R. 3; *Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island*, [2000] 1 S.C.R. 3; *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768).

[37] This purpose is to be sought by reference to the character and the larger objects of the Charter and the

des documents écrits qui se rattachent intégralement à sa déposition.

[32] Une lecture attentive du jugement rendu en première instance infirme l'interprétation de l'appelant. Ce jugement de même que la jurisprudence et la doctrine citées par la juge ne permettent pas de penser qu'elle envisageait une restriction de ce genre.

[33] Pour être juste, il faut lire la conclusion de la juge Layden-Stevenson dans son intégralité. Elle s'est exprimée en ces termes [au paragraphe 36] :

[En résumé, les personnes ont le choix de s'adresser à la Chambre en anglais ou en français.] Dans le cas des débats et travaux parlementaires, le mot « usage » prévu à l'article 133 confère à M^e Knopf le droit de s'exprimer [« *speak* » dans la version anglaise] dans la langue officielle de son choix. [Non souligné dans l'original.]

[34] Le verbe anglais « *speak* » vise plus que l'expression orale. *The Canadian Oxford Dictionary*, 2^e éd., en donne la définition suivante :

[TRADUCTION] [. . .] **2. transitif** a prononcer (des mots). **b** faire connaître ou communiquer (une opinion, la vérité, etc.) de cette manière. **3 intransitif** a [. . .] tenir une conversation (*lui a parlé pendant une heure, leur a parlé au sujet de leur travail*). **b** [. . .] mentionner dans un écrit etc. (*en parle dans son roman*). **c** [. . .] exprimer les sentiments (d'une autre personne, etc.) verbalement ou par écrit (*il parle pour notre génération*). **4 intransitif** [. . .] **a** s'adresser à; converser avec (une personne etc.) [. . .]

[35] La juge Layden-Stevenson n'a pas limité le terme « *speak* » à l'expression orale. Elle a plutôt dit que le paragraphe 4(1) de la Loi donne à l'appelant le droit de s'adresser à la Chambre dans la langue de son choix. Elle était d'avis que la demande de l'appelant de faire diffuser ses documents n'était pas visée par cette disposition. Je suis d'accord avec elle pour les motifs suivants.

[36] La règle est bien établie que les droits linguistiques doivent faire l'objet d'une interprétation large et libérale (*Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, [2003] 3 R.C.S. 3; *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, [2000] 1 R.C.S. 3; *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768).

[37] Il faut ainsi s'inspirer de la nature et des objets plus généraux de la Charte et de la Loi, des origines

Act, the historical origins of the concepts enshrined, the manner in which the right is expressed and the implications to be drawn from the context in which the right is to be found, including other parts of the Charter or the Act (*R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at page 344; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at pages 499-500; Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 2006 Student ed. (Scarborough, Ont.: Thomson Carswell, 2006), at page 770; Henri Brun and Guy Tremblay, *Droit Constitutionnel*, 4th ed. (Cowansville, QC: Éditions Y. Blais, 2002), at page 929).

[38] Subsection 4(1) of the Act reiterates the right first recognized by section 133 of the *Constitution Act, 1867* and reaffirmed by subsection 17(1) of the Charter. These three sections recognize the right of any person participating in parliamentary proceedings “to use” (*d’employer*) English or French. Subsection 4(1) of the Act, as well as subsection 17(1) of the Charter create a scheme of unilingualism at the option of the speaker or writer, who cannot be compelled by Parliament to express himself or herself in another language than the one he or she chooses (See *MacDonald v. City of Montreal et al.*, [1986] 1 S.C.R. 460, at page 483).

[39] However, in some other language rights provisions, such as subsection 20(1) of the Charter and section 25 of the Act, the legislator chose the term “to communicate” (*communiquer*). In my opinion, this is not accidental.

[40] To “communicate” presupposes interactions, bilateral actions between the parties. The verb “to use” does not encompass such interaction. The right is unilateral: one has the right to address the House of Commons in the official language of his choice. In the case at bar, Mr. Knopf made his opinion known on particular topics of interest to the Committee and filed his documents. There stops his right under subsection 4(1) of the Act.

[41] I do not read into subsection 4(1) of the Act any requirement for a Committee to distribute documents to its members in one official language. Subsection 4(1) of the Act provides the appellant with a right to address the Committee in the language of his choice only. Once this right has been exercised, subsection 4(1) of the Act does

historiques des notions consacrées par ces textes, de la formulation du droit en question et des conséquences à tirer du contexte, notamment des autres parties de la Charte ou de la Loi (*R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la page 344; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la Colombie-Britannique*, [1985] 2 R.C.S. 486, aux pages 499 et 500; Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 2006 Student ed. (Scarborough, Ont. : Thomson Carswell, 2006), à la page 770; Henri Brun et Guy Tremblay, *Droit constitutionnel*, 4^e éd. (Cowansville, Qc : Éditions Y. Blais, 2002), à la page 929).

[38] Le paragraphe 4(1) de la Loi reprend le droit qui a d’abord été consacré par l’article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et proclamé à nouveau par le paragraphe 17(1) de la Charte. Aux termes de ces trois dispositions, toute personne qui participe aux travaux parlementaires a le droit d’« employer » (*to use*) l’anglais ou le français. Le paragraphe 4(1) de la Loi et le paragraphe 17(1) de la Charte créent un régime d’unilinguisme au choix de l’intéressé, qui ne peut être contraint par le Parlement à s’exprimer, oralement ou par écrit, dans une langue autre que celle qu’il choisit (voir *MacDonald c. Ville de Montréal et autres*, [1986] 1 R.C.S. 460, à la page 483).

[39] Cependant, dans d’autres dispositions relatives aux droits linguistiques, comme le paragraphe 20(1) de la Charte et l’article 25 de la Loi, le législateur a opté pour le terme « communiquer » (*to communicate*). Je suis d’avis que cela était délibéré.

[40] Le terme « communiquer » suppose une interaction, des actions bilatérales entre les parties. Le verbe « employer » n’englobe pas une telle interaction. Ce droit est unilatéral : on a le droit de s’adresser à la Chambre des communes dans la langue officielle de son choix. En l’espèce, M. Knopf a fait connaître son opinion sur des sujets précis intéressant le Comité et il a déposé ses documents. Là s’arrête le droit qu’il peut invoquer en vertu du paragraphe 4(1) de la Loi.

[41] À mon sens, le paragraphe 4(1) de la Loi n’oblige pas le Comité à diffuser à ses membres des documents dans une des langues officielles. Selon le paragraphe 4(1) de la Loi, l’appelant a seulement le droit de s’adresser au Comité dans la langue de son choix. Lorsque ce droit a été exercé, cette disposition

not compel the Committee to act in a certain way with the oral or written information provided to it.

[42] Justice Layden-Stevenson was right in finding that the distribution of documents does not fall within the scope of subsection 4(1) of the Act. The right to use an official language of choice does not include the right to impose upon the Committee the immediate distribution and reading of documents filed to support one's testimony. The decision on how and when to treat the information received from a witness clearly belongs to the Committee. I find, therefore, that the appellant's language rights were not infringed upon.

[43] As prescribed by section 81 of the Act, the Federal Court, as the "Court" defined in section 76 [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 183] of the same Part of the Act may, at its discretion, award costs to the applicant. The Federal Court may exercise its discretion even when the applicant has not been successful in the result if it finds that the application under section 77 raised an important new principle in relation to the Act (see *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)* (1999), 240 N.R. 244 (F.C.A.), at paragraph 36; *Bellemarre v. Canada (Attorney General)* (2004), 327 N.R. 379 (F.C.A.), at paragraph 11-15; leave to appeal to S.C.C. denied, [2004] S.C.C.A. No. 379 (QL)).

[44] Layden-Stevenson J. exercised her discretion and the appellant failed to show cause for this Court to intervene.

[45] The Attorney General asks for his costs following this appeal in accordance to rule 400 [as am. by SOR/2002-417, s. 25(F)], *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 [rule 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)].

[46] I propose to dismiss the appeal without costs as far as the Speaker is concerned and with costs against the Attorney General.

DÉCARY J.A.: I agree.

LINDEN J.A.: I agree.

n'oblige pas le Comité à agir de telle ou telle manière relativement aux renseignements qui lui ont été présentés verbalement ou par écrit.

[42] La juge Layden-Stevenson a correctement conclu que la diffusion de documents n'était pas visée par le paragraphe 4(1) de la Loi. Le droit d'employer la langue officielle de son choix ne comprend pas le droit d'imposer au Comité la diffusion immédiate et la lecture de documents déposés par le témoin à l'appui de sa déposition. C'est bien évidemment au Comité qu'il revient de décider quoi faire des renseignements présentés par le témoin, et à quel moment. Je conclus donc qu'il n'y a pas eu atteinte aux droits linguistiques de l'appelant.

[43] Aux termes de l'article 81 de la Loi, la Cour fédérale, qui est le « tribunal » au sens de l'article 76 [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 183] de la même partie de la Loi, peut, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, accorder les dépens à l'auteur du recours. La Cour fédérale peut exercer son pouvoir discrétionnaire même si l'auteur du recours est débouté, dans les cas où elle estime que l'objet du recours a soulevé un principe important et nouveau quant à la Loi (voir *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, [1999] A.C.F. n° 522 (C.A.) (QL), au paragraphe 36; *Bellemarre c. Canada (Procureur général)*, 2004 CAF 31, aux paragraphes 11 à 15; autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2004] S.C.C.A. n° 379 (QL)).

[44] La juge Layden-Stevenson a exercé son pouvoir discrétionnaire et l'appelant n'a pas convaincu la Cour qu'elle devait intervenir.

[45] Le procureur général demande les dépens à la suite de l'appel, conformément à la règle 400 [mod. par DORS/2002-417, art. 25(F)] des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 [règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)].

[46] Je propose de rejeter l'appel sans dépens en ce qui concerne le président et avec dépens contre le procureur général.

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

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

A-240-05
2007 FCA 273

A-240-05
2007 CAF 273

The Moresby Explorers Ltd. and Douglas Gould
(Appellants) (Applicants)

The Moresby Explorers Ltd. et Douglas Gould
(appelants) (demandeurs)

v.

c.

The Attorney General of Canada and Council of the Haida Nation (Respondents) (Respondents)

Le procureur général du Canada et le Conseil de la nation haïda (intimés) (défendeurs)

INDEXED AS: MORESBY EXPLORERS LTD. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (F.C.A.)

RÉPERTORIÉ : MORESBY EXPLORERS LTD. c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Nadon, Sharlow and Pelletier J.J.A.—Vancouver, March 26; Ottawa, August 30, 2007.

Cour d'appel fédérale, juges Nadon, Sharlow et Pelletier, J.C.A.—Vancouver, 26 mars; Ottawa, 30 août 2007.

National Parks—Appeal from dismissal of judicial review of decision granting tour operator licence for Gwaii Haanas National Park Reserve but limiting access to Park pursuant to policy allocating access equally between three groups of users — Policy making distinction between Haida and non-Haida tour operators — Such discrimination (in administrative law sense) not prohibited by Canada National Parks Act, National Parks of Canada Businesses Regulations — Superintendent entitled to impose conditions on business licence which depend on type of business — Nothing precluding distinction between Haida, non-Haida tour operators as not contrary to public policy — Appeal dismissed.

Parcs nationaux — Appel du rejet du contrôle judiciaire de la décision délivrant un permis de voyageur visant la réserve du parc national de Gwaii Haanas, mais y limitant l'accès conformément à une politique qui répartit l'accès de façon égale entre trois groupes d'utilisateurs — La politique opère une distinction entre les voyageurs haïdas et les voyageurs non-haïdas — Cette discrimination (au sens du droit administratif) n'est pas prohibée par la Loi sur les parcs nationaux du Canada ou le Règlement sur l'exploitation de commerces dans les parcs nationaux du Canada — Le directeur est autorisé à assortir un permis d'exploitation de commerce de conditions qui tiennent compte du type de commerce visé — Rien ne fait obstacle à la distinction entre les voyageurs haïdas et les voyageurs non-haïdas parce qu'elle n'est pas contraire à l'intérêt public — Appel rejeté.

Administrative Law — Judicial review of grant of tour operator licence in national park reserve with access limited according to class of business, i.e. non-Haida — Whether administrative discrimination — Unlike municipal law where discrimination prohibited unless expressly allowed, in context of legislation conferring broad regulation-making authority on Governor in Council, discrimination in administrative law sense permitted unless expressly prohibited — No such prohibition in Canada National Parks Act — Distinction herein not contrary to public policy because designed to ameliorate condition of historically disadvantaged group.

Droit administratif — Contrôle judiciaire de la délivrance d'un permis de voyageur dans un parc national, mais l'accès est limité selon le type d'entreprise, c.-à-d. non-haïda — Il s'agissait de savoir s'il était question de discrimination administrative — À l'encontre du droit municipal, où la discrimination est interdite à moins qu'elle ne soit expressément autorisée, lorsqu'il s'agit d'une législation conférant au gouverneur en conseil un pouvoir général de prise de règlements, la discrimination (au sens du droit administratif) est autorisée à moins qu'elle ne soit expressément prohibée — La Loi sur les parcs nationaux du Canada ne prévoit pas de telle interdiction — La distinction opérée en l'espèce n'est pas contraire à l'intérêt public puisqu'elle vise à améliorer la situation de personnes historiquement désavantagées.

This was the second and final set of reasons with respect to an appeal from a decision of the Federal Court dismissing the appellants' application for judicial review of a decision of the

Il s'agissait du second et dernier ensemble de motifs ayant trait à un appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande, présentée par les appelants, de contrôle

Superintendent of the Gwaii Haanas National Park Reserve (the Park). The Superintendent granted a tour operator licence to the appellants, but this licence limited their access to the Park pursuant to a policy adopted by the Archipelago Management Board (AMB), a structure adopted to permit the Government of Canada and the Council of the Haida Nation to collaborate in the management of the Park. The issue herein was whether the AMB, acting through the authority of the Superintendent, was authorized by the governing legislation to limit access to the Park by allocating 33,000 user days/nights equally between independent users, Haida tour operators, and non-Haida tour operators (the Haida Allocation Policy).

Held, the appeal should be dismissed

Unlike municipal law where discrimination is prohibited unless expressly allowed, in the context of legislation conferring broad regulation-making power on the Governor in Council, discrimination (in the administrative law sense) is permitted unless it is expressly prohibited (*Sunshine Village Corp. v. Canada (Parks)*). Here, the appellants were challenging a policy adopted pursuant to the *National Parks of Canada Businesses Regulations*. The *Canada National Parks Act* and the Regulations contain no limitation which would prohibit the drawing of distinctions between various classes of businesses. In fact, the Regulations expressly permit the Superintendent to impose conditions on a business licence which depend upon the type of business. Those conditions include matters related to “the preservation, control and management of the park.” Furthermore, the allocation of access to the Park between Haida and non-Haida tour operators, which draws a distinction on the racial or ethnic origin of the owners of commercial tour businesses, is not contrary to public policy as it is designed to ameliorate the condition of the historically disadvantaged.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canada National Parks Act, S.C. 2000, c. 32, s. 16.

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. 15(2).

Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 16 (as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 16).

Employment Equity Act, S.C. 1995, c. 44.

National Parks of Canada Businesses Regulations, SOR/98-455 (as am. by SOR/2002-370, s. 1), ss. 4.1 (as enacted *idem*, s. 5), 5 (as am. *idem*, s. 10(F)).

judiciaire de la décision du directeur de la réserve du parc national de Gwaii Haanas (le parc). Le directeur a délivré un permis de voyageur aux appelants, mais ce permis limitait leur accès au parc conformément à une politique adoptée par le Conseil de gestion de l'archipel (CGA), une structure adoptée pour permettre au gouvernement du Canada et au Conseil de la nation haïda d'assurer la gestion conjointe du parc. La question litigieuse en l'espèce était celle de savoir si le CGA, par l'entremise du directeur, était autorisé par la législation habilitante à limiter l'accès au parc en répartissant 33 000 jours/nuitées-utilisateurs de façon égale entre des utilisateurs indépendants, des voyageurs haïdas et des voyageurs non-haïdas (la politique d'attribution de quotas aux Haïdas).

Arrêt : l'appel doit être rejeté.

À l'encontre du droit municipal, où la discrimination est interdite à moins qu'elle ne soit expressément autorisée, lorsqu'il s'agit d'une législation conférant au gouverneur en conseil un pouvoir général de prise de règlements, la discrimination (au sens du droit administratif) est autorisée à moins qu'elle ne soit expressément prohibée (*Sunshine Village Corp. c. Canada (Parcs)*). En l'espèce, les appelants contestaient une politique adoptée en application du *Règlement sur l'exploitation de commerces dans les parcs nationaux du Canada*. La *Loi sur les parcs nationaux du Canada* et le Règlement ne sont assortis d'aucune restriction qui empêcherait d'établir des distinctions entre diverses catégories de commerces. En fait, le Règlement autorise expressément le directeur à assortir un permis d'exploitation de commerce de conditions qui tiennent compte du type de commerce visé. Ces conditions tiennent compte d'éléments nécessaires « à la préservation, à la surveillance et à l'administration du parc ». Qui plus est, la répartition de l'accès au parc entre des voyageurs haïdas et non-haïdas, qui opère une distinction selon l'origine raciale ou ethnique des propriétaires des entreprises voyageur, n'est pas contraire à l'intérêt public puisqu'elle vise à améliorer la situation de personnes historiquement désavantagées.

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. 15(2).

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 16 (mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 16).

Loi sur l'équité en matière d'emploi, L.C. 1995, ch. 44.

Loi sur les parcs nationaux du Canada, L.C. 2000, ch. 32, art. 16.

Règlement sur l'exploitation de commerces dans les parcs

nationaux du Canada, DORS/98-455 (mod. par DORS/2002-370, art. 1), art. 4.1 (édicte, *idem*, art. 5), 5 (mod., *idem*, art. 10(F)).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Sunshine Village Corp. v. Canada (Parks), [2004] 3 F.C.R. 600; (2004), 238 D.L.R. (4th) 647; 16 Admin. L.R. (4th) 242; 4 M.P.L.R. (4th) 174; 320 N.R. 331; 2004 FCA 166; revg [2003] 4 F.C. 459; (2003), 3 Admin. L.R. (4th) 138; 39 M.P.L.R. (3d) 96; 2003 FCT 546.

CONSIDERED:

Moresby Explorers Ltd. v. Canada (Attorney General) (2006), 350 N.R. 101; 2006 FCA 144; *Aerlinte Eireann Teoranta v. Canada (Minister of Transport)* (1990), 68 D.L.R. (4th) 220; 107 N.R. 120 (F.C.A.); affg [1987] 3 F.C. 383; (1987), 9 F.T.R. 29 (T.D.).

REFERRED TO:

Moresby Explorers Ltd. v. Canada (Attorney General), [2001] 4 F.C. 591; (2001), 40 C.E.L.R. (N.S.) 174; 208 F.T.R. 189; 2001 FCT 780; *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2; (1982), 137 D.L.R. (4th) 558; 44 N.R. 354; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735; (1980), 115 D.L.R. (3d) 1; 33 N.R. 304; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; (1959), 16 D.L.R. (2d) 689; *Krause v. Canada*, [1999] 2 F.C. 476; (1999), 19 C.C.P.B. 179; 236 N.R. 317 (C.A.).

APPEAL from a decision of the Federal Court ((2005), 273 F.T.R. 175) dismissing the appellants' application for judicial review of a decision made by the Superintendent of the Gwaii Haanas National Park granting a tour operator licence to the appellants that limits their access to the Park on the basis of a policy which distinguishes between Haida and non-Haida tour operators. Appeal dismissed.

APPEARANCES:

Christopher Harvey, Q.C. for appellants.
Sean Gaudet for respondent Attorney General of Canada.
Louise Mandell, Q.C. and *Mary Locke Macaulay* for respondent Council of the Haida Nation.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Sunshine Village Corp. c. Canada (Parcs), [2004] 3 R.C.F. 600; 2004 CAF 166; infirmant [2003] 4 C.F. 459; 2003 CFPI 546.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Moresby Explorers Ltd. c. Canada (Procureur général), 2006 CAF 144; *Aerlinte Eireann Teoranta c. Canada (Ministre des Transports)* (1990), 68 D.L.R. (4th) 220; 107 N.R. 120 (C.A.F.); confirmant [1987] 3 C.F. 383 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES :

Moresby Explorers Ltd. c. Canada (Procureur général), [2001] 4 C.F. 591; 2001 CFPI 780; *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; (1959), 16 D.L.R. (2d) 689; *Krause c. Canada*, [1999] 2 C.F. 476 (C.A.).

APPEL de la décision (2005 CF 592) de la Cour fédérale rejetant la demande, de contrôle judiciaire présentée par les appellants de la décision du directeur de la réserve du parc national de Gwaii Haanas, qui a délivré aux appelants un permis de voyageur limitant leur accès au parc sur le fondement d'une politique qui opère une distinction entre des voyageurs haïdas et non-haïdas. Appel rejeté.

ONT COMPARU :

Christopher Harvey, c.r. pour les appelants.
Sean Gaudet pour l'intimé, le procureur général du Canada.
Louise Mandell, c.r. et *Mary Locke Macaulay* pour l'intimé, le Conseil de la nation haïda.

SOLICITORS OF RECORD:

MacKenzie Fujisawa LLP, Vancouver, for appellants.

Deputy Attorney General of Canada for respondent Attorney General of Canada.

Mandell Pinder, Vancouver, for respondent Council of the Haida Nation.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

PELLETIER J.A.:

INTRODUCTION

[1] In *Moresby Explorers Ltd. v. Canada (Attorney General)* (2006), 350 N.R. 101, this Court noted that the appellants Moresby Explorers Ltd. and Douglas Gould (collectively Moresby) had advised that their challenge to the Haida Allocation Policy (as defined below) was based on 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]] grounds only, so that this Court did not have to dispose of Moresby's argument that the Policy was void on grounds of administrative discrimination. Moresby subsequently advised that, in fact, it had not abandoned its argument with respect to administrative discrimination and requested reconsideration of that part of the Court's decision. As a result, the parties were reconvened for argument on the question of whether the Haida Allocation Policy was invalid on the basis that the enabling legislation did not permit the Superintendent to discriminate between tour operators on the basis of race or size of business.

FACTS

[2] This dispute arises out of the management of the Gwaii Haanas National Park Reserve (the Park) by the Archipelago Management Board (the AMB). The AMB is a structure adopted to permit the Government of

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

MacKenzie Fujisawa LLP, Vancouver, pour les appelants.

Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé, le procureur général du Canada.

Mandell Pinder, Vancouver, pour l'intimé, le Conseil de la nation haïda.

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

LE JUGE PELLETIER, J.C.A.:

INTRODUCTION

[1] Dans *Moresby Explorers Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2006 CAF 144, notre Cour d'appel a fait remarquer que les appelants Moresby Explorers Ltd. et Douglas Gould (collectivement Moresby) avaient déclaré contester la Politique d'attribution de quotas aux Haïdas (définie ci-dessous) uniquement sur le fondement 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]], de sorte qu'elle n'avait pas à examiner l'argument de Moresby selon lequel la politique était invalide pour motif de discrimination administrative. Moresby a par la suite fait savoir qu'en fait, elle ne renonçait pas à son argumentation relative à la discrimination administrative, et qu'elle demandait un nouvel examen de cet élément de la décision de la Cour d'appel. Par conséquent les parties ont été convoquées à nouveau pour qu'elles présentent leur argumentation sur la question de savoir si la Politique d'attribution de quotas aux Haïdas était invalide au motif que la législation habilitante ne permettait pas au directeur du parc d'établir entre divers voyageurs des distinctions fondées sur la race ou la taille du commerce.

LES FAITS

[2] Le présent différend s'est soulevé dans le cadre de l'administration de la réserve du parc national de Gwaii Haanas (le parc) par le Comité de gestion de l'archipel (CGA). Le CGA a été adopté comme structure pour

Canada and the Council of the Haida Nation to collaborate in the management of the Park without prejudice to either's position in the negotiation of the Haida land claim over a territory which includes the Park. For the details of the AMB's structure and its legal underpinnings, see *Moresby Explorers Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [2001] 4 F.C. 591 (T.D.), at paragraph 67.

[3] In the exercise of its mandate, the AMB has adopted a group of policies limiting access to the Park with a view to protecting its natural and cultural resources. The starting point for those policies was the determination that the Park's carrying capacity was 33,000 user-days/nights per year. The AMB then allocated those user-days/nights equally between three groups, namely, independent users, Haida tour operators, and non-Haida tour operators. As a result, a maximum allocation of 11,000 user-days/nights was available to each group. The AMB also adopted a "business caps" policy to limit the maximum number of user-days/nights available to any tour operator: 22 client-days per day, and 2,500 user-days/nights per year. This policy is designed to prevent any single operator from monopolizing Park resources.

[4] The difficulty with the policies adopted by the AMB is that there are no Haida tour operators, while the non-Haida quota of user-days/nights is oversubscribed. Moresby alleges that the 11,000 user-days/nights limitation on non-Haida tour operators is unlawfully restricting the growth of its business.

MORESBY'S SUBMISSIONS

[5] Moresby attacks the Haida Allocation Policy and the business caps on the ground of administrative discrimination, that is "delegated powers exercised by a subordinate authority (e.g. a National Parks superintendent) must be exercised strictly within the ambit of the empowering legislation, particularly where they restrict employment or the right to work":

permettre au gouvernement du Canada et au Conseil de la nation haïda d'assurer la gestion conjointe du parc sans que cela porte atteinte à la position de l'une ou l'autre partie dans les négociations entourant la revendication par la nation haïda d'un territoire qui comprend le parc. Pour obtenir des détails sur la structure du CGA et son cadre juridique, l'on peut se reporter à *Moresby Explorers Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [2001] 4 C.F. 591 (1^{re} inst.), au paragraphe 67.

[3] Dans le cadre de son mandat, le CGA a adopté un ensemble de politiques limitant l'accès au parc en vue d'en protéger les ressources naturelles et culturelles. Comme élément premier de ces politiques, on a établi que la capacité d'utilisation du parc était de 33 000 jours/nuitées-utilisateurs. Le CGA a ensuite réparti cette capacité de façon égale entre trois groupes, soit les utilisateurs indépendants du parc, les voyageurs haïdas et les voyageurs non-haïdas. Résultat, chacun de ces groupes disposait d'un nombre maximal de 11 000 jours/nuitées-utilisateurs. Le CGA a également fixé des « plafonds de visiteurs », une politique visant à attribuer à tout voyageur un nombre maximal de 22 clients par jour et de 2 500 jours/nuitées-utilisateurs par année. Cette politique a pour but d'empêcher qu'aucun voyageur ne puisse monopoliser à lui seul les ressources du parc.

[4] Le problème que posent les politiques ainsi adoptées par le CGA, c'est qu'il n'y a pas de voyageur haïda, alors que le quota de jours/nuitées-utilisateurs attribué aux voyageurs non-haïdas ne suffit pas pour ces derniers. Moresby allègue dans ce cadre que le nombre maximal de 11 000 jours/nuitées-utilisateurs attribués aux voyageurs non-haïdas limite illicitement leur potentiel de croissance.

LES PRÉTENTIONS DE MORESBY

[5] Moresby conteste la Politique d'attribution de quotas aux Haïdas et les plafonds de visiteurs pour motif de discrimination administrative; autrement dit, [TRADUCTION] « les pouvoirs délégués à une autorité subordonnée (p. ex. le directeur d'un parc national) doivent être strictement exercés dans les limites prévues par la législation habilitante, particulièrement lorsqu'ils

Moresby's memorandum, at paragraph 27.

[6] This argument is succinctly summarized at paragraph 31 of Moresby's memorandum where the following appears:

There is nothing in either the *Canada National Parks Act* or *Businesses Regulations* that remotely authorizes a power to discriminate based on race or business size. The *Act*, in s. 4, expressly refers to all the people of Canada. The *Businesses Regulations*, ss. 4.1 and 5, proscribe the licensing discretion in relatively restrictive terms. All statutory provisions focus on the Park and none on the personal characteristics of the licensee. The most that can be said is that a subordinate licensing authority may, by necessary implication, assess the merits and qualifications of individual licence applicants with respect to their competence to carry out the purposes of the legislation. However, the legislation nowhere indicates an intention to allow the Superintendent to fence out or restrict a whole class of applicants on the basis of their race or the size of their businesses. This is not within the ambit of this legislation. The purposes of the *Competition Act* cannot be imported into this *Act*.

ANALYSIS

[7] Some preliminary observations are in order.

[8] Moresby's argument is based on administrative law concepts of even-handedness and jurisdiction and not on human rights or equality grounds. Thus, the question of prohibited grounds of discrimination does not arise, in the sense that Moresby's argument is that discrimination between businesses on any basis, including race, is *ultra vires* the enabling legislation, not that it is contrary to the Charter or the *Canadian Human Rights Act* [R.S.C., 1985, c. H-6]. Moresby's Charter arguments were considered in our original decision. The only issue before us is whether the AMB, acting through the authority of the Superintendent, was authorized by

restreignent l'emploi ou le droit au travail » (mémoire de Moresby, au paragraphe 27).

[6] Cet argument est résumé succinctement comme suit, au paragraphe 31 du mémoire de Moresby:

[TRADUCTION]

Rien, que ce soit dans la *Loi sur les parcs nationaux du Canada* (la Loi) ou dans le *Règlement sur l'exploitation de commerces dans les parcs nationaux du Canada* (le Règlement), n'autorise moindrement une autorité à faire de la discrimination sur le fondement de la race ou de la taille d'un commerce. On fait expressément mention à l'article 4 de la Loi « du peuple canadien » en son entier, et les articles 4.1 et 5 du Règlement recourent, pour énoncer le pouvoir discrétionnaire de délivrer des permis, à des termes relativement restrictifs. Les dispositions législatives concernées s'articulent toutes autour du parc et non de caractéristiques personnelles du titulaire de permis. Le mieux qu'on puisse dire, c'est que l'autorité subordonnée qui délivre des permis peut, par voie de conséquence nécessaire, évaluer les qualités et compétences des demandeurs de permis individuels en vue d'établir s'ils peuvent réaliser les fins visées par la législation. Aucune disposition législative ne dénote toutefois une intention quelconque d'autoriser le directeur à écarter ou restreindre une catégorie entière de demandeurs sur le fondement de leur race ou de la taille de leur commerce. Les dispositions législatives en cause n'ont pas cette portée, et on ne peut faire transmigration dans la Loi les buts visés par la *Loi sur la concurrence*.

ANALYSE

[7] Il est indiqué de formuler certaines observations préliminaires.

[8] L'argumentation de Moresby s'appuie sur des principes d'impartialité et de compétence du droit administratif, et non sur des motifs liés aux droits de la personne ou aux droits à l'égalité. Par conséquent, la question des motifs de discrimination illicites n'est pas soulevée en l'espèce, comme Moresby prétend qu'établir des distinctions entre des commerces pour quelque motif que ce soit, y compris la race, est *ultra vires* de la législation habilitante, et non pas que cela est contraire à la Charte ou à la *Loi canadienne sur les droits de la personne* [L.R.C. (1985), ch. H-6]. Les arguments de Moresby fondés sur la Charte ont été

the governing legislation to regulate the tour operator industry as it has.

[9] It is necessary at this stage to define more precisely what is at issue in the Haida Allocation Policy. In our original decision, we drew a distinction between the Business caps and the Haida Allocation Policy. Business caps were dealt with separately and were found to be legitimate. The allocation of quota between Haida and non-Haida tour operators was referred to as the Haida Allocation Policy. It is this policy only which we did not analyze on grounds of administrative discrimination. Because the legitimacy of the basis of distinction is not in issue, the question is simply whether the Superintendent has the legislative mandate to distinguish between, or to create, classes of businesses for licensing and regulatory purposes.

[10] While Moresby's arguments focus on the allocation of quota between Haida and non-Haida tour operators, the Haida Allocation Policy deals with three groups: independent visitors, Haida tour operators and non-Haida tour operators. Thus, the Policy fits within a broader policy of managing tourist access to the Park territory so as to preserve its natural and cultural heritage. The Park's carrying capacity is not a function of the availability of tour operators. It is the AMB's best assessment of the extent of the Park's ability to receive visitors without suffering degradation of its natural and cultural resources. To that extent, the fixing of the Park's carrying capacity is not a matter of the *National Parks of Canada Businesses Regulations*, SOR/98-455 [as am. by SOR/2002-370, s. 1] (the Regulations), but a matter of the management of the Park itself.

[11] The allocation of the Park's total carrying capacity between three groups is an allocation of Park access; in that sense, it is not an allocation of business

examinés dans notre décision initiale. La seule question dont nous sommes saisis est de savoir si le CGA, par l'entremise du directeur, était autorisé par la législation habilitante à réglementer comme il l'a fait l'industrie des voyageurs.

[9] Il est nécessaire à ce stade d'établir plus précisément ce qui est en question dans la Politique d'attribution de quotas aux Haïdas. Nous avons distingué, dans notre décision initiale, entre cette politique et les plafonds de visiteurs. Nous avons traité de manière distincte des plafonds de visiteurs, que nous avons conclu être légitimes. On a désigné la répartition de quotas entre voyageurs haïdas et non-haïdas comme étant la Politique d'attribution de quotas aux Haïdas, et c'est cette politique uniquement que nous n'avons pas analysée sous l'angle de la discrimination administrative. La légitimité de ce critère de distinction n'étant pas contestée, la question en litige est simplement de savoir si le directeur est mandaté ou non par la loi pour établir des distinctions entre des catégories de commerces, ou créer de telles catégories, à des fins de réglementation et d'octroi de permis.

[10] Bien que l'argumentation de Moresby soit axée sur la répartition de quotas entre les voyageurs haïdas et non-haïdas, la Politique d'attribution de quotas aux Haïdas vise en fait trois groupes: les utilisateurs indépendants, les voyageurs haïdas et les voyageurs non-haïdas. La politique s'inscrit ainsi au sein d'une politique plus générale de gestion de l'accès des touristes au territoire du parc de manière à en préserver le patrimoine naturel et culturel. La capacité d'utilisation du parc n'est pas fonction de la disponibilité de voyageurs, mais plutôt de l'aptitude à recevoir des visiteurs dans le parc, selon l'appréciation raisonnable du CGA, sans porter atteinte à ses ressources naturelles et culturelles. À ce titre, l'établissement de la capacité d'utilisation du parc n'est pas une question relevant du *Règlement sur l'exploitation de commerces dans les parcs nationaux du Canada*, DORS/98-455 [mod. par DORS/2002-370, art. 1] (le Règlement), mais plutôt une question liée à l'administration du parc en tant que tel.

[11] La répartition entre trois groupes de la capacité totale d'utilisation constitue une attribution de l'accès au parc, ce n'est pas une attribution liée aux possibilités des

capacity. The one-third share of the Park access reserved for independent tourists is clearly a reservation of park access for those who choose not to rely upon tour operators for their access to the Park. The allocation of the remaining two-thirds of the Park's carrying capacity between two kinds of tour operators does draw a distinction between tour operators. It is the Superintendent's ability to draw that type of distinction which Moresby challenges.

[12] Moresby's memorandum puts its position as follows (at paragraph 8):

These Appellants do not challenge the "park use" restrictions represented by the overall annual visitor cap of 33,000 user-day/nights, the daily visitor cap of 300 visitors, and the group size per site cap of 12 visitors. These are rationally connected with park preservation purposes. However, the Appellants do challenge other restrictions which are aimed at the personal characteristics of the licensee, namely the restrictions on size of the licensee's business and the race or ancestry of the licensee.

[13] At paragraph 11 of Moresby's memorandum, the effect of the Haida Allocation Policy is described as follows:

In 1999, however, Parks Canada (through the AMB) established the Haida Allocation Policy which segregated the quota by barring access by non-Haida persons to the 11,000 user-days/nights which was reserved for Haida persons. The immediate effect of this was that non-Haida persons were no longer permitted to grow their business, whether by increased allotments or by pooling, until the total "non-Haida" quota allotments fell below 11,000. As the Court below held, since the total "non-Haida" quota allocation for 2004 was 13,778 there was no possibility for business growth if the licensee were a "non-Haida." Haida ancestry became a pre-condition to the allotment of new or increased quota. No sharing of Haida quota with non-Haida persons is allowed.

[14] In essence, Moresby is restricted in its ability to grow to the point of utilizing the full 2,500

voyagistes. En attribuant un tiers de l'accès au parc aux touristes indépendants, on réserve clairement une partie de cet accès à ceux qui préfèrent ne pas recourir aux services de voyagistes. En répartissant les deux tiers restants de la capacité d'utilisation du parc entre deux types de voyagistes, on fait cette fois bel et bien une distinction entre différents voyagistes. Ce que Moresby conteste, c'est le pouvoir du directeur d'établir ce type de distinction.

[12] Moresby énonce comme suit sa position dans son mémoire (au paragraphe 8):

[TRADUCTION]

Les appelants ne contestent pas les limites imposées à l'« utilisation du parc » sous la forme d'un plafond général de 33 000 jours/nuitées-utilisateurs par année, d'un plafond quotidien de 300 visiteurs et d'un plafond de groupe de 12 visiteurs par site. Ces limites ont un lien rationnel avec les fins visées de préservation du parc. Ce que les appelants contestent toutefois, ce sont d'autres restrictions se fondant sur des caractéristiques personnelles du titulaire de permis, à savoir la taille de son commerce ainsi que sa race ou son origine ancestrale.

[13] Au paragraphe 11 du mémoire de Moresby, on décrit ensuite comme suit l'effet de la Politique d'attribution de quotas aux Haïdas:

[TRADUCTION] En 1999, toutefois, Parcs Canada (par l'entremise du CGA) a établi la Politique d'attribution de quotas aux Haïdas, qui soumettait le quota à ségrégation interdisant aux non-Haïdas l'accès aux 11 000 jours/nuitées-utilisateurs réservés aux Haïdas. L'effet immédiat en a été que les non-Haïdas ne pouvaient plus faire croître leur entreprise, que ce soit au moyen de répartitions ou de regroupements, jusqu'à ce que soit descendu sous 11 000 le nombre total de jours/nuitées-utilisateurs du quota attribués aux « non-Haïdas ». Comme la cour de première instance l'a conclu, puisque le nombre total de jours/nuitées-utilisateurs était de 13 778 en 2004 quant au quota attribué aux « non-Haïdas », il n'y avait pas de possibilité de croissance pour l'entreprise d'un titulaire de permis si ce dernier était un « non-Haïda ». L'origine haïda est devenue ainsi une condition préalable à l'attribution d'un quota nouveau ou supérieur. Et il n'est pas permis de partager avec des non-Haïdas une partie du quota attribué aux Haïdas.

[14] Essentiellement, la capacité de croissance de Moresby est restreinte et elle ne peut atteindre son

user-days/nights cap by the fact that non-Haida operators must share the 11,000 user-days/nights quota allocated to them. If all tour operators were sharing the 22,000 user-days/nights reserved for tour operators, there would be excess capacity and Moresby could expand up to the 2,500 user-days/nights business cap.

[15] The problem raised by Moresby is simply one of competition for a limited resource. Any quota system carries within it the seeds of the problem of which Moresby complains. At some point, the demand for the subject of the quota system exceeds the total available quota. This, in and of itself, does not give rise to any remedy. If the quota system is lawful—we found that it is—then the resulting competition for user-days/nights is simply a normal consequence of a quota scheme.

[16] In this case, the problem is exacerbated by the fact that while there is unused quota reserved for non-existent businesses (Haida tour operators), the existing tour operators cannot expand their businesses because the quota reserved for them is oversubscribed. The elimination of the Haida/non-Haida distinction would provide some immediate relief for non-Haida tour operators but the same problem will recur when demand for park access exceeds the quota allocated to tour operators.

[17] Furthermore, once Moresby reaches the individual Business cap of 2,500 user-days/nights per year, it will not benefit from the availability of additional quota for non-Haida tour operators. Its growth will be constrained by the 2,500 user-days/nights Business cap which we have also found to be valid.

[18] Seen in this light, Moresby's complaint about discrimination on the basis of business size is without merit. The 2,500 user-days/nights Business cap ensures that all businesses will remain small businesses even though some will be larger and more successful than

plafond individuel de 2 500 jours/nuitées-utilisateurs du fait que les voyageurs non-haïdas ne peuvent se partager entre eux que le quota de 11 000 jours/nuitées-utilisateurs qui leur a été attribué. Si tous les voyageurs pouvaient se partager les 22 000 jours/nuitées-utilisateurs réservés aux voyageurs, la capacité d'utilisation totale ne serait pas atteinte et Moresby pourrait faire croître son entreprise à concurrence de son plafond de visiteurs de 2 500 jours/nuitées-utilisateurs.

[15] Le problème soulevé par Moresby en est simplement un de concurrence à l'égard d'une ressource restreinte. Tout système de quotas est susceptible par nature d'engendrer le problème dont se plaint Moresby. À un certain stade, la demande pour l'objet d'un tel système dépasse le quota total disponible. Cela, en soi, ne donne pas droit à réparation. Si le système de quotas est licite—et nous avons conclu qu'il l'est —, la concurrence qui en résulte pour les jours/nuitées-utilisateurs en constitue une conséquence normale.

[16] En l'espèce, le problème est plus irritant du fait que, alors qu'un quota réservé pour des commerces inexistants (les voyageurs haïdas) demeure inutilisé, les voyageurs en activité ne peuvent faire croître leur entreprise parce que le quota qui leur est réservé est, lui, tout utilisé. L'élimination de la distinction faite entre voyageurs haïdas et voyageurs non-haïdas remédierait dans l'immédiat à la situation de ces derniers, mais le même problème réapparaîtrait lorsque la demande pour l'accès au parc excéderait dans l'avenir le quota attribué à l'ensemble des voyageurs.

[17] En outre, une fois atteint son plafond individuel de 2 500 jours/nuitées-utilisateurs, Moresby ne pourra tirer profit de tout quota additionnel réservé aux voyageurs non-haïdas qui serait disponible. Sa croissance restera restreinte par son plafond de visiteurs individuel de 2 500 jours/nuitées-utilisateurs, que nous avons également jugé être valide.

[18] Dans cette perspective, l'allégation de discrimination en fonction de la taille du commerce portée par Moresby est sans fondement. Le plafond individuel de 2 500 jours/nuitées-utilisateurs vise à assurer que toutes les entreprises demeureront de petite

others. Every successful tour operator business in the Park will eventually run up against the 2,500 user-days/nights Business cap. There is no discrimination on the basis of business size. The growth of all tour operators, Haida and non-Haida alike, is constrained by the 2,500 user-days/nights Business cap.

[19] The only question remaining is whether the Superintendent has the legislative authority to distinguish between, or to create, different classes of businesses. An analogous issue was raised in *Sunshine Village Corp. v. Canada (Parks)*, [2004] 3 F.C.R. 600 (F.C.A.) (*Sunshine Village Corp.*), where Sunshine Village argued that setting building permit fees in Banff and Jasper National Parks at a higher rate than in other national parks was unlawful discrimination as it was *ultra vires* the Governor in Council. The Trial Division of the Federal Court of Canada (as it then was) accepted Sunshine Village's argument and held that the differential setting of business fees was discriminatory (in the administrative law sense) and was not authorized expressly or by necessary implication by the governing legislation: see *Sunshine Village Corp. v. Canada (Parks)*, [2003] 4 F.C. 459 (T.D.).

[20] This Court allowed the Crown's appeal on the basis that the legislation authorizing the making of the Regulations which were allegedly discriminatory was broad enough to permit the Governor in Council to draw distinctions between users of different national parks. The Court distinguished the situation before it from the usual rule in municipal law cases, where discriminatory by-laws are prohibited, as follows (*Sunshine Village Corp.* (F.C.A.), at paragraphs 18 and 22):

Unlike the historic practice of the provinces granting specific powers to municipalities, these words, on their face, confer broad authority on the Governor in Council. There is no indication that they are subject to any limitation. The Court must take the statute as it finds it. In the absence of limiting words in the statute, the Court will not read in limitations.

taille, même si certaines pourront être de plus grande envergure que d'autres et avoir davantage de succès. Tout voyageur ayant du succès dans le parc se heurtera éventuellement au plafond de visiteurs de 2 500 jours/nuitées-utilisateurs. Il n'y a là aucune discrimination fondée sur la taille du commerce. La croissance de tous les voyageurs en effet, haïdas ou non-haïdas, se trouvera arrêtée par ce plafond de visiteurs.

[19] La seule question qu'il reste à trancher est de savoir si la législation autorise le directeur à établir des distinctions entre différentes catégories de commerces, ou à créer de telles catégories. Une question analogue a été soulevée dans l'affaire *Sunshine Village Corp. c. Canada (Parcs)*, [2004] 3 R.C.F. 600 (C.A.F.) (*Sunshine Village Corp.*), où Sunshine Village soutenait que la fixation de droits pour un permis de construire plus élevés à l'égard des parcs nationaux de Banff et Jasper qu'à l'égard d'autres parcs nationaux constituait de la discrimination illicite, cette mesure étant *ultra vires* du gouverneur en conseil. La Section de première instance de la Cour fédérale du Canada (sa désignation à l'époque) a admis l'argument de Sunshine Village et a statué que la fixation de droits différents était discriminatoire (au sens du droit administratif) et n'était pas autorisée, expressément ou par déduction nécessaire, par la législation habilitante (*Sunshine Village Corp. c. Canada (Parcs)*, [2003] 4 C.F. 459 (1^{re} inst.)).

[20] Notre Cour d'appel a accueilli l'appel de la Couronne, au motif que la loi autorisant la prise du règlement prétendument discriminatoire conférait ce pouvoir en des termes suffisamment généraux pour que le gouverneur en conseil puisse établir des distinctions entre les utilisateurs de parcs nationaux différents. La Cour d'appel a distingué comme suit la situation en cause de la règle habituelle dans les affaires de droit municipal, qui interdit les règlements discriminatoires (*Sunshine Village Corp.*, (C.A.F.), aux paragraphes 18 et 22):

Contrairement à la pratique traditionnelle des provinces consistant à accorder aux municipalités des pouvoirs particuliers, ces mots confèrent à première vue un pouvoir général au gouverneur en conseil. Il n'apparaît pas qu'ils soient de quelque façon limités. La Cour doit prendre le texte tel qu'il existe. En l'absence de mots restrictifs dans le texte, la Cour n'y présumera l'existence d'aucune limite.

...

[...]

The courts have historically required express or necessarily implied authorization in municipalities' governing statutes before the municipalities will be allowed to enact discriminatory by-laws. Conversely, when Parliament confers regulation-making authority on the Governor in Council in general terms, in respect of fees for Crown services, the courts approach the review of such regulations in a deferential manner. That is simply a matter of interpreting, in context, the words Parliament has used in accordance with their ordinary and grammatical meaning.

Les tribunaux ont toujours exigé une autorisation expresse ou nécessairement implicite dans les lois organiques des municipalités avant que celles-ci ne soient autorisées à prendre des règlements discriminatoires. Inversement, lorsque le législateur confère un pouvoir de réglementation au gouverneur en conseil en des termes généraux, en ce qui concerne les droits applicables aux services fournis par l'État, c'est avec retenue et circonspection que les tribunaux s'appliqueront à analyser la validité de tels règlements. Il s'agira simplement d'interpréter, dans leur contexte, les mots que le législateur a employés, d'une manière qui s'accorde avec leur sens ordinaire et grammatical.

[21] Since there was no limitation in the governing legislation restricting the Governor in Council's power to set different scales for building fees in different parks, the Court was not prepared to read them in. The situation is therefore the exact opposite of that which prevails in municipal law where discrimination is prohibited unless it is expressly allowed. In the context of legislation conferring broad regulation-making power on the Governor in Council, discrimination (in the administrative law sense) is permitted unless it is expressly prohibited.

[21] Comme la législation habilitante ne restreignait aucunement le pouvoir du gouverneur en conseil d'établir des barèmes de droits différents pour les permis de construire dans des parcs différents, la Cour d'appel n'était pas disposée à interpréter cette législation comme comportant de telles restrictions. Cette situation est ainsi exactement contraire à celle qui prévaut en droit municipal, où la discrimination est interdite à moins qu'elle ne soit expressément autorisée. Lorsqu'on a plutôt affaire à une législation conférant au gouverneur en conseil un pouvoir général de prise de règlements, la discrimination (au sens du droit administratif) est autorisée à moins qu'elle ne soit expressément prohibée.

[22] Similar views were expressed in *Aerlinte Eireann Teoranta v. Canada (Minister of Transport)* (1990), 68 D.L.R. (4th) 220 (F.C.A.) (*Aerlinte Eireann Teoranta*) where the issue was landing fees at airports. Higher fees were charged at some airports than at others. This Court upheld the Governor in Council's right to charge different fees at different airports. In the course of upholding the Trial Judge's decision [[1987] 3 F.C. 383 (T.D.)], Heald J.A. said (*Aerlinte Eireann Teoranta*, at page 228):

[22] Des vues semblables ont été exprimées dans l'arrêt *Aerlinte Eireann Teoranta c. Canada (Ministre des Transports)* (1990), 68 D.L.R. (4th) 220 (C.A.F.) (*Aerlinte Eireann Teoranta*), où le litige portait sur des taxes d'aéroport d'arrivée. Dans certains aéroports des taxes plus élevées que dans d'autres étaient exigées. Dans cette affaire, notre Cour d'appel a reconnu le droit du gouverneur en conseil d'exiger des taxes différentes dans des aéroports différents. Tout en confirmant la décision du juge de première instance [[1987] 3 C.F. 383 (1^{re} inst.)], le juge Heald a déclaré ce qui suit (*Aerlinte Eireann Teoranta*, à la page 228):

I also agree with him that: "The power to make regulations prescribing charges for use of facilities and services without further fetter, is the power to establish categories of users."

Je suis également d'accord avec lui pour dire que: « Le pouvoir d'établir des règlements prescrivant une taxe pour l'utilisation d'installations et de services sans entraves comporte le pouvoir de créer des catégories d'usagers. »

[23] In this case, we are not dealing with a challenge to the Governor in Council's regulation-making power,

[23] On conteste en l'espèce non pas le pouvoir du gouverneur en conseil de prendre le Règlement, mais

but rather with the exercise of the power conferred upon the Superintendent by those Regulations. The respondent alleges (at paragraph 46 of the Attorney General's factum) that because the object of Moresby's challenge is a policy adopted pursuant to the Regulations rather than the Regulations themselves, the application cannot succeed, since mere policies (as opposed to decisions based on policies) are not subject to review.

[24] The grounds on which a policy may be challenged are limited. Policies are normally afforded much deference; one cannot, for example, mount a judicial challenge against the wisdom or soundness of a government policy (*Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2, at pages 7-8). This does not, however, preclude the Court from making a determination as to the legality of a given policy (*Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735, at pages 751-752; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, at page 140). Because illegality goes to the validity of a policy rather than to its application, an illegal policy can be challenged at any time; the claimant need not wait till the policy has been applied to his or her specific case (*Krause v. Canada*, [1999] 2 F.C. 476 (C.A.), at paragraph. 16).

[25] Turning to the merits, section 16 of the *Canada National Parks Act* [S.C. 2000, c. 32] authorizes the Governor in Council to make regulations as follows:

16. (1) The Governor in Council may make regulations respecting

...

(n) the control of businesses, trades, occupations, amusements, sports and other activities or undertakings, including activities related to commercial ski facilities referred to in section 36, and the places where such activities and undertakings may be carried on;

[26] The Regulations deal with the control of business through the licensing process. The material provisions are as follows [sections 4.1 (as enacted by

plutôt l'exercice du pouvoir conféré par le Règlement au directeur. L'intimé allègue (au paragraphe 46 du mémoire du procureur général) que, puisque l'objet de la contestation de Moresby est une politique adoptée en vertu du Règlement et non le Règlement lui-même, la demande ne peut être accueillie, les simples politiques (par opposition aux décisions se fondant sur des politiques) n'étant pas susceptibles d'examen.

[24] Les motifs possibles de contestation d'une politique sont restreints. On fait habituellement preuve d'une grande retenue à l'égard des politiques; il n'est ainsi pas loisible de soumettre à examen judiciaire la sagesse ou le bien-fondé d'une politique gouvernementale (*Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2, aux pages 7 et 8). La Cour peut toutefois statuer sur la légalité d'une politique donnée (*Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735, aux pages 751 et 752; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, à la page 140). Parce que l'illégalité a trait à la validité d'une politique plutôt qu'à son application, une politique illégale peut être contestée en tout temps; le demandeur n'a pas à attendre que la politique ait été appliquée à son cas particulier (*Krause c. Canada*, [1999] 2 C.F. 476 (C.A.), au paragraphe 16).

[25] Quant au fond maintenant de l'affaire, l'article 16 de la *Loi sur les parcs nationaux du Canada* [L.C. 2000, ch. 32] autorise le gouverneur en conseil à prendre des règlements concernant ce qui suit:

16. (1) Le gouverneur en conseil peut prendre des règlements concernant:

[...]

n) la réglementation des activités—notamment en matière de métiers, commerces, affaires, sports et divertissements—, telles que, entre autres, les activités relatives aux installations commerciales de ski visées à l'article 36, y compris en ce qui touche le lieu de leur exercice;

[26] Le Règlement traite pour sa part du contrôle de l'exploitation de commerces au moyen de la délivrance de permis. Les dispositions pertinentes en sont les

SOR/2002-370, s. 5), 5 (as am. *idem*, s. 10(F))]:

4.1 The superintendent may, on application by a person in accordance with section 4, and having regard to the matters to be considered under subsection 5(1), issue a licence to that person to carry on the business indicated in the application.

5. (1) In determining whether to issue a licence and under what terms and conditions, if any, the superintendent shall consider the effect of the business on

- (a) the natural and cultural resources of the park;
- (b) the safety, health and enjoyment of persons visiting or residing in the park;
- (c) the safety and health of persons availing themselves of the goods or services offered by the business; and
- (d) the preservation, control and management of the park.

(2) The superintendent must set out as terms and conditions in a licence

- (a) the types of goods and services that will be offered by the business; and
- (b) the address, if any, at which, or a description of the area in the park in which, the business is to be carried on.

(3) Depending on the type of business, the superintendent may, in addition to the terms and conditions mentioned in subsection (2), set out in a licence terms and conditions that specify

- (a) the hours of operation;
- (b) the equipment that shall be used;
- (c) the health, safety, fire prevention and environmental protection requirements; and
- (d) any other matter that is necessary for the preservation, control and management of the park.

[27] The regulation-making power found in the *Canada National Parks Act* contains no limitation which would prohibit the drawing of distinctions between various classes of businesses. The Regulations promulgated pursuant to that power deal with the regulation of business by means of the licensing power.

suyvantes [articles 4.1 (édicte par DORS/2002-370, art. 5), 5 (mod., *idem*, art. 10(F))]:

4.1 Le directeur peut, sur présentation d'une demande conforme à l'article 4 et après avoir pris en considération les éléments mentionnés au paragraphe 5(1), délivrer un permis visant l'exploitation du commerce mentionné dans la demande.

5. (1) Le directeur doit, pour décider s'il y a lieu de délivrer un permis et, le cas échéant, en déterminer les conditions, prendre en considération les conséquences de l'exploitation du commerce sur les éléments suivants:

- a) les ressources naturelles et culturelles du parc;
- b) la sécurité, la santé et l'agrément des visiteurs et des résidents du parc;
- c) la sécurité et la santé des personnes qui se prévalent des biens ou services offerts par le commerce;
- d) la préservation, la surveillance et l'administration du parc.

(2) Le directeur doit indiquer à titre de condition dans le permis:

- a) les types de biens et services qu'offrira le commerce;
- b) l'adresse du commerce, le cas échéant, ou une description des lieux du parc où il sera exploité.

(3) Compte tenu du type de commerce visé, le directeur peut, en sus des conditions visées au paragraphe (2), assortir le permis de conditions portant sur ce qui suit:

- a) les heures d'ouverture;
- b) l'équipement à utiliser;
- c) les exigences visant la santé, la sécurité, la prévention des incendies et la protection de l'environnement;
- d) tout autre élément nécessaire à la préservation, à la surveillance et à l'administration du parc.

[27] Le pouvoir de prise de règlements prévu dans la *Loi sur les parcs nationaux du Canada* n'est assorti d'aucune restriction qui empêcherait d'établir des distinctions entre diverses catégories de commerces. Le Règlement promulgué en vertu de ce pouvoir traite de la réglementation de commerces grâce au pouvoir de

That power is very broad. The Regulations do not contain any explicit limitation on the Superintendent's power to distinguish between classes of businesses. In fact, subsection 5(3) permits the Superintendent to impose conditions on a business licence which depend upon the type of business. Those conditions include matters related to "the preservation, control and management of the park." I have no difficulty concluding that the legislation and the Regulations are sufficiently broad to permit the Superintendent to impose conditions on business licences which vary with the kind of business.

[28] Moresby's argument is that it is one thing to distinguish between a hardware store and a restaurant but quite another to distinguish between a Haida-owned business and a non-Haida-owned business. The nature of the business being regulated may require special conditions to be imposed; the personal characteristics of the owner of the business do not impose a similar requirement. In fact, given human rights legislation and the equality provisions of the Charter, conditions or limitations based on race are generally contrary to public policy.

[29] In my view, the question of administrative discrimination resolves itself as follows. The regulation-making power conferred upon the Governor in Council by the *Canada National Parks Act* is not limited so as to prohibit discrimination between classes of business. Thus the Governor in Council is competent to promulgate regulations which authorize discrimination (in the administrative law sense) between individuals and businesses. This, in itself, sets the present case apart from the municipal law cases relied upon by Moresby where the delegated authority, the municipal council, lacks the power to discriminate unless it is specifically conferred by the legislation.

[30] The Regulations passed by the Governor in Council contemplate distinctions being drawn between

délivrer des permis. Ce pouvoir est très général, et le Règlement ne prévoit aucune restriction expresse du pouvoir du directeur d'établir des distinctions entre diverses catégories de commerces. Au contraire, le paragraphe 5(3) autorise le directeur à assortir un permis d'exploitation de commerce de conditions qui tiennent compte du type de commerce visé. Parmi ces conditions, en outre, on compte les éléments nécessaires « à la préservation, à la surveillance et à l'administration du parc ». Je n'ai donc aucun mal à conclure que la Loi et le Règlement sont suffisamment généraux pour permettre au directeur d'assortir les permis d'exploitation de conditions qui varient selon le type de commerce visé.

[28] Selon l'argumentation de Moresby, c'est une chose que d'établir des distinctions entre une quincaillerie et un restaurant, mais une toute autre chose que d'en établir entre un commerce qui appartient à un Haïda et un commerce qui appartient à un non-Haïda. La nature du commerce réglementé pourrait rendre nécessaire l'établissement de conditions particulières; les caractéristiques personnelles du propriétaire du commerce ne le pourraient pas. D'ailleurs, compte tenu de la législation sur les droits de la personne et des dispositions sur les droits à l'égalité de la Charte, des conditions ou des restrictions fondées sur la race seront généralement considérées contraires à l'intérêt public.

[29] La question de la discrimination administrative se règle, à mon avis, de la façon que je vais maintenant exposer. Le pouvoir de prise de règlements conféré au gouverneur en conseil par la *Loi sur les parcs nationaux du Canada* n'est pas restreint de manière à empêcher l'établissement de distinctions entre différentes catégories de commerces. Le gouverneur en conseil a ainsi compétence pour promulguer en l'occurrence des règlements qui autorisent la discrimination (au sens administratif) entre différentes personnes et différents commerces. Cet élément à lui seul permet de différencier la présente affaire des affaires de droit municipal invoquées par Moresby où l'autorité déléguée, le conseil municipal, ne dispose pas du pouvoir de discriminer, à moins que la législation ne le lui ait expressément conféré.

[30] Le Règlement pris par le gouverneur en conseil prévoit que des distinctions peuvent être établies entre

businesses, but not, says Moresby, the type of distinction being drawn in this case. As noted earlier, administrative law discrimination deals with drawing distinctions, as opposed to the basis on which such distinctions are drawn. Unless the distinction drawn by the Superintendent can be shown to be contrary to public policy, there is nothing in the Regulations which would preclude the type of distinction being drawn here. In the end the question is whether the allocation of access to the Park between Haida and non-Haida tour operators is contrary to public policy.

[31] Public policy takes its color from the context in which it is invoked. Discrimination on the basis of race is contrary to public policy when the discrimination simply reinforces stereotypical conceptions of the target group. However, there is legislative support for the proposition that discrimination designed to ameliorate the condition of a historically disadvantaged group is acceptable. See, for example, section 16 [as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 16] of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, where Parliament authorizes the adoption of special programs designed to prevent or reduce disadvantages suffered by groups when those disadvantages are based on prohibited grounds of discrimination. See also the *Employment Equity Act*, S.C. 1995, c. 44, which mandates programs designed to increase the representation of visible and other minorities in the workplace. Even the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* contains a reservation at subsection 15(2) to the effect that the constitutional guarantee of equality “does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups”. Consequently, the proposition that discrimination based on race is contrary to public policy is too broad. Discriminatory provisions designed to ameliorate the condition of the historically disadvantaged are not contrary to public policy.

[32] The rationale given for the Haida Allocation Policy is found at paragraph 45 of the affidavit of Anna Gadja, sworn March 28, 2004 (Tab 6—compendium of

divers commerces, mais pas, selon Moresby, le type de distinction qui a été faite en l’espèce. Or comme il a été dit, ce qu’on examine en droit administratif en matière de discrimination c’est l’établissement de distinctions, et non pas le motif pour lequel une distinction est faite. Ainsi, à moins qu’on puisse démontrer que la distinction établie par le directeur est contraire à l’intérêt public, rien dans le Règlement ne pourrait faire obstacle au type de distinction dont il est question en l’espèce. En dernière analyse, la question à trancher est de savoir si la répartition de l’accès au parc entre voyagistes haïdas et non-haïdas est contraire ou non à l’intérêt public.

[31] Le concept d’intérêt public s’harmonise au contexte dans lequel on l’invoque. La discrimination fondée sur la race est contraire à l’intérêt public lorsqu’elle vient simplement renforcer des caractéristiques stéréotypées que l’on prête à un groupe. Diverses dispositions législatives permettent toutefois de faire valoir que la discrimination visant à améliorer la situation d’un groupe historiquement désavantagé est acceptable. Par exemple, le législateur autorise par l’article 16 [mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 16] de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, l’adoption de programmes spéciaux destinés à prévenir ou diminuer les désavantages que subit un groupe d’individus pour des motifs illicites de distinction. On peut penser également à la *Loi sur l’équité en matière d’emploi*, L.C. 1995, ch. 44, qui prescrit l’adoption de programmes visant à accroître la proportion au sein de la main-d’œuvre des personnes faisant partie de minorités, visibles ou non. La *Charte canadienne des droits et libertés* elle-même, au paragraphe 15(2), établit comme réserve que la garantie constitutionnelle des droits à l’égalité « n’a pas pour effet d’interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d’individus ou de groupes défavorisés ». L’on ne peut par conséquent soutenir de manière générale que la discrimination fondée sur la race est contraire à l’intérêt public. Les dispositions discriminatoires visant à améliorer la situation de personnes historiquement désavantagées, en effet, ne sont pas contraires à cet intérêt public.

[32] La raison d’être de la Politique d’attribution de quotas aux Haïdas est expliquée comme suit, au paragraphe 45 de l’affidavit souscrit le 28 mars 2004 par

evidence of the respondent Attorney General of Canada) where the following appears:

One of the principal reasons for setting aside a portion of the overall allocation for Haida commercial tour operators was that Haida businesses had been “frozen out” of the Park Reserve by the AMB following the introduction of the business licensing system in 1996 and the decision not to license any new businesses. That was not the case in 1993, at the time the Gwaii Haanas Agreement was created, and the Agreement does not speak to that issue directly. Given the spirit of the Gwaii Haanas Agreement, under which both parties share and cooperate in the planning, operation, and management of the Archipelago, it was decided by the AMB to correct this inadvertent circumstance whereby the Haida had been “frozen out” of opportunities to participate in commercial tour operations in Gwaii Haanas by creating a separate Haida allocation pool.

[33] The “freezing out” of Haida businesses to which Ms. Gadja refers was the result of the AMB decision to freeze tour operations in the Park at the time that the business licensing system was introduced. As there was only one Haida tour operator at the time (which subsequently lost its licence for inactivity), the Haida were effectively precluded from acquiring tour operator licences by the AMB’s own policy.

[34] A further consideration in the decision to allocate one-third of the available quota to Haida tour operators appears in the affidavit of Ernie Gladstone, sworn April 1, 2004 (Tab 15—compendium of evidence of the Attorney General of Canada) (at paragraph 11):

Given the importance of Haida culture to the Park Reserve and to the visitor experience, the AMB considered the possibility of a complete lack of Haida participation in the conducting of commercial tours in the Park Reserve to be unacceptable, as this would have resulted in a considerable void in the interpretation of the area’s natural and cultural heritage.

[35] This is squarely within the mandate given to the Superintendent by paragraphs 5(1)(a) and (d) of the Regulations.

Anna Gadja (onglet 6—recueil de la preuve du procureur général du Canada, intimé):

[TRADUCTION] L’un des principaux motifs de la mise en réserve au profit des voyageurs commerciaux haïdas d’une partie du quota global c’était que le CGA avait « exclu » les commerces haïdas dans la réserve du parc après l’instauration du système de délivrance de permis en 1996 et la décision de n’accorder de permis à aucun nouveau commerce. Telle n’était pas la situation en 1993 à l’adoption de l’Entente sur Gwaii Haanas, et l’Entente ne traite pas de cette question directement. Compte tenu de l’esprit de l’Entente sur Gwaii Haanas, voulant que les deux parties assument ensemble et en collaboration les responsabilités de planification, d’exploitation et d’administration à l’égard de l’Archipel, le CGA a décidé de remédier au « gel » par inadvertance des occasions pour les Haïdas d’exercer des activités de voyageurs commerciaux à Gwaii Haanas en leur réservant une part distincte du quota attribué.

[33] L’exclusion des commerces Haïdas mentionnée par M^{me} Gadja a découlé de la décision prise par le CGA de « geler » les activités de voyageurs au parc au moment de l’instauration du système de délivrance de permis pour l’exploitation de commerces. Comme il n’y avait à l’époque qu’un voyageur (qui a par la suite perdu son permis pour motif d’inactivité) qui était un Haïda, les Haïdas ont ainsi été empêchés dans les faits d’acquérir des permis de voyageurs en raison de la propre politique du CGA.

[34] Une autre raison pour laquelle on a attribué un tiers du quota disponible aux voyageurs haïdas est mentionnée dans l’affidavit d’Ernie Gladstone, souscrit le 1^{er} avril 2004 (onglet 15—recueil de la preuve du procureur général du Canada) (au paragraphe 11):

[TRADUCTION] Étant donné l’importance de la culture haïda pour la réserve du parc et pour l’expérience vécue par le visiteur, le CGA a jugé inacceptable la possibilité qu’aucun Haïda n’exerce des activités de voyageur commercial dans la réserve du parc. Il y aurait sinon eu une grande lacune dans l’interprétation du patrimoine naturel et culturel de la région.

[35] Cela cadre parfaitement avec le mandat conféré au directeur en vertu des alinéas 5(1)a) et d) du Règlement.

[36] In the end result, I conclude that the Regulations authorize the Superintendent to discriminate between classes of businesses and that the distinction drawn on the racial or ethnic origin of the owners of commercial tour businesses is not a distinction which is void on public policy grounds.

[37] It follows from this that Moresby's argument with respect to administrative discrimination fails. As a result, I would dismiss Moresby's appeal.

CONCLUSION

[38] In conclusion, I am of the view that the distinction drawn by the Superintendent, acting through the AMB, between Haida and non-Haida tour operators is not *ultra vires* the Superintendent on the basis that it results in discrimination between classes of businesses which is not authorized by the governing legislation. In my view, the Regulations are wide enough to include the power to draw such distinctions or, following this Court's decision in *Sunshine Village Corp.*, there is nothing in the Act or the Regulations which would prohibit such a distinction.

[39] I would therefore dismiss this aspect of the appeal. This decision, taken with our decision with respect to the balance of the issues, would lead me to dismiss the whole of Moresby's appeal.

NADON J.A.: I agree.

SHARLOW J.A.: I agree.

[36] J'en arrive ainsi à la conclusion que le Règlement autorise le directeur à établir des distinctions entre différentes catégories de commerces, et que la distinction établie en fonction de l'origine raciale ou ethnique des propriétaires d'entreprises voyagistes n'est pas une distinction invalide parce que contraire à l'intérêt public.

[37] Il s'ensuit que l'argumentation de Moresby relative à la discrimination administrative ne peut être retenue. Je rejetterais par conséquent l'appel de Moresby.

DISPOSITIF

[38] À mon avis, en conclusion, la distinction établie par le directeur, par l'entremise du CGA, entre les voyagistes haïdas et non-haïdas n'est pas *ultra vires* du directeur du fait qu'elle constituerait une discrimination opérée entre des catégories de commerces que n'autorise pas la législation habilitante. J'estime que la portée du Règlement est suffisamment générale pour inclure le pouvoir d'établir de telles distinctions, ou sinon encore, suivant en cela la décision *Sunshine Village Corp.* de notre Cour d'appel, que rien dans la Loi ou le Règlement n'interdirait qu'on fasse de telles distinctions.

[39] Je rejetterais par conséquent cet aspect de l'appel. Cette décision, combinée à notre décision quant au reste des questions en litige, me conduirait à rejeter l'appel de Moresby en son entier.

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

LA JUGE SHARLOW, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.

IMM-2281-06
2007 FC 558

IMM-2281-06
2007 CF 558

Rupinder Kaur Dehar, Balkar Singh Dehar, Baljit Kaur Dehar, Gurinder Dehar (*Applicants*)

Rupinder Kaur Dehar, Balkar Singh Dehar, Baljit Kaur Dehar, Gurinder Dehar (*demandeurs*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration (*Respondent*)

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

INDEXED AS: DEHAR v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (F.C.)

RÉPERTORIÉ : DEHAR c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (C.F.)

Federal Court, de Montigny J.—Toronto, May 22; Ottawa, May 28, 2007.

Cour fédérale, juge de Montigny—Toronto, 22 mai; Ottawa, 28 mai 2007.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent Residents — Judicial review of immigration officer's deletion of sister from father's application for permanent residence as dependent child — Interpretation of definition of "dependent child" in Immigration and Refugee Protection Regulations (Regulations), s. 2 — Although over 22 when application filed, sister included on sponsorship application because full-time student, financially dependent on parents — Later marrying, divorcing — To qualify as dependent child, applicant must be either unmarried, not common-law partner under 22 or, if substantially dependent on parents since before 22, or if married before 22, has been full-time student at accredited institution since becoming spouse — Therefore, pursuant to Regulations, s. 2(b)(i), becoming spouse, common-law partner after 22 is disqualifying characteristic — Also, s. 2(b)(ii) clearly referring either to unmarried child who meets other requirements or child who married before 22 but also meeting financial, educational requirements — Since sister marrying after 22, officer correctly deleting her from father's application for permanent residence since not "dependent child" — However, decision sister not attending full-time classes unreasonable since not referring to any evidence, not explaining conclusions — Moreover, affidavit evidence respondent submitted not given great weight since providing new line of reasoning for deletion not reflected in officer's interview notes, decision letter — Question certified regarding how marriage at over 22 affecting status as "dependent child" under Regulations — Application dismissed.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'agent d'immigration a supprimé le nom de la sœur à titre d'enfant à charge de la demande de résidence permanente de son père — Interprétation de la définition d'« enfant à charge » à l'art. 2 du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés (le Règlement) — Même si la sœur avait plus de 22 ans lorsque la demande a été déposée, elle figurait dans la demande de parrainage parce qu'elle était une étudiante à temps plein qui dépendait du soutien financier de ses parents — Par la suite, elle s'est mariée et a divorcé — Pour être considéré un enfant à charge, le requérant doit soit être âgé de moins de 22 ans et ne pas être un époux ou un conjoint de fait, soit, s'il est un étudiant qui n'a pas cessé de dépendre, pour l'essentiel, du soutien financier de ses parents à compter du moment où il a atteint l'âge de 22 ans ou s'il est devenu, avant cet âge, un époux ou conjoint de fait, il doit être inscrit dans un établissement accrédité — Par conséquent, selon l'art. 2b)(i) du Règlement, le fait de devenir un époux ou un conjoint de fait après avoir atteint l'âge de 22 ans rend une personne inadmissible — En outre, l'art. 2b)(ii) vise manifestement l'enfant qui n'est pas marié et qui répond aux autres exigences ou l'enfant qui s'est marié avant d'avoir atteint l'âge de 22 ans, mais qui répond aussi aux exigences en matière de soutien financier et d'études — Comme la sœur s'est mariée après avoir atteint l'âge de 22 ans, l'agent avait raison de supprimer son nom de la demande de résidence permanente de son père parce qu'elle ne répondait pas à la définition d'« enfant à charge » — Cependant, la décision selon laquelle la sœur ne suivait pas des cours à temps plein était déraisonnable parce qu'elle ne faisait pas référence à des éléments de preuve et ne fournissait pas d'explications quant à la conclusion — De plus, la Cour n'a pas accordé beaucoup de poids à la preuve par affidavit du défendeur parce qu'elle constituait un

This was an application for judicial review of an immigration officer's decision to delete the applicant's sister from her father's application for permanent residence as a dependent child. Gurinder Dehar applied to sponsor his parents for permanent residence in Canada. Although his sister Rupinder was over 22 years old when the application was filed on November 29, 2005, she was included on the sponsorship application because she was a full-time student financially dependent on her parents. She later married and divorced. In his decision letter, the visa offer stated that the sister did not meet the definition of "dependent child" in section 2 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* (Regulations) because she got married after turning 22 and because since 2003, she had been enrolled in a distance-learning program and therefore was not considered to be attending a full-time, regular course on a continuous basis as set out in the legislation. However, the affidavit evidence indicated another reason: that there was no evidence that the Institute of Management and Information Technology (ICAI) where the sister was studying was accredited by the relevant government authority as required by the legislation. According to the affidavit, that, in addition to the fact that she was enrolled in a distance learning program resulted in her not meeting the educational requirements.

The issues were whether the officer erred (1) in interpreting the definition of "dependent child" as excluding a person who was married after 22; and (2) in finding that the sister had not been attending a full-time, regular course on a continuous basis.

Held, the application should be dismissed.

(1) The legislation sets out very specific qualifying characteristics for a dependent child. An applicant must be either under 22 and not a spouse or common-law partner, or, if the applicant has depended substantially on the support of the parents since before turning 22, or if the child became a spouse before the age of 22, since becoming a spouse, has been a full-time student at an accredited institution, he or she may qualify as a dependent child. Becoming a spouse or common-law partner after turning 22 is a disqualifying characteristic. There is no category of dependency for a

raisonnement entièrement nouveau qui ne correspondait pas à ce qu'on trouvait dans les notes ou la lettre de décision de l'agent — La question de savoir si le mariage a une incidence sur le statut « d'enfant à charge » au sens du Règlement d'une personne qui avait plus de 22 ans lorsque le mariage a eu lieu a été certifiée — Demande rejetée.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'agent d'immigration a supprimé le nom de la sœur du demandeur à titre d'enfant à charge de la demande de résidence permanente de son père. Gurinder Dehar a présenté une demande en vue de parrainer la demande de résidence permanente de ses parents au Canada. Même si sa sœur Rupinder était âgée de plus de 22 ans au moment où la demande a été déposée le 29 novembre 2005, elle figurait dans la demande de parrainage parce qu'elle était une étudiante à temps plein qui dépendait du soutien financier de ses parents. Par la suite, elle s'est mariée et a divorcé. Dans sa lettre de décision, l'agent des visas a déclaré que la sœur ne répondait pas à la définition d'« enfant à charge » à l'article 2 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* (le Règlement) parce qu'elle s'est mariée après avoir atteint l'âge de 22 ans et parce que, depuis 2003, elle était inscrite à un programme d'apprentissage à distance et n'était donc pas considérée suivre activement à temps plein des cours de formation générale conformément à la loi. Cependant, la preuve par affidavit faisait état d'un autre motif : aucun élément de preuve ne démontrait que l'Institute of Management and Information Technology (ICAI) où la sœur étudiait était accrédité par les autorités gouvernementales compétentes conformément à la loi. Selon l'affidavit, ce fait et le fait qu'elle était inscrite à un programme d'apprentissage à distance faisaient en sorte que la sœur ne satisfaisait pas aux exigences en matière d'études.

Les questions à trancher étaient celles de savoir si l'agent a commis une erreur 1) en interprétant la définition d'« enfant à charge » de manière à exclure une personne qui s'est mariée après avoir atteint l'âge de 22 ans; et 2) en concluant que la sœur ne suivait pas activement à temps plein des cours de formation générale.

Jugement : la demande doit être rejetée.

1) La loi énonce de façon très précise les facteurs auxquels il faut répondre pour pouvoir être considéré comme un enfant à charge. Ainsi, le requérant doit être âgé de moins de 22 ans et ne pas être un époux ou un conjoint de fait ou, s'il est un étudiant qui n'a pas cessé de dépendre, pour l'essentiel, du soutien financier de l'un ou l'autre de ses parents à compter du moment où il a atteint l'âge de 22 ans ou est devenu, avant cet âge, un époux ou conjoint de fait, il doit être inscrit dans un établissement d'enseignement et y suivre activement des cours à temps plein. Le fait de devenir un époux ou un conjoint de

student who became a spouse after turning 22. Since great care was taken in defining a “dependent child” for the purposes of the Regulations, silence with respect to an individual who has been married after turning 22 must be of consequence. The last part of subparagraph 2(b)(ii) of the Regulations supports the interpretation that only those who married before the age of 22 (and not afterwards) and who meet the other requirements may qualify as dependants. The words “since before the age of 22 or since becoming a spouse or common-law partner.” clearly refer to the two scenarios previously contemplated in that subparagraph: either the child is not married but meets the other requirements or the child is married and married before turning 22 as well as meeting the requirements of financial dependence. No other options exist. This interpretation is supported by the French version as well as by the definition of “dependent child” when read as a whole. Subparagraph 2(b)(i) clearly sets out marital status as a disqualifying characteristic for dependency, except in the narrow circumstances defined therein. Therefore, the officer correctly determined that the sister did not meet the criteria in subparagraph 2(b)(ii) of the definition of “dependent child” because she was married after the age of 22.

(2) The officer’s decision that Rupinder was not attending full-time classes was unreasonable since it did not refer to any evidence or explain its conclusions. Nor did the decision letter indicate that the officer had determined that ICAI was not an accredited institution. It indicated that the officer reasoned that attending a distance learning program did not meet the definition of “attending a full-time, regular course on a continuous basis.” The explanation in the affidavit evidence was not given great weight since it provided an entirely new line of reasoning that was not reflected in the CAIPS notes or the decision letter. Therefore, the officer’s finding that the sister was excluded from the definition of “dependent child” because she was not attending an accredited post-secondary institution on a full-time basis was unreasonable on the basis of the evidence that was before him. The question as to whether marriage affects the dependency of a student who was over the age of 22 when the application was filed and over the age of 22 when the marriage took place was certified.

fait après avoir atteint l’âge de 22 ans rend une personne inadmissible. Il n’y a aucune catégorie pour les personnes à charge qui sont étudiants et sont devenues un époux ou un conjoint de fait après avoir atteint l’âge de 22 ans. Comme on a bien pris soin de définir l’« enfant à charge » pour l’application du Règlement, on doit en conclure que ce n’est pas par hasard que le Règlement est muet au sujet des personnes qui se sont mariées après avoir atteint l’âge de 22 ans. La dernière partie du sous-alinéa 2b)(ii) du Règlement appuie l’interprétation selon laquelle seules les personnes qui se sont mariées avant d’atteindre l’âge de 22 ans (et pas après) et qui répondent aux autres exigences peuvent être admissibles à titre de personnes à charge. Les mots « à compter du moment où il a atteint l’âge de vingt-deux ans ou est devenu, avant cet âge, un époux ou conjoint de fait » visent de toute évidence les deux scénarios envisagés dans ce paragraphe : ou bien l’enfant n’est pas marié, mais répond aux autres exigences, ou bien l’enfant est marié et s’est marié avant d’avoir atteint l’âge de 22 ans et répond aussi aux autres exigences en matière de soutien financier. Il n’y a aucune autre option. Cette interprétation s’accorde avec la version française et avec la définition d’« enfant à charge » lorsqu’on l’interprète globalement. Le sous-alinéa 2b)(i) indique clairement que l’état matrimonial fait qu’une personne ne peut être considérée comme un « enfant à charge », sauf dans le cas bien précis qui y est prévu. Par conséquent, l’agent a décidé à bon droit que la sœur ne répondait pas aux critères de la définition d’« enfant à charge » énumérés au sous-alinéa 2b)(ii) parce qu’elle s’était mariée après avoir atteint l’âge de 22 ans.

2) La décision de l’agent suivant laquelle Rupinder ne suivait pas des cours à temps plein était déraisonnable parce qu’elle ne faisait pas référence à des éléments de preuve et ne fournissait pas d’explications à sa conclusion. En outre, la lettre de décision n’indiquait pas que l’agent avait conclu que l’ICAI n’était pas un établissement accrédité. Elle précisait que l’agent avait estimé que le fait d’être inscrit à un programme d’apprentissage à distance ne répondait pas à la définition de « suivre activement à temps plein des cours de formation générale ». La Cour n’a pas accordé beaucoup de poids à l’explication donnée dans la preuve par affidavit parce qu’elle constituait un raisonnement entièrement nouveau qui ne correspondait pas à ce qu’on trouvait dans les notes versées dans le STIDI ou la lettre de décision. Par conséquent, la conclusion de l’agent selon laquelle la sœur ne répondait pas à la définition d’« enfant à charge » parce qu’elle ne fréquentait pas à temps plein un établissement d’enseignement postsecondaire accrédité était déraisonnable compte tenu de l’ensemble de la preuve dont disposait l’agent. La question de savoir si le mariage a une incidence sur le statut d’enfant à charge d’une étudiante qui avait plus de 22 ans lorsque la demande a été déposée et plus de 22 ans lorsque le mariage a eu lieu a été certifiée.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27.
Immigration and Refugee Protection Regulations,
SOR/2002-227, ss. 1(3) “family member” (as am. by
SOR/2004-217, s. 1), 2 “dependent child”.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Yue v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration),
2006 FC 717.

CONSIDERED:

Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1998] 1 S.C.R. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201; amended reasons, [1998] 1 S.C.R. 1222; (1998), 11 Admin. L.R. (3d) 130; *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *Esteban v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 539; (2005), 258 D.L.R. (4th) 193; 339 N.R. 1; 2005 SCC 51.

REFERRED TO:

Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1992] 1 S.C.R. 711; (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; 2 Admin. L.R. (2d) 125; 72 C.C.C. (3d) 214; 8 C.R.R. (2d) 234; 16 Imm. L.R. (2d) 1; 135 N.R. 161; *Shah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2006), 56 Imm. L.R. (3d) 43; 2006 FC 1131; *Mazumder v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 272 F.T.R. 79; 2005 FC 444; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; (1997), 144 D.L.R. (4th) 1; 50 Admin. L.R. (2d) 199; 71 C.P.R. (3d) 417; 209 N.R. 20; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Liyanagamage* (1994), 176 N.R. 4 (F.C.A.); *Zazai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 36 Imm. L.R. (3d) 167; 318 N.R. 365; 2004 FCA 89.

AUTHORS CITED

Regulatory Impact Analysis Statement, SOR/2002-227,
C. Gaz. 2002.II.195.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C.
2001, ch. 27.
Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés,
DORS/2002-227, art. 1(3) « membre de la famille »
(mod. par DORS/2004-217, art. 1), 2 « enfant à
charge ».

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Yue c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2006 CF 717.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1998] 1 R.C.S. 982; motifs modifiés, [1998] 1 R.C.S. 1222; *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*; *Esteban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 539; 2005 CSC 51.

DÉCISIONS CITÉES :

Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1992] 1 R.C.S. 711; *Shah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1131; *Mazumder c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 444; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Liyanagamage*, [1994] A.C.F. n° 1637 (C.A.) (QL); *Zazai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CAF 89.

DOCTRINE CITÉE

Résumé de l'étude d'impact de la réglementation,
DORS/2002-227, *Gaz. C.* 2002.II.195.

APPLICATION for judicial review of an immigration officer's decision deleting the applicant's sister as a "dependent child" from her father's application for permanent residence. Application dismissed.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'agent d'immigration a supprimé le nom de la sœur du demandeur à titre « d'enfant à charge » de la demande de résidence permanente de son père. Demande rejetée.

APPEARANCES:

Gregory James for applicant.
David B. Cranton for respondent.

ONT COMPARU :

Gregory James pour le demandeur.
David B. Cranton pour le défendeur.

SOLICITORS OF RECORD:

Gregory James, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Gregory James, Toronto, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance et de l'ordonnance rendus par

[1] DE MONTIGNY J.: This is a judicial review of a decision made on February 22, 2006 by H. D. Murphy, an immigration officer, wherein he deleted Rupinder Kaur Dehar from the application for permanent residence of her father, Balkar Singh Dehar. The officer came to that conclusion because he was of the view Ms. Dehar no longer met the definition of a "dependent child" in section 2 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227.

[1] LE JUGE DE MONTIGNY : Il s'agit en l'espèce d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision en date du 22 février 2006 par laquelle l'agent d'immigration H. D. Murphy a supprimé le nom de Rupinder Kaur Dehar de la demande de résidence permanente de son père, Balkar Singh Dehar. L'agent en est arrivé à cette conclusion parce qu'il était d'avis que M^{me} Dehar ne répondait plus à la définition d'« enfant à charge » à l'article 2 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227.

FACTS

[2] Gurinder Dehar made an application to sponsor his parents for permanent residence in Canada. Gurinder's sister, Rupinder Kaur Dehar, was included in the sponsorship application, although she was over 22 years old at the time the application was filed. The application for permanent residence was filed on November 29, 2005. Rupinder Kaur Dehar was considered a dependent child because she was a full-time student financially dependent on her parents. At the time the application was assessed, she was a student at the Institute of Management and Information Technology (ICAI), a program affiliated with Sikkim Manipal University.

LES FAITS

[2] Gurinder Dehar a présenté une demande en vue de parrainer la demande de résidence permanente de ses parents au Canada. Le nom de la sœur de Gurinder, Rupinder Kaur Dehar, figurait aussi dans la demande de parrainage, même si elle était âgée de plus de 22 ans au moment où la demande a été déposée. La demande de résidence permanente a été déposée le 29 novembre 2005. Rupinder Kaur Dehar était considérée comme une enfant à charge parce qu'elle était une étudiante à temps plein qui dépendait du soutien financier de ses parents. Au moment où la demande a été examinée, elle fréquentait l'Institute of Management and Information Technology (ICAI), un établissement affilié à la Sikkim Manipal University.

[3] On March 27, 2005, Rupinder married Gurjot Singh Randhawa, a permanent resident of Canada. Although the decision does not turn on the history of this marriage, it is of some significance. This marriage came about as a result of a matrimonial advertisement that appeared in a newspaper. The parents, considering the match suitable for Rupinder responded to the said advertisement. At the time of the settlement of marriage, no demand of dowry was placed, and it was agreed that Mr. Randhawa would sponsor Rupinder so that she could become a Canadian permanent resident.

[4] Unfortunately, things did not work out as expected. Mr. Randhawa came to India for a short period of time to solemnize the marriage. But the day after, the family of the groom began to complain about the size of the dowry provided by Rupinder's family. These complaints and demands escalated. Mr. Randhawa and his family threatened that if Rupinder's family did not provide a sizable amount of money, he would not sponsor her to join him in Canada. She was also told her family could no longer sponsor her and that she had no choice but to pay the dowry. The harassment escalated to the point where Rupinder determined that she did not wish to maintain her relationship with her new husband. By May 30, 2005, the relationship irreconcilably ended. Indeed, she filed a complaint with the Indian police on June 8, 2005, and filed a divorce petition on July 9, 2005.

[5] After the marriage broke down, the Dehar family became concerned about whether Rupinder would still be able to be sponsored. Her brother made a number of telephone calls to Citizenship and Immigration Canada to explain Rupinder's situation, and was apparently reassured that his sister could still be included in the application but that the final decision would be made at the visa office.

[6] On February 21, 2006, a visa officer in New Delhi made a decision to delete Rupinder from the application. This decision was communicated to the applicants by letter dated February 22, 2006, and received by Balkar on February 27, 2006.

[3] Le 27 mars 2005, Rupinder a épousé Gurjot Singh Randhawa, un résident permanent du Canada. Bien que la décision ne dépende pas des faits entourant ce mariage, celui-ci revêt une certaine importance. Le mariage a fait suite à un avis matrimonial publié dans un journal. Estimant qu'ils avaient trouvé un bon parti pour leur fille, les parents de Rupinder ont répondu à l'avis en question. Au moment où le mariage a été réglé, aucune dot n'a été demandée et il a été convenu que M. Randhawa parrainerait Rupinder pour qu'elle puisse obtenir la résidence permanente au Canada.

[4] Malheureusement, les choses n'ont pas tourné comme prévu. M. Randhawa est allé en Inde pour un court séjour pour la célébration du mariage. Mais le lendemain, la famille du marié a commencé à se plaindre de l'importance de la dot fournie par la famille de Rupinder. Les plaintes et les demandes sont devenues de plus en plus vives. M. Randhawa et sa famille ont déclaré que si la famille de Rupinder ne leur offrait pas une somme d'argent appréciable, M. Randhawa ne la parrainerait pas pour lui permettre de le rejoindre au Canada. On a également dit à Rupinder que sa famille ne pouvait plus la parrainer et qu'elle n'avait d'autre choix que de verser la dot. Le harcèlement s'est intensifié au point où Rupinder a conclu qu'elle voulait rompre avec son nouveau mari. Au 30 mai 2005, toute réconciliation était devenue impossible. Rupinder a d'ailleurs déposé une plainte auprès de la police indienne le 8 juin 2005 et elle a présenté une demande de divorce le 9 juillet 2005.

[5] Après la rupture du mariage, la famille Dehar s'est demandée si Rupinder pouvait encore être parrainée. Son frère a téléphoné plusieurs fois à Citoyenneté et Immigration Canada pour expliquer la situation de Rupinder, et on l'aurait apparemment rassuré en lui disant que sa sœur pouvait encore être incluse dans la demande mais que la décision finale revenait au bureau des visas.

[6] Le 21 février 2006, un agent des visas de New Delhi a décidé de supprimer le nom de Rupinder de la demande. Cette décision a été communiquée aux demandeurs par voie d'une lettre datée du 22 février 2006 qui a été reçue par Balkar le 27 février 2006.

DECISION UNDER REVIEW

[7] The decision letter states that Rupinder does not qualify as a dependant for two reasons. The relevant portion of that letter states:

According to the information provided in your application, Rupinder Kaur Dehar turned 22 on July 5, 2001. She does not qualify as a dependent due to the following reasons:

- a) She got married after she turned 22 years of age. Accordingly, she does not come under any of the sections (a, b or c) discussed earlier in this letter [i.e. subsection b) (i), (ii) or (iii) of the definition of “dependent child” in the Regulations];
- b) Since the year 2003, she has been enrolled in a distance learning program. This indicates that she is not attending a full time, regular course on a continuous basis;

As a result, Rupinder Kaur Dehar was not continuously enrolled since turning the age of 22 in and attending a post-secondary institution that is accredited by the relevant government authority, and actively pursuing a course of academic, professional or vocation training on full time basis.

[8] The relevant portions of the Computer Assisted Immigration Processing System (CAIPS) notes read as follows:

RUPINDER KAUR DEHAR (DOB; 05 JUL 79)—AGE OVER 22 AT LOCK IN DATE.

...

ASSESSMENT OF HER DEPENDENCY:

- SHE GOT MARRIED ON 27 MAR 05 WHICH IS AFTER SHE TURNED 22 YEARS OF AGE
- RUPINDER KAUR TURNED 22 ON 05 JUL 2001.

2001-2003 MSC DEGREE (MICROBIOLOGY), PUNJAB UNIVERSITY. 2003-2005 ENROLLED IN MSC

LA DÉCISION FAISANT L’OBJET DU CONTRÔLE

[7] La lettre de décision précise que Rupinder ne répond pas à la définition de personne à charge pour deux raisons. Voici l’extrait pertinent de cette lettre :

[TRADUCTION] Suivant les renseignements fournis dans votre demande, Rupinder Kaur Dehar a atteint l’âge de 22 ans le 5 juillet 2001. Elle ne répond pas à la définition de personne à charge pour les raisons suivantes :

- a) Elle s’est mariée après avoir atteint l’âge de 22 ans. En conséquence, elle n’est visée par aucun des alinéas (a), b) ou c)) dont il a déjà été question dans la présente lettre [c.-à-d. les sous-alinéas b)(i), (ii) ou (iii) de la définition d’« enfant à charge » du Règlement].
- b) Depuis 2003, elle est inscrite à un programme d’apprentissage à distance, ce qui indique qu’elle ne suit pas activement à temps plein des cours de formation générale.

En conséquence, on ne peut dire que, depuis qu’elle a atteint l’âge de 22 ans, Rupinder Kaur Dehar n’a pas cessé d’être inscrite à un établissement d’enseignement postsecondaire accrédité par les autorités gouvernementales compétentes et de fréquenter celui-ci, et d’y suivre activement à temps plein des cours de formation générale, théorique ou professionnelle.

[8] Voici les extraits pertinents des notes versées dans le Système de traitement informatisé des dossiers d’immigration (STIDI) :

[TRADUCTION]

RUPINDER KAUR DEHAR (née le 05 JUL 79) — ÂGÉE DE PLUS DE 22 ANS À LA DATE DE RÉFÉRENCE.

[. . .]

ÉVALUATION DE SON STATUT D’ENFANT À CHARGE :

- S’EST MARIÉE LE 27 MARS 2005, C.-À-D. APRÈS AVOIR ATTEINT L’ÂGE DE 22 ANS
- RUPINDER KAUR A ATTEINT L’ÂGE DE 22 ANS LE 05 JUILLET 2001.

2001-2003 M.Sc. (MICROBIOLOGIE), PUNJAB UNIVERSITY. 2003-2005 INSCRITE À LA M.Sc. MSC

(INFORMATION TECHNOLOGY)—PROVISIONAL RESULT OF FOURTH SEMESTER STATES THAT IT IS ADMINISTERED BY THE “DISTANCE EDUCATION WING”. SHE DOES NOT APPEAR TO MEET DEPENDENT STATUS.

[9] In an affidavit sworn on January 24, 2007, in support of the judicial review, the officer who signed the decision letter sent to the applicants on February 22, 2006, stated that “where the marriage of a child occurs after he/she turned 22 years of age, as in the present case, that fact alone and by itself takes such person out of the definition of ‘dependent child’”.

[10] With respect to his determination that she did not meet the educational requirements, he stated that there was no evidence that Rupinder was continuously enrolled in and attending on a full-time basis a post-secondary institution that is accredited by the relevant government authority. More particularly, he stated:

7. As indicated in my refusal letter, I found that I did not have evidence that Rupinder Kaur Dehar was continuously enrolled in and attending on a full time basis, since turning the age of 22, a post secondary institution that is accredited by the relevant government authority. The Applicant failed to provide evidence that the ICAI study centre is accredited as required by the legislation. I note that while Sikkim Manipal University is a recognized institution, there is nothing in the letter at tribunal record 53 which indicates that ICAI is recognized by any state government, central government, any Ministry of the central or state government, or the University Grants Commission. The letter does not indicate that it is a college of education affiliated to a recognized University for the purposes of offering academic or professional courses. It is the University that is accredited, not the ICAI. The letter indicates that ICAI is an authorized centre by the University.

8. Based on the lack of evidence that ICAI was accredited, combined with the indication on the Applicant’s transcript that she was a student through the distance education wing, there

(TECNOLOGIE DE L’INFORMATION)—SUIVANT LES RÉSULTATS PROVISOIRES DU QUATRIÈME SEMESTRE, ELLE RELÈVE DU « SECTEUR DE L’APPRENTISSAGE À DISTANCE ». ELLE NE SEMBLE PAS RÉPONDRE À LA DÉFINITION DE PERSONNE À CHARGE.

[9] Dans l’affidavit qu’il a souscrit le 24 janvier 2007 à l’appui de la demande de contrôle judiciaire, l’agent qui a signé la lettre de décision communiquée aux demandeurs le 22 février 2006 a dit que [TRADUCTION] « lorsque le mariage a lieu, comme en l’espèce, après que l’intéressé a atteint l’âge de 22 ans, il résulte de ce seul fait que cette personne ne répond plus à la définition d’“enfant à charge” ».

[10] Pour ce qui est de sa conclusion selon laquelle Rupinder ne satisfaisait pas aux exigences relatives aux études, l’agent a dit qu’il ne disposait d’aucun élément de preuve tendant à démontrer que Rupinder n’avait pas cessé d’être inscrite à un établissement d’enseignement postsecondaire accrédité par les autorités gouvernementales compétentes et de fréquenter celui-ci à temps plein. Plus particulièrement, il a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION]

7. Comme je l’ai expliqué dans ma lettre de refus, je ne disposais d’aucun élément de preuve permettant de penser que Rupinder Kaur Dehar n’a pas cessé d’être inscrite à un établissement d’enseignement postsecondaire accrédité par les autorités gouvernementales compétentes et de fréquenter celui-ci depuis qu’elle a atteint l’âge de 22 ans. La requérante n’a pas présenté d’éléments de preuve tendant à démontrer que le centre d’études ICAI est accrédité conformément à la loi. Je souligne que, bien que la Sikkim Manipal University soit un établissement reconnu, il n’y a rien dans la lettre versée au dossier du tribunal qui permette de penser que l’ICAI est reconnu par le gouvernement d’un État, par le gouvernement central ou par l’University Grants Commission. La lettre ne précise pas qu’il s’agit d’un établissement d’enseignement affilié à une université reconnue qui dispense des cours de formation théorique ou professionnelle. C’est l’université qui est accréditée, pas l’ICAI. La lettre indique que l’ICAI est un centre autorisé par l’université.

8. En raison de l’absence de preuve que l’ICAI est accrédité et compte tenu du fait qu’il est mentionné dans le relevé de notes de la requérante qu’elle était inscrite à un

was simply insufficient evidence submitted to conclude that the Applicant met the education requirements as set out in the legislation—those being the requirements of attending on a full time basis a post secondary institution that is accredited by the relevant government authority.

programme d'apprentissage à distance, la preuve soumise n'était tout simplement pas suffisante pour conclure que la requérante satisfaisait aux exigences qui sont prévues par la loi en matière d'études, en l'occurrence l'obligation de fréquenter à temps plein un établissement d'enseignement postsecondaire accrédité par les autorités gouvernementales compétentes.

ISSUES

[11] There are two issues raised by this application for judicial review.

1. What is the appropriate standard of review?
2. Did the officer err in determining that Rupinder was not a dependent child within the definition as set out in section 2 of the Regulations. More particularly,
 - i. Did the officer err in interpreting the definition of "dependent child" as excluding a person who was married after the age of 22?
 - ii. Did the officer err in finding that Rupinder had not been attending a full-time, regular course on a continuous basis?

QUESTIONS EN LITIGE

[11] La présente demande de contrôle judiciaire soulève deux questions :

1. Quelle est la norme de contrôle applicable?
2. L'agent a-t-il commis une erreur en déterminant que Rupinder n'était pas un enfant à charge au sens de la définition prévue à l'article 2 du Règlement. Plus particulièrement,
 - i. L'agent a-t-il commis une erreur en interprétant la définition d'« enfant à charge » de manière à exclure une personne qui s'est mariée après avoir atteint l'âge de 22 ans?
 - ii. L'agent a-t-il commis une erreur en concluant que Rupinder ne suivait pas activement à temps plein des cours de formation générale?

PERTINENT LEGISLATION

[12] The relevant provision of the Regulations reads as follows:

2. . . .

...

“dependent child”, in respect of a parent, means a child who:

(a) has one of the following relationships with the parent, namely,

(i) is the biological child of the parent, if the child has not been adopted by a person other than the spouse or common-law partner of the parent, or

(ii) is the adopted child of the parent; and

DISPOSITIONS LÉGISLATIVES PERTINENTES

[12] Les dispositions pertinentes du Règlement sont les suivantes :

2. [...]

[...]

« enfant à charge » L'enfant qui :

a) d'une part, par rapport à l'un ou l'autre de ses parents :

(i) soit en est l'enfant biologique et n'a pas été adopté par une personne autre que son époux ou conjoint de fait,

(ii) soit en est l'enfant adoptif;

(b) is in one of the following situations of dependency, namely,

(i) is less than 22 years of age and not a spouse or common-law partner,

(ii) has depended substantially on the financial support of the parent since before the age of 22—or if the child became a spouse or common-law partner before the age of 22, since becoming a spouse or common-law partner—and, since before the age of 22 or since becoming a spouse or common-law partner, as the case may be, has been a student

(A) continuously enrolled in and attending a post-secondary institution that is accredited by the relevant government authority, and

(B) actively pursuing a course of academic, professional or vocational training on a full-time basis, or

(iii) is 22 years of age or older and has depended substantially on the financial support of the parent since before the age of 22 and is unable to be financially self-supporting due to a physical or mental condition.

ANALYSIS

[13] The officer's decision to delete Rupinder's name from the application was based on two independent determinations. The first determination was that Rupinder did not meet the definition of "dependent child" because she was married after the age of 22. This determination required the Officer to engage in interpreting the definition of "dependent child" within the Regulations. As such, this is squarely a question of law and the parties agreed it should be reviewed on the standard of correctness.

[14] The appropriate standard of review for the issue of whether Rupinder was continuously enrolled in and attending an educational institution must be determined by a pragmatic and functional analysis.

b) d'autre part, remplit l'une des conditions suivantes :

(i) il est âgé de moins de vingt-deux ans et n'est pas un époux ou conjoint de fait,

(ii) il est un étudiant âgé qui n'a pas cessé de dépendre, pour l'essentiel, du soutien financier de l'un ou l'autre de ses parents à compter du moment où il a atteint l'âge de vingt-deux ans ou est devenu, avant cet âge, un époux ou conjoint de fait et qui, à la fois :

(A) n'a pas cessé d'être inscrit à un établissement d'enseignement postsecondaire accrédité par les autorités gouvernementales compétentes et de fréquenter celui-ci,

(B) y suit activement à temps plein des cours de formation générale, théorique ou professionnelle,

(iii) il est âgé de vingt-deux ans ou plus, n'a pas cessé de dépendre, pour l'essentiel, du soutien financier de l'un ou l'autre de ses parents à compter du moment où il a atteint l'âge de vingt-deux ans et ne peut subvenir à ses besoins du fait de son état physique ou mental.

ANALYSE

[13] La décision de l'agent de supprimer le nom de Rupinder de la demande reposait sur deux conclusions distinctes. La première était que Rupinder ne répondait pas à la définition d'« enfant à charge » parce qu'elle s'était mariée après avoir atteint l'âge de 22 ans. Pour tirer cette conclusion, l'agent a dû interpréter la définition de l'expression « enfant à charge » que l'on trouve dans le Règlement. Il s'agit carrément d'une question de droit à laquelle s'applique la norme de la décision correcte, comme l'ont reconnu les parties.

[14] Pour déterminer la norme de contrôle appropriée en ce qui concerne la question de savoir si Rupinder n'avait pas cessé d'être inscrite à un établissement d'enseignement postsecondaire et de le fréquenter, il convient d'effectuer une analyse pragmatique et fonctionnelle.

[15] The first factor is whether the legislation contains a privative clause or a right of appeal. As the *Immigration and Refugee Protection Act* [S.C. 2001, c. 27 (IRPA)] contains neither, this factor is neutral.

[16] The question of whether or not Rupinder was “attending” a post-secondary institution that is accredited by the relevant government authority involves an interpretation of the definition of “dependent child” as well as findings of fact. While the visa officer is definitely in a better position than this Court to determine whether a particular educational institution is indeed an accredited post-secondary institution, how the classes are conducted, what are the courses of study and the diplomas conferred, and whether the applicant is a full-time student, he or she has no more expertise than this Court to interpret the term “attending” with a view to decide whether the physical presence of a professor in a classroom is required or whether a student can be found to be in attendance if the course takes place through teleconference. In short, the issues to be looked at by the visa officer are issues of mixed fact and law. The relative expertise of the visa officer *vis-à-vis* this Court will therefore depend on the precise nature of his determination. As acknowledged by the Supreme Court in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at paragraph 33, “[t]he criteria of expertise and the nature of the problem are closely interrelated.” The officer’s decision will therefore attract more deference if it is essentially a fact-driven inquiry, whereas it will be given less deference if it is closer to a legal determination.

[17] Finally, the purpose of the provision that sets out the definition of a “dependent child” is to clarify who is a member of the family class and in particular, under what circumstances children will be considered dependants for the purposes of the Act. The Regulatory Impact Analysis Statement to the Regulations [*C. Gaz.*

[15] Le premier facteur consiste à se demander si la loi contient une clause privative ou prévoit un droit d’appel. Comme la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* [L.C. 2001, ch. 27 (LIPR)] ne comporte ni l’une ni l’autre, ce facteur est neutre.

[16] Pour répondre à la question de savoir si Rupinder « fréquentait » un établissement d’enseignement postsecondaire accrédité par les autorités gouvernementales compétentes, il est nécessaire d’interpréter la définition de l’expression « enfant à charge » et de tirer des conclusions de fait. Bien qu’il soit incontestablement mieux placé que la Cour pour décider si un établissement d’enseignement déterminé est effectivement un établissement d’enseignement postsecondaire accrédité, pour se prononcer sur le déroulement des cours, les programmes d’études offerts et les diplômes décernés et pour déterminer si l’intéressé est un étudiant à temps plein, l’agent des visas n’a pas une plus grande expertise que la Cour pour interpréter le sens du mot « fréquenter » en vue de décider si la présence physique d’un professeur dans une salle de classe est exigée ou si l’on peut conclure que l’étudiant fréquente l’établissement en question si le cours est dispensé à distance. Bref, les questions dont l’agent des visas doit tenir compte sont des questions mixtes de droit et de fait. L’expertise relative de l’agent des visas par rapport à celle de la Cour dépendra donc de la nature exacte des conclusions qu’il tire. Comme l’a reconnu la Cour suprême dans l’arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, au paragraphe 33, « [l]e critère de l’expertise et la nature du problème sont étroitement liés ». La décision de l’agent commande par conséquent un degré plus élevé de retenue judiciaire si elle dépend essentiellement des faits, alors qu’elle donnera lieu à moins de retenue si elle se rapproche davantage d’une décision sur une question de droit.

[17] Enfin, l’objet de la disposition où se trouve la définition de l’« enfant à charge » est de clarifier qui entre dans la catégorie « regroupement familial » et en particulier, à quelles conditions un enfant sera considéré comme un « enfant à charge » au sens de la Loi. Suivant le Résumé de l’étude d’impact de la réglementation

2002.II.195, at page 254] states that the intent of the provisions relating to the family class is to ensure that:

— the process and criteria by which members of the family class are selected are clear and transparent; this includes the requirements and obligations of sponsors;

— current social realities are taken into account in the defining of family class membership; and

— legislation is consistent with other legislation or principles to which Canada is committed.

[18] This is clearly not a case where the purpose of the statute must be conceived as granting rights as between the parties. As emphasized in *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, at page 733 and in *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *Esteban v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 539, at paragraph 46, “[t]he most fundamental principle of immigration law is that non-citizens do not have an unqualified right to enter or remain in Canada.” Having said this, Parliament has recognized that family reunification is one of the bases upon which permanent residents will be selected (IRPA, subsection 12(1)), and Canadian citizens have been given the right to sponsor a foreign national who is a member of the family class. While the decision of an officer called upon to process an application for permanent residence may not be assimilated to a judicial process, premised on the bipolar opposition of two parties, it is not a balancing exercise between different constituencies either. Accordingly, this factor seems to indicate that a moderate amount of deference might be in order.

[19] Taken together, I am of the view that the pragmatic and functional approach indicate the appropriate standard of review is the standard of reasonableness: see also *Shah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2006), 56 Imm. L.R. (3d) 43 (F.C.) and *Mazumder v. Canada (Minister of*

[*Gaz. C.* 2002.II.195, à la page 254], le but des dispositions réglementaires concernant la catégorie du regroupement familial est de veiller à ce que :

— le processus et les critères qui régissent la sélection des personnes de la catégorie du regroupement familial soient clairs et transparents; ce principe s’applique aux exigences et obligations imposées au répondant;

— les réalités sociales contemporaines soient prises en compte dans la définition des membres de la catégorie du regroupement familial;

— la législation soit conforme aux autres principes ou mesures législatives que le Canada s’est engagé à respecter.

[18] Il ne s’agit manifestement pas d’un cas où l’objet de la loi est de conférer des droits aux parties. Comme l’a souligné la Cour suprême dans les arrêts *Chiarelli c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, à la page 733 et *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*; *Esteban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 539, au paragraphe 46, « [l]e principe le plus fondamental du droit de l’immigration veut que les non-citoyens n’aient pas un droit absolu d’entrer ou de demeurer au Canada ». Cela dit, le législateur fédéral a reconnu que la sélection des résidents permanents se fait notamment en fonction du regroupement familial (LIPR, paragraphe 12(1)), et que les citoyens canadiens se voient reconnaître le droit de parrainer un étranger qui appartient à la catégorie « regroupement familial ». Bien que la décision de l’agent appelé à traiter une demande de résidence permanente ne puisse être assimilée à une décision judiciaire axée sur l’affrontement de deux parties, elle ne constitue pas non plus un exercice consistant à réaliser un équilibre délicat entre divers intérêts. Par conséquent, ce facteur semble indiquer qu’il convient de faire preuve d’un degré modéré de retenue.

[19] Somme toute, je suis d’avis qu’il ressort de l’analyse pragmatique et fonctionnelle que la norme de contrôle appropriée en l’espèce est celle de la décision raisonnable : voir aussi les décisions *Shah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2006 CF 1131 et *Mazumder c. Canada (Ministre de la*

Citizenship and Immigration) (2005), 272 F.T.R. 79 (F.C.). Accordingly, the officer's decision shall not be disturbed unless it is not supported by any reasons that can stand up to a somewhat probing examination: *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at paragraph 56.

[20] Turning now to the issue of the definition of a "dependent child," the applicants submit that there is no basis in law for excluding someone from that definition because that person married after he or she turned 22. The applicants submit that the definition is silent with respect to what happens when an otherwise dependent child over the age of 22 marries and accordingly, the only requirements that Rupinder was required to meet are having been enrolled in school and been actively pursuing courses on a full-time basis.

[21] Unfortunately for the applicants, I do not think this interpretation is compatible with the wording of the definition. Contrary to the applicants' submission, I believe becoming a spouse or common-law partner after turning 22 is a disqualifying characteristic. The fact that Rupinder separated from her spouse shortly thereafter is not relevant to this determination.

[22] The legislation sets out very specific qualifying characteristics for a dependent child. An applicant must be either under 22 and not a spouse or common-law partner, or, if the applicant has depended substantially on the support of the parent since before turning 22, or if the child became a spouse before the age of 22, since becoming a spouse, has been a full-time student at an accredited institution, he or she may qualify as a dependent child. There is simply no category of dependency for a student who became a spouse after turning 22. Since great care has been taken in defining a "dependent child" for the purposes of the Regulations (and by way of consequence, for the purposes of defining "family member" under the Act: see subsection 1(3) [as am. by SOR/2004-217, s. 1] of the Regulations), silence with respect to an individual who has married after turning 22 must be of consequence.

Citoyenneté et de l'Immigration), 2005 CF 444. Par conséquent, la décision de l'agent ne doit être modifiée que si elle n'est étayée par aucun motif capable de résister à un examen assez poussé : *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, au paragraphe 56.

[20] Pour ce qui est de la question de la définition d'« enfant à charge », les demandeurs soutiennent qu'il n'y a rien en droit qui justifie de considérer qu'une personne ne répond pas à cette définition parce qu'elle s'est mariée après avoir atteint l'âge de 22 ans. Les demandeurs affirment que la définition est muette sur ce qui arrive lorsqu'une personne qui est par ailleurs un enfant à charge et qui est âgée de plus de 22 ans se marie. Ils ajoutent que la seule condition à laquelle Rupinder était tenue de satisfaire était d'être inscrite dans un établissement d'enseignement et d'y suivre activement des cours à temps plein.

[21] Malheureusement pour les demandeurs, je ne crois pas que cette interprétation soit compatible avec le libellé de la définition. Contrairement à ce que les demandeurs prétendent, j'estime que le fait de devenir un époux ou un conjoint de fait après avoir atteint l'âge de 22 ans rend une personne inadmissible. Le fait que Rupinder se soit séparée de son époux peu de temps après n'est pas pertinent pour la décision.

[22] La loi énonce de façon très précise les facteurs auxquels il faut répondre pour pouvoir être considéré comme un enfant à charge. Ainsi, le requérant doit être âgé de moins de 22 ans et ne pas être un époux ou un conjoint de fait ou, s'il est un étudiant qui n'a pas cessé de dépendre, pour l'essentiel, du soutien financier de l'un ou l'autre de ses parents à compter du moment où il a atteint l'âge de 22 ans ou est devenu, avant cet âge, un époux ou conjoint de fait, il doit être inscrit dans un établissement d'enseignement et y suivre activement des cours à temps plein. Il n'y a tout simplement aucune catégorie pour les personnes à charge qui sont étudiants et sont devenues un époux ou un conjoint de fait après avoir atteint l'âge de 22 ans. Comme on a bien pris soin de définir l'« enfant à charge » pour l'application du Règlement et, par voie de conséquence, pour la définition du « membre de la famille » au sens de la Loi

[23] If, as the applicants would have it, the only requirements for a person marrying after turning 22 were to have been financially dependent on his or her parents since before turning 22 and to have been a full-time student at an accredited institution, it would render meaningless the restrictions with respect to marital status; the fact that one was married before the age of 22 would be irrelevant. Yet, the statute specifically sets out that a child who became a spouse or common-law partner before turning 22 may qualify under this category if dependency continued. If, as the applicants suggest, the only determining characteristics under subparagraph 2(b)(ii) are financial dependency and pursuit of studies, the Governor in Council would not have made specific reference to the particular category of married persons who may qualify—those who married before age 22.

[24] Indeed, the last part of subparagraph 2(b)(ii) bears out this interpretation. The words “since before the age of 22 or since becoming a spouse or common-law partner, as the case may be” clearly refers to the two scenarios previously envisaged in that subparagraph. Either the child is not married, in which case he or she must have depended substantially on the financial support of the parent since before turning 22 (this is the first scenario), or the child is married, in which case he or she must have married before the age of 22 and have depended substantially on the financial support of the parent since marrying (this is the second scenario, between the two dashes). There is no other option.

[25] This interpretation is consistent with the French version of subparagraph 2(b)(ii). This version is even

(voir le paragraphe 1(3) [mod. par DORS/2004-217, art. 1] du Règlement), on doit en conclure que ce n’est pas par hasard que le Règlement est muet au sujet des personnes qui se sont mariées après avoir atteint l’âge de 22 ans.

[23] Si, comme le prétendent les demandeurs, la seule condition que devait remplir la personne qui s’est mariée après avoir atteint l’âge de 22 ans était de dépendre du soutien financier de ses parents à compter du moment où elle a atteint l’âge de 22 ans et d’avoir été inscrite à temps plein dans un établissement accrédité, on viderait ainsi de leur sens les restrictions imposées quant à l’état matrimonial, et le fait qu’une personne s’est mariée avant l’âge de 22 ans ne serait pas pertinent. Pourtant, la loi précise bien que l’enfant qui devient un époux ou un conjoint de fait avant d’avoir atteint l’âge de 22 ans peut être admissible dans cette catégorie s’il est demeuré un enfant à charge. Si, comme les demandeurs le prétendent, les seules caractéristiques déterminantes prévues au sous-alinéa 2b)(ii) sont la dépendance financière et la poursuite des études, le gouverneur en conseil n’aurait pas mentionné expressément la catégorie particulière des personnes mariées qui peuvent être admissibles, en l’occurrence celles qui se sont mariées avant d’atteindre l’âge de 22 ans.

[24] D’ailleurs, la dernière partie du sous-alinéa 2b)(ii) appuie cette interprétation. Les mots « à compter du moment où il a atteint l’âge de vingt-deux ans ou est devenu, avant cet âge, un époux ou conjoint de fait » vise de toute évidence les deux scénarios envisagés dans ce sous-alinéa. Ou bien l’enfant n’est pas marié, auquel cas il doit ne pas avoir cessé de dépendre, pour l’essentiel, du soutien financier de l’un ou l’autre de ses parents à compter du moment où il a atteint l’âge de 22 ans (c’est le premier scénario), ou bien l’enfant est marié, auquel cas il doit s’être marié avant d’avoir atteint l’âge de 22 ans et ne pas avoir cessé de dépendre, pour l’essentiel, du soutien financier de l’un ou l’autre de ses parents depuis son mariage (c’est le second scénario, qui se trouve entre tirets dans la version anglaise). Il n’y a aucune autre option.

[25] Cette interprétation s’accorde avec la version française du sous-alinéa 2b)(ii). Cette version précise de

clearer that a child over 22 will be considered dependent if he or she has continuously depended on the financial support of one of the parents since turning 22, or, if married before turning 22, since becoming married:

2. . . .

(ii) . . . à compter du moment où il a atteint l'âge de vingt-deux ans ou est devenu, avant cet âge, un époux ou conjoint de fait . . . [Emphasis added.]

[26] It is further supported by the definition of “dependent child” when read as a whole. Subparagraph 2(b)(i) sets out a category for dependency as being someone who is under 22 years of age and who is not a spouse or common-law partner. This provision clearly sets out marital status as a disqualifying characteristic for dependency, except in the narrow circumstance defined in subparagraph 2(b)(ii).

[27] As a result, the officer correctly determined that Rupinder did not meet the criteria in subparagraph 2(b)(ii) of the definition of “dependent child” because she was married after the age of 22. This would be sufficient to dismiss the application for judicial review. I shall nevertheless say a few words with respect to the second ground raised by the applicants, if only for the purpose of assessing whether a question should be certified with respect to my finding on the first issue.

[28] As will be recalled, the CAIPS notes state that “provisional result of fourth semester states that it is administered by the ‘distance education wing.’” The applicants submit that the reasons do not adequately explain why attending a distance education wing of a post-secondary institution offends the definition of a “dependent child”.

[29] With respect to the decision letter, it appears the respondent’s concern is that Rupinder has not been

façon encore plus claire que l’enfant âgé de plus de 22 ans sera considéré comme un enfant à charge s’il n’a pas cessé de dépendre, pour l’essentiel, du soutien financier de l’un ou l’autre de ses parents à compter du moment où il a atteint l’âge de 22 ans ou, s’il s’est marié avant d’atteindre l’âge de 22 ans, depuis son mariage :

2. [. . .]

(ii) [. . .] à compter du moment où il a atteint l’âge de vingt-deux ans ou est devenu, avant cet âge, un époux ou conjoint de fait [. . .] [Non souligné dans l’original.]

[26] Elle s’accorde également avec la définition d’« enfant à charge » lorsqu’on l’interprète globalement. Le sous-alinéa 2b)(i) définit en effet l’« enfant à charge » comme celui qui est âgé de moins de 22 ans et qui n’est pas un époux ou conjoint de fait. Cette disposition indique clairement que l’état matrimonial fait qu’une personne ne peut être considérée comme un « enfant à charge », sauf dans le cas bien précis prévu au sous-alinéa 2b)(ii).

[27] C’est donc à bon droit que l’agent a décidé que Rupinder ne répondait pas aux critères de la définition d’« enfant à charge » énumérés au sous-alinéa 2b)(ii) parce qu’elle s’était mariée après avoir atteint l’âge de 22 ans. Cela serait suffisant pour justifier le rejet de la demande de contrôle judiciaire. Je vais néanmoins dire quelques mots au sujet du second moyen invoqué par les demandeurs, ne serait-ce qu’afin de déterminer s’il y a lieu de certifier une question relativement à ma conclusion sur la première question en litige.

[28] Comme on s’en souviendra, les notes versés dans le STIDI précisait que [TRADUCTION] « suivant les résultats provisoires du quatrième semestre, elle relève du “secteur de l’apprentissage à distance” ». Les demandeurs soutiennent que les motifs de l’agent n’expliquent pas de façon suffisante pourquoi le fait de fréquenter le secteur de l’apprentissage à distance d’un établissement d’enseignement postsecondaire contrevient à la définition d’« enfant à charge ».

[29] En ce qui concerne la lettre de décision, il semble que, ce que craignait le défendeur, c’était que Rupinder

attending a post-secondary institution, in the sense that “attending” requires a physical presence on the post-secondary institution’s premises. The applicants’ response to this concern is twofold. First, they contend there is a great deal of evidence that Rupinder has been attending classes at the school campus. Second, they submit the word “attending” should not be interpreted so narrowly as to exclude situations where students attend classes that are taught by videoconference.

[30] The applicants obviously have the burden of proving that Rupinder meets the definition of a “dependent child” and was “attending” a post-secondary program full time. To this end, they submitted tuition receipts, transcripts and a letter from ICAI as evidence that she was enrolled full time and was attending a post-secondary program full time. It is also clear from the record that Rupinder and her parents live in the same municipality as the school she claims to have been attending. There is no evidence of any activity inconsistent with full-time studies, such as full-time work. Finally, the information taken from the ICAI’s public Web site shows that the Mohali campus Rupinder says she is attending is on 36,000 square feet of land located in the heart of the city, and is the biggest institute in the region. There are even photographs of students sitting in classroom settings. In short, the evidence *prima facie* suggests that Rupinder was continuously enrolled and attending a post-secondary institution.

[31] The CAIPS notes and the decision letter make no reference to any of those documents, nor do they provide an explanation for the officer’s conclusion that attending a distance education program does not amount to “attending a post-secondary institution” within the meaning of the definition of “dependent child.” For these reasons, the officer’s decision that Rupinder was

n’ait pas fréquenté un établissement d’enseignement postsecondaire en ce sens que, pour qu’on puisse considérer qu’une personne « fréquente » un établissement d’enseignement postsecondaire, il faut qu’elle ait été physiquement présente dans les locaux d’enseignement. La réponse des demandeurs à cette préoccupation comporte deux volets. Premièrement, les demandeurs affirment qu’il existe une preuve abondante que Rupinder a effectivement suivi des cours sur le campus. Deuxièmement, ils affirment que le mot « fréquenter » ne doit pas être interprété restrictivement au point d’exclure les cas où des étudiants sont inscrits à des cours dispensés à distance par vidéoconférence.

[30] Il incombe manifestement aux demandeurs de démontrer que Rupinder répond à la définition d’« enfant à charge » et qu’elle « fréquentait » un établissement d’enseignement postsecondaire à temps plein. À cette fin, ils ont produit des reçus de paiement de frais de scolarité, des relevés de notes et une lettre de l’ICAI pour démontrer qu’elle était inscrite à temps plein et fréquentait un établissement d’enseignement postsecondaire à temps plein. Il ressort par ailleurs du dossier que Rupinder et ses parents habitent dans la même municipalité que celle où se trouve l’établissement qu’elle affirme avoir fréquenté. Rien ne permet de penser qu’elle s’est adonnée à des activités incompatibles avec des études à temps plein, comme un travail à temps plein. Enfin, les renseignements extraits du site Web de l’ICAI montrent que le campus de Mohali que Rupinder affirme fréquenter se trouve sur un terrain d’une superficie de 36 000 pieds carrés situé en plein cœur de la ville, et qu’il s’agit du principal établissement de la région. Il y a même des photographies d’étudiants dans des classes. Bref, la preuve tend à première vue à démontrer que Rupinder n’a pas cessé d’être inscrite à un établissement d’enseignement postsecondaire et de fréquenter celui-ci.

[31] Les notes versées dans le STIDI et la lettre de décision ne mentionnent aucun de ces documents et ne fournissent pas d’explication à la conclusion de l’agent selon laquelle le fait d’être inscrit à un programme d’enseignement à distance n’équivaut pas à « fréquenter un établissement d’enseignement postsecondaire » au sens de la définition d’« enfant à charge ». Pour ces

not attending full-time classes was unreasonable.

[32] The respondent submits that the officer found that Rupinder did not meet the criteria, in part, because the programs offered by ICAI through the distance education wing of Sikkim Manipal University are not accredited. As evidence they submit the affidavit of the officer and the affidavit of officer Garth. To this, the applicants reply that the evidence given by both officers with respect to whether the programs offered by ICAI are accredited is irrelevant because there is no indication in the CAIPS notes or the decision letter that this was a consideration for the officer who made the decision.

[33] I agree with the applicants. There is absolutely no indication in the decision letter or the CAIPS notes that the officer had made a determination that ICAI was not an accredited institution. Both documents indicate that the officer reasoned that attending a distance learning program did not meet the definition of “attending a full-time, regular course on a continuous basis.” The explanation in the officer’s affidavit provides an entirely new line of reasoning which is not reflected in the CAIPS notes and, in such circumstances, the Court should not give any great weight to the officer’s affidavit. As this Court stated in *Yue v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* [2006 FC 717, at paragraph 3]:

... it is inappropriate to file such an affidavit prepared after the event, supplementing the Officer’s reasons given in her letter and the record of the interviews upon which it was based. Such an affidavit as to the nature of the hearing can only be relevant and admissible if it is somehow necessary to describe the procedure or some event in the decisional proceeding which is in dispute, but not to elaborate on the evidence before the Officer or her decision.

[34] As a result, I find the officer erred in finding that Rupinder was excluded from the definition of “dependent child” because she was not attending an accredited post-secondary institution on a full-time

motifs, la décision de l’agent suivant laquelle Rupinder ne suivait pas des cours à temps plein est déraisonnable.

[32] Le défendeur fait valoir que l’agent a conclu que Rupinder ne répondait pas aux critères en partie parce que les programmes d’apprentissage à distance offerts par l’ICAI par l’intermédiaire de la Sikkim Manipal University ne sont pas accrédités. Il dépose en preuve l’affidavit de l’agent et celui de l’agent Garth, ce à quoi les demandeurs répliquent que le témoignage de ces deux agents au sujet de la question de savoir si les programmes offerts par l’ICAI sont accrédités n’est pas pertinent parce qu’il n’y a rien dans les notes du STIDI ou dans la lettre de décision qui indique que l’agent a tenu compte de ce facteur pour rendre sa décision.

[33] J’abonde dans le sens des demandeurs. Il n’y a absolument rien dans les notes du STIDI ou dans la lettre de décision qui indique que l’agent a conclu que l’ICAI n’était pas un établissement accrédité. Les deux documents indiquent que l’agent a estimé que le fait d’être inscrit à un programme d’apprentissage à distance ne répondait pas à la définition de « suivre activement à temps plein des cours de formation générale ». L’explication fournie dans l’affidavit de l’agent constitue un raisonnement entièrement nouveau qui ne correspond pas à ce qu’on trouve dans les notes versées dans le STIDI et, dans les circonstances, la Cour ne doit pas accorder beaucoup de poids à l’affidavit de l’agent. Comme la Cour l’a expliqué dans la décision *Yue c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* [2006 CF 717, au paragraphe 3] :

Je conviens qu’un affidavit de ce genre, préparé après l’événement, qui complète les motifs donnés par l’agent dans sa lettre et le compte rendu des entrevues sur lesquelles celle-ci était fondée, ne devrait pas être déposé. Un tel affidavit décrivant la nature de l’audience peut être pertinent et admissible seulement s’il est nécessaire pour décrire la procédure ou un aspect du processus décisionnel qui est contesté, mais non s’il a pour but de donner des précisions sur la preuve dont l’agent disposait ou sur sa décision.

[34] Par conséquent, j’estime que l’agent a commis une erreur en concluant que Rupinder ne répondait pas à la définition d’« enfant à charge » parce qu’elle ne fréquentait pas à temps plein un établissement d’enseignement

basis. Such a finding was unreasonable on the basis of the evidence that was before him.

[35] However, since Rupinder had to meet all the requirements set out in the definition of a “dependent child”, the application for judicial review must nevertheless be dismissed.

[36] At the end of the hearing, counsel for the applicant submitted the following question for certification:

Does marriage affect the dependency of a student who was over the age of 22 when the application was filed and over the age of 22 when the marriage took place?

[37] It is trite law that for a question to be certified, it must: (1) transcend the interests of the immediate parties to the litigation; (2) contemplate issues of broad significance or general application; and (3) be determinative of the appeal (*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Liyanagamage* (1994), 176 N.R. 4 (F.C.A.) and *Zazai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 36 Imm. L.R. (3d) 167 (F.C.A.)). Considering my finding with respect to the second issue raised by the applicants, there is no doubt the proposed question would be determinative of the appeal.

[38] Counsel for the respondent submitted there is no need for the Federal Court of Appeal to address the proposed question as the circumstances presented by the applicants are particularly unusual, and that it would be a rare occurrence that a child who marries after the age of 22 would remain a student financially dependent on his or her parents. I cannot but disagree with that proposition since it runs counter to the economic realities of the world we now live in. The fact that such an issue had not been raised before is no indication of its academic character. Quite to the contrary, it is clearly a question that transcends the immediate interests of the parties, and it could be of major significance for prospective permanent resident applicants in the future. For those reasons, I agree to certify the question proposed by the applicants.

postsecondaire accrédité. Cette conclusion était déraisonnable compte tenu de l'ensemble de la preuve dont disposait l'agent.

[35] Toutefois, comme Rupinder devait satisfaire à toutes les conditions énumérées dans la définition d'« enfant à charge », la demande de contrôle judiciaire doit néanmoins être rejetée.

[36] À la fin de l'audience, l'avocat des demandeurs a soumis la question suivante à certifier :

Le mariage a-t-il une incidence sur le statut d'enfant à charge d'une étudiante qui avait plus de 22 ans lorsque la demande a été déposée et plus de 22 ans lorsque le mariage a eu lieu?

[37] Il est de jurisprudence constante que, pour être certifiée, une question doit : 1) transcender les intérêts des parties au litige; 2) aborder des éléments ayant des conséquences importantes ou qui sont de portée générale; 3) être déterminante quant à l'issue de l'appel (*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Liyanagamage*, [1994] A.C.F. n° 1637 (C.A.) (QL) et *Zazai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CAF 89). Vu ma conclusion quant à la seconde question soulevée par les demandeurs, il n'y a aucun doute que la question proposée serait déterminante quant à l'issue de l'appel.

[38] L'avocat du défendeur affirme qu'il n'est pas nécessaire que la Cour d'appel fédérale examine la question proposée étant donné que la situation des demandeurs est fort inusitée et qu'il serait rare qu'un enfant qui se marie après avoir atteint l'âge de 22 ans demeure un étudiant qui continue à dépendre du soutien financier de ses parents. Je ne puis qu'être en désaccord avec cette affirmation, car elle contredit les réalités économiques du monde actuel. Le fait qu'une telle question n'ait pas été soulevée avant ne démontre pas qu'elle est théorique. Bien au contraire, c'est clairement une question qui transcende les intérêts immédiats des parties et qui pourrait avoir des conséquences importantes pour les éventuels demandeurs de résidence permanente à l'avenir. Pour ces motifs, je suis d'accord pour certifier la question proposée par les demandeurs.

ORDER

ORDONNANCE

THIS COURT ORDERS that:

LA COUR ORDONNE :

1. This application for judicial review is dismissed.

1. La présente demande de contrôle judiciaire est rejetée.

2. The following question is certified:

2. La question suivante est certifiée :

Does marriage affect the dependency of a student who was over the age of 22 when the application was filed and over the age of 22 when the marriage took place?

Le mariage a-t-il une incidence sur le statut d'enfant à charge d'une étudiante qui avait plus de 22 ans lorsque la demande a été déposée et plus de 22 ans lorsque le mariage a eu lieu?

T-1846-06
2007 FC 866

T-1846-06
2007 CF 866

Plamen Kozarov (*Applicant*)

Plamen Kozarov (*demandeur*)

v.

c.

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

Le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (*défendeur*)

INDEXED AS: KOZAROV v. CANADA (MINISTER OF PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS) (F.C.)

RÉPERTORIÉ : KOZAROV c. CANADA (MINISTRE DE LA SÉCURITÉ PUBLIQUE ET DE LA PROTECTION CIVILE) (C.F.)

Federal Court, Harrington J.—Vancouver, August 14; Ottawa, August 29, 2007.

Cour fédérale, juge Harrington—Vancouver, 14 août; Ottawa, 29 août 2007.

Construction of Statutes — International Transfer of Offenders Act (Act) — Judicial review of decision of Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (Minister) maintaining earlier decision to deny application to serve remainder of sentence in Canada under Act, ss. 10(1)(b), (c) despite American authorities' consent thereto — Applicant currently serving sentence in U.S., ordered deported to Canada after sentence served — Canadian citizen since 1982 but living mainly in U.S. — Act, s. 8 providing that consent of offender, foreign entity, Canada required for transfer — S. 10 not requiring Minister to either give or refuse consent depending on whether factors set out (whether applicant having social or family ties in Canada, whether abandoning Canada as place of permanent residence) met — Minister's decision not unreasonable — Application dismissed.

Interprétation des lois — Loi sur le transfèrement international des délinquants (la Loi) — Contrôle judiciaire de la décision du ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (le ministre), qui a maintenu sa décision antérieure de rejeter la demande du demandeur de purger le reste de sa peine au Canada conformément à l'art. 10(1)b) et c) de la Loi, malgré le consentement des autorités américaines — Le demandeur purge actuellement une peine d'emprisonnement aux États-Unis et il sera expulsé au Canada lorsqu'il aura purgé sa peine — Le demandeur est un citoyen canadien depuis 1982, mais il a surtout vécu aux États-Unis — L'art. 8 de la Loi précise que le transfèrement nécessite le consentement du délinquant, de l'entité étrangère et du Canada — L'art. 10 n'exige pas que le ministre accorde son consentement ou le refuse selon qu'il y a eu respect ou non des facteurs énumérés (si le demandeur a des liens sociaux ou familiaux au Canada, s'il a quitté le Canada avec l'intention de ne plus considérer le Canada comme le lieu de sa résidence permanente) — La décision du ministre n'était pas déraisonnable — Demande rejetée.

Constitutional Law — Charter of Rights — Mobility Rights — Judicial review of decision of Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (Minister) maintaining earlier decision to deny application to serve remainder of sentence in Canada under International Transfer of Offenders Act — Current restrictions on mobility arising from applicant's criminal activities — Absolute right to return to Canada once sentence served — Condition of transfer requiring applicant to serve sentence — Freedom thus restricted under Corrections and Conditional Release Act — Act, ss. 8, 10(1)(b), (c) not offending applicant's mobility rights under Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 6(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de circulation et d'établissement — Contrôle judiciaire de la décision du ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (le ministre), qui a maintenu sa décision antérieure de rejeter la demande du demandeur de purger le reste de sa peine au Canada conformément à la Loi sur le transfèrement international des délinquants — Les limites actuelles imposées à la liberté de circulation et d'établissement découlent des activités criminelles du demandeur — Une fois qu'il aura purgé sa peine, le demandeur aura le droit absolu de rentrer au pays — Une condition au transfèrement précise que le demandeur doit purger sa peine — Sa liberté est donc restreinte en application de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition — Ni l'art. 8 ni les art. 10(1)b) et c) de la Loi ne portent atteinte à la liberté de circulation et d'établissement que l'art. 6(1) de la Charte canadienne des droits et libertés garantit au demandeur.

This was an application for judicial review of the decision of the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (Minister) maintaining an earlier decision to deny the applicant's application to serve the remainder of his sentence in Canada, pursuant to paragraphs 10(1)(b) and (c) of the *International Transfer of Offenders Act* (Act) notwithstanding the American authorities' consent thereto. The Minister denied the application because the applicant had spent at least the past 10 years in the United States; he apparently left Canada with no intention of returning; and he had insufficient ties in Canada that warranted a transfer.

The applicant, a Canadian citizen since 1982 who has spent most of the last 25 years in the United States, is currently serving a sentence of five years and ten months in the United States for drug-related offences and has been ordered deported once his sentence is served. The issues were whether the Minister was authorized to deny the applicant's return to Canada and whether the relevant sections of the Act violate his mobility rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter), subsection 6(1).

Held, the application should be dismissed.

Section 8 of the Act requires the consent of the offender, the foreign entity and Canada for a transfer. The Minister's consent is not limited to determining whether or not the applicant was a Canadian citizen once an offender applies for a transfer and the American authorities agree thereto. Subsection 10(1) sets out the factors to be considered in determining whether to consent i.e. whether offender's return threatening security of Canada; whether offender abandoned Canada; whether offender having social, family ties. Subsection 10(1) only applies to Canadian offenders. There is no inconsistency between the stated purpose of the Act as set out in section 3 and paragraphs 10(1)(b) and (c). The section 10 factors are fairly new and fluid and do not offend international law. Section 10 is neither all inclusive nor does it require the Minister to either give or refuse consent depending on whether the factors set out therein are met. Although there was conflicting advice as to whether consent should be given to the applicant's transfer request, the Minister took the decision. His findings were not unreasonable.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (le ministre) a maintenu sa décision antérieure de rejeter la demande du demandeur de purger le reste de sa peine au Canada, conformément aux alinéas 10(1)b) et c) de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants* (la Loi) malgré le consentement des autorités américaines. Le ministre a rejeté la demande parce que le demandeur avait passé au moins les dix dernières années aux États-Unis, il aurait quitté le Canada sans l'intention d'y revenir et il n'entretenait pas de liens suffisants avec le Canada pour justifier son transfèrement.

Le demandeur, un citoyen canadien depuis 1982 qui a passé la majeure partie des 25 dernières années aux États-Unis, purge actuellement une peine d'emprisonnement de cinq ans et dix mois aux États-Unis pour des infractions liées à la drogue et il sera expulsé lorsqu'il aura purgé sa peine. Les questions litigieuses étaient celles de savoir si le ministre était autorisé à refuser le retour du demandeur au Canada et si les dispositions pertinentes de la Loi portent atteinte à la liberté de circulation et d'établissement que lui garantit le paragraphe 6(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte).

Jugement : la demande doit être rejetée.

L'article 8 de la Loi précise que le transfèrement nécessite le consentement du délinquant, de l'entité étrangère et du Canada. Le consentement du ministre ne reposait pas que sur la question de savoir si le demandeur était citoyen canadien ou non après le dépôt, par le délinquant, de la demande de transfèrement et l'approbation de cette demande par les autorités américaines. Le paragraphe 10(1) énumère les facteurs qui doivent être pris en compte pour déterminer s'il y a lieu de donner ce consentement, c'est-à-dire si le retour du délinquant peut constituer une menace pour la sécurité du Canada, si le délinquant a quitté le Canada sans l'intention d'y revenir, et si le délinquant a des liens sociaux ou familiaux au Canada. Le paragraphe 10(1) ne s'applique qu'au délinquant canadien. Il n'y a aucune incompatibilité entre l'objet déclaré de la Loi comme l'énonce l'article 3 et les alinéas 10(1)b) et c). Les facteurs énumérés à l'article 10 sont relativement nouveaux et souples et ils ne vont pas à l'encontre des principes du droit international. L'article 10 n'est pas exhaustif, ni n'exige que le ministre accorde son consentement ou le refuse selon qu'il y a eu respect ou non des facteurs qui y sont énumérés. Bien qu'il ait reçu des conseils contradictoires quant à la question de savoir s'il devait approuver la demande de transfèrement du demandeur, le ministre a pris la décision. Ses conclusions n'étaient pas déraisonnables.

The current restrictions on the applicant's mobility arise from his own criminal activities. Once he serves his sentence, he has the absolute right, as a citizen, to return to Canada. All citizens, unlike foreigners and permanent residents, have that constitutional mobility right. However, the American authorities agreed to the transfer on the condition that the applicant serve his sentence here. Upon his transfer, the applicant could not immediately invoke his constitutional right as a citizen to leave Canada. His freedom would properly be restricted in accordance with the *Corrections and Conditional Release Act*. Neither section 8 of the Act nor paragraphs 10(1)(b) and (c) offends his mobility rights under the Charter.

Les limites actuelles imposées à la liberté de circulation et d'établissement du demandeur découlent de ses propres activités criminelles. Une fois qu'il aura purgé sa peine, le demandeur aura le droit absolu comme tout autre citoyen de rentrer au pays. Chaque citoyen, contrairement à l'étranger et au résident permanent, bénéficie d'un droit constitutionnel lui garantissant la liberté de circulation et d'établissement. Les autorités américaines ont toutefois prévu une condition au transfèrement, c'est-à-dire que le demandeur purge sa peine au Canada. Après son transfèrement, le demandeur ne pourrait pas invoquer immédiatement son droit constitutionnel de quitter le Canada. Sa liberté serait à juste titre restreinte en application de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*. Ni l'article 8 de la Loi ni les alinéas 10(1)(b) et c) ne portent atteinte à la liberté de circulation et d'établissement que la Charte garantit au demandeur.

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.1, 6.
Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20.
Extradition Act, R.S.C. 1970, c. E-21.
International Transfer of Offenders Act, S.C. 2004, c. 21, ss. 2 "Canadian offender", 3, 8, 10.
Transfer of Offenders Act, R.S.C., 1985, c. T-15.
Transfer of Offenders Regulations, SOR/79-171, s. 4 (as enacted by SOR/88-145, s. 1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

DISTINGUISHED:

R. v. Hape, [2007] 2 S.C.R. 292; (2007), 280 D.L.R. (4th) 385; 220 C.C.C. (3d) 161; 47 C.R. (6th) 96; 363 N.R. 1; 227 O.A.C. 191; 2007 SCC 26; *Van Vlymen v. Canada (Solicitor General)*, [2005] 1 F.C.R. 617; (2004), 189 C.C.C. (3d) 538; 123 C.R.R. (2d) 101; 258 F.T.R. 1; 2004 FC 1054.

CONSIDERED:

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; *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335; *United States of America v. Cotroni*; *United States of America v. El Zein*, [1989] 1 S.C.R. 1469; (1989), 23 Q.A.C. 182; 96 N.R. 321; 48 C.C.C. (3d) 193.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 6.
Loi sur l'extradition, S.R.C. 1970, ch. E-21.
Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20.
Loi sur le transfèrement des délinquants, L.R.C. (1985), ch. T-15.
Loi sur le transfèrement international des délinquants, L.C. 2004, ch. 21, art. 2 « délinquant canadien », 3, 8, 10.
Règlement sur le transfèrement des délinquants, DORS/79-171, art. 4 (édicte par DORS/88-145, art. 1).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

R. c. Hape, [2007] 2 R.C.S. 282; 2007 CSC 26; *Van Vlymen c. Canada (Solliciteur général)*, [2005] 1 R.C.F. 617; 2004 CF 1054.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada, [1982] 2 R.C.S. 2; *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*; *États-Unis d'Amérique c. El Zein*, [1989] 1 R.C.S. 1469.

REFERRED TO:

Mount Sinai Hospital Centre v. Quebec (Minister of Health and Social Services), [2001] 2 S.C.R. 281; 200 D.L.R. (4th) 193; 36 Admin. L.R. (3d) 71; 271 N.R. 104; 2001 SCC 41; *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; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226; (2003), 223 D.L.R. (4th) 599; [2003] 5 W.W.R. 1; 11 B.C.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (3d) 1; 179 B.C.A.C. 170; 302 N.R. 34; 2003 SCC 19; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247; (2003), 257 N.B.R. (2d) 207; 223 D.L.R. (4th) 577; 48 Admin. L.R. (3d) 33; 31 C.P.C. (5th) 1; 302 N.R. 1; 2003 SCC 20; *Catenacci v. Canada (Attorney General)* (2006), 144 C.R.R. (2d) 128; 291 F.T.R. 215; 2006 FC 539.

AUTHORS CITED

United Nations. *Model Treaty on the Transfer of Supervision of Offenders Conditionally Sentenced or Conditionally Released*, adopted by General Assembly Resolution 45/119 of 14 December 1990.

APPLICATION for judicial review of the decision of the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness maintaining an earlier decision to deny applicant's application to serve the remainder of his sentence in Canada, in accordance with paragraphs 10(1)(b) and (c) of the *International Transfer of Offenders Act*. Application dismissed.

APPEARANCES:

John W. Conroy, Q.C. for applicant.
Curtis S. Workun for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Conroy & Company, Abbotsford, British Columbia, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

[1] HARRINGTON J.: Plamen Kozarov is a Canadian citizen; not a very good one, but a citizen nevertheless.

DÉCISIONS CITÉES :

Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux), [2001] 2 R.C.S. 281; 2001 CSC 41; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226; 2003 CSC 19; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247; 2003 CSC 20; *Catenacci c. Canada (Procureur général)*, 2006 CF 539.

DOCTRINE CITÉE

Nations Unies. *Traité type relatif au transfert de la surveillance des délinquants bénéficiant d'un sursis à l'exécution de la peine ou d'une libération conditionnelle*, adopté par l'Assemblée générale dans sa résolution 45/119 du 14 décembre 1990.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile a maintenu sa décision antérieure de rejeter la demande du demandeur de purger le reste de sa peine au Canada, conformément aux alinéas 10(1)(b) et c) de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants*. Demande rejetée.

ONT COMPARU :

John W. Conroy, c.r. pour le demandeur.
Curtis S. Workun pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Conroy & Company, Abbotsford, Colombie-Britannique, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

Ce qui suit est la version française de l'ordonnance et de l'ordonnance rendus par

[1] LE JUGE HARRINGTON : Plamen Kozarov n'est pas un très bon citoyen canadien, mais il n'en reste pas

He is a convicted drug dealer. He is currently serving a sentence in the United States for having distributed not less than 100 kilos of cocaine, 100 kilos of marijuana and 97,000 units of Ecstasy.

[2] In accordance with the treaty between Canada and the United States and the *International Transfer of Offenders Act* [S.C. 2004, c. 21] (Act), he applied to serve the remainder of his sentence here. The American authorities have consented, but our Minister, the Honourable Stockwell Day, did not. He denied the application for the following reasons:

The offender has spent at least the past ten years in the United States.

File information suggests the offender left Canada with no intention of returning.

File information states that there do not appear sufficient ties in Canada to warrant a transfer.

[3] This is a judicial review of his decision. In fact, he made the same decision twice. He was asked to reconsider. He did so but maintained his position as quoted above.

[4] The Minister based himself upon paragraphs 10(1)(b) and (c) of the Act which provide:

10. (1) In determining whether to consent to the transfer of a Canadian offender, the Minister shall consider the following factors:

...

(b) whether the offender left or remained outside Canada with the intention of abandoning Canada as their place of permanent residence;

(c) whether the offender has social or family ties in Canada; and

[5] Mr. Kozarov submits that in the circumstances of this case the Act did not authorize the Minister to deny his return to Canada. However, if they do, the relevant provisions of the Act violate his mobility rights as set out in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

moins un. Il a été déclaré coupable de trafic de drogues et purge actuellement aux États-Unis une peine pour avoir distribué une quantité d'au moins 100 kilos de cocaïne, 100 kilos de marijuana et 97 000 comprimés d'ecstasy.

[2] Conformément au traité conclu entre le Canada et les États-Unis et à la *Loi sur le transfèrement international des délinquants* [L.C. 2004, ch. 21] (la Loi), il a demandé de purger le reste de sa peine au Canada. Les autorités américaines ont accepté mais le ministre canadien, l'honorable Stockwell Day (le ministre), a refusé. Il a rejeté la demande pour les motifs suivants :

[TRADUCTION] Le délinquant a vécu au moins les dix dernières années aux États-Unis.

Les renseignements contenus dans le dossier indiquent que le délinquant a quitté le Canada sans l'intention d'y revenir.

Les renseignements contenus dans le dossier indiquent que le demandeur ne semble pas entretenir des liens suffisants avec le Canada pour justifier son transfèrement.

[3] La présente instance concerne une demande de contrôle judiciaire de la décision du ministre. En réalité, le ministre a rendu deux fois la même décision. On lui avait demandé d'examiner de nouveau la demande, ce qu'il a fait. Il a toutefois maintenu sa position initiale, telle qu'elle est exposée ci-dessus.

[4] Le ministre s'est fondé sur les alinéas 10(1)(b) et c) de la Loi ainsi libellée :

10. (1) Le ministre tient compte des facteurs ci-après pour décider s'il consent au transfèrement du délinquant canadien :

[...]

b) le délinquant a quitté le Canada ou est demeuré à l'étranger avec l'intention de ne plus considérer le Canada comme le lieu de sa résidence permanente;

c) le délinquant a des liens sociaux ou familiaux au Canada;

[5] M. Kozarov soutient que, dans les circonstances de l'espèce, la Loi n'autorisait pas le ministre à refuser son retour au Canada et ajoute que si jamais elle l'autorisait à le faire, les dispositions pertinentes de la Loi portent atteinte à sa liberté de circulation et

[being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (the Charter). Subsection 6(1) thereof confirms:

6. (1) Every citizen of Canada has the right to enter, remain in and leave Canada.

BACKGROUND

[6] Mr. Kozarov is 52 years of age. He was born and raised in Bulgaria. After spending a year in Italy, he came to Canada as a refugee in 1977. While here, he became romantically involved with a Canadian citizen. In 1982, he himself became a citizen. The same year they moved to Florida, apparently because her parents had moved there and she wanted to be close to them. While there, they had a daughter in 1983 and subsequently married in 1984. The marriage broke up. His wife and daughter returned to Canada where they remain. By 1996 they were divorced.

[7] He had no legal status in the United States but nevertheless spent most of his time there, although at first, he did travel back and forth to Canada. In 1995, however, he was arrested in Buffalo by the United States Immigration Service and charged with a violation of American immigration laws. He returned to Canada, but afterwards re-entered the United States allegedly to be closer to his now former father-in-law and to look after his business interests. Thereafter, he only returned here once. In the summer of 2001, he made a road trip across Canada with his then current girlfriend whom he married in Las Vegas in 2003. Her exact status in Canada is unclear.

[8] In September 2003, he was arrested in Florida and charged with conspiracy to possess with intent to distribute detectable amounts of cocaine, marijuana and Ecstasy. He subsequently pleaded guilty and was sentenced to five years and ten months' imprisonment and ordered deported from the United States to Canada

d'établissement que lui garantit le paragraphe 6(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la Charte) qui confirme que :

6. (1) Tout citoyen canadien a le droit de demeurer au Canada, d'y entrer ou d'en sortir

CONTEXTE

[6] M. Kozarov est âgé de 52 ans. Il est né et a grandi en Bulgarie. Après un séjour d'un an en Italie, il est arrivé au Canada à titre de réfugié en 1977. Pendant qu'il se trouvait au Canada, il est devenu amoureux d'une citoyenne canadienne. En 1982, il est lui-même devenu citoyen canadien. La même année, ils ont déménagé en Floride parce que c'est apparemment ce que les parents de sa petite amie avaient fait et qu'elle voulait demeurer près d'eux. Pendant qu'ils étaient en Floride, ils ont eu une fille en 1983 et se sont ensuite mariés en 1984. Il y a eu rupture du mariage. Son épouse et sa fille sont retournées au Canada et y sont demeurées. Ils ont divorcé en 1996.

[7] M. Kozarov n'avait pas de statut juridique aux États-Unis, mais il a pourtant passé le plus clair de son temps dans ce pays, bien qu'au début il ait voyagé entre le Canada et les États-Unis. Cependant, il a été mis en état d'arrestation en 1995 à Buffalo par le Service d'immigration des États-Unis et accusé d'avoir contrevenu aux dispositions législatives américaines en matière d'immigration. Il est revenu au Canada, mais il est retourné ensuite aux États-Unis parce qu'il aurait voulu se rapprocher de son ex-beau-père et s'occuper de ses affaires. Par la suite, il est revenu une seule fois au Canada. Durant l'été 2001, il a parcouru en voiture tout le Canada accompagné de sa nouvelle petite amie qu'il a mariée à Las Vegas en 2003. Le statut de son épouse au Canada n'est pas clair.

[8] En septembre 2003, M. Kozarov a été arrêté en Floride et accusé de complot pour possession de quantités décelables de cocaïne, de marijuana et d'ectasy dans l'intention d'en faire la distribution. Il a par la suite plaidé coupable et a été condamné à une peine d'emprisonnement de cinq ans et dix mois. On a

once his sentence was served.

[9] After the conviction, but before filing the application under review, his wife established a residence in Canada, but has shuttled back and forth to the United States visiting him in prison and looking after their business interests.

[10] As part of the application process, the American authorities prepared a case summary and the Canadian authorities conducted a community assessment on his wife and attempted to conduct one on his daughter. She initially refused. The Americans approved his transfer in January 2006. However the Act also requires Canada's consent. In May 2006, the Minister refused for the reasons given above.

[11] Mr. Kozarov asked that the matter be reconsidered, and his daughter then consented to a community assessment. However, in October the Minister maintained his earlier decision.

STANDARD OF REVIEW

[12] Leaving the Charter aside, the courts should not readily interfere with a discretionary decision of a Minister. It was held in *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2, that the courts, wherever possible, avoid a narrow technical construction and endeavour to make effective the intent of the legislature. As stated by Mr. Justice McIntyre at pages 7 and 8:

Where the statutory discretion has been exercised in good faith and, where required, in accordance with the principles of natural justice, and where reliance has not been placed upon considerations irrelevant or extraneous to the statutory purpose, the courts should not interfere.

[13] Since then, the concept of a pragmatic and functional approach to judicial review has been fully developed.

ordonné qu'il soit expulsé des États-Unis vers le Canada au moment où il aurait terminé de purger sa peine.

[9] Après la déclaration de culpabilité de M. Kozarov, mais avant le dépôt de la demande de contrôle judiciaire, son épouse a établi sa résidence au Canada, mais elle faisait la navette entre le Canada et les États-Unis pour le visiter en prison et s'occuper de ses affaires.

[10] Dans le cadre du traitement de la demande de transfèrement, les autorités américaines ont rédigé un résumé du dossier et les autorités canadiennes ont procédé à une enquête communautaire sur l'épouse du demandeur et ont tenté d'en faire une sur sa fille, qui initialement n'y avait pas consenti. Les autorités américaines ont approuvé le transfèrement du demandeur en janvier 2006. Cependant, la Loi exige que le Canada l'approuve aussi. En mai 2006, le ministre a refusé de donner son approbation pour les motifs exposés précédemment.

[11] M. Kozarov a demandé que l'affaire soit examinée de nouveau, et sa fille a alors accepté de faire l'objet d'une enquête communautaire. Il reste qu'en octobre le ministre a confirmé sa décision antérieure.

NORME DE CONTRÔLE

[12] Indépendamment de la Charte, les tribunaux ne devraient pas modifier trop promptement la décision d'un ministre prise en vertu d'un pouvoir discrétionnaire. Il a été conclu dans l'arrêt *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2, que les cours devraient, si c'est possible, éviter les interprétations strictes et formalistes et essayer de donner effet à l'intention du législateur. Pour reprendre les propos du juge McIntyre aux pages 7 et 8 :

Lorsque le pouvoir discrétionnaire accordé par la loi a été exercé de bonne foi et, si nécessaire, conformément aux principes de justice naturelle, si on ne s'est pas fondé sur des considérations inappropriées ou étrangères à l'objet de la loi, les cours ne devraient pas modifier la décision.

[13] Depuis cet arrêt, le concept de l'approche pragmatique et fonctionnelle applicable au contrôle judiciaire a été élaboré en détail.

[14] Even under this approach, decisions of Ministers of the Crown, in the exercise of discretionary administrative powers, usually receive the highest standard of deference, that is to say they are not disturbed unless patently unreasonable (*Mount Sinai Hospital Centre v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, [2001] 2 S.C.R. 281), although in certain circumstances the standard of reasonableness *simpliciter* applies (*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817). Relying on the principles enumerated by the Supreme Court of Canada in such cases as *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226 and *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, I am of the opinion that the Minister's discretionary decision should be assessed against the standard of patent unreasonableness.

[15] However, on legal interpretation the standard of review is correctness. The Minister is owed no deference.

[16] The first step is to determine whether on the applicable standards of judicial review Mr. Kozarov's application should be granted. If so, there is no need to consider the Charter. If not, the question arises whether the relevant sections of the Act offend. As required, Mr. Kozarov filed and served a notice of constitutional question.

International Transfer of Offenders Act

[17] The following provisions of the Act, the full title of which is *An Act to implement treaties and administrative arrangements on the international transfer of persons found guilty of criminal offences* are relevant:

2. . . .

“Canadian offender” means a Canadian citizen within the meaning of the *Citizenship Act*. . . .

[14] Même selon cette approche, la norme de retenue la plus élevée, celle du caractère manifestement déraisonnable, doit généralement être appliquée aux décisions que prennent des ministres en exerçant des pouvoirs discrétionnaires en contexte administratif (*Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281), bien que, dans certaines circonstances, la norme de contrôle appropriée soit celle de la décision raisonnable *simpliciter* (*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817). En me fondant sur les principes énoncés par la Cour suprême du Canada dans des arrêts comme *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226 et *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, je suis d'avis que la décision du ministre prise en vertu d'un pouvoir discrétionnaire devrait être examinée au regard de la norme de la décision manifestement déraisonnable.

[15] Cependant, pour ce qui est de l'interprétation de la loi, je suis d'avis que la norme de contrôle est celle de la décision correcte. La Cour n'a pas à faire preuve de retenue à l'égard de la décision du ministre.

[16] La première étape consiste à se demander si, conformément aux normes de contrôle applicables, la demande de contrôle judiciaire de M. Kozarov devrait être accueillie. Si la réponse est affirmative, il n'y a pas lieu d'examiner la question du point de vue de la Charte. Si elle est négative, il faudra se demander si les dispositions pertinentes de la Loi contreviennent à la Charte. Comme la Loi l'exige, M. Kozarov a déposé et fait signifier un avis de question constitutionnelle.

Loi sur le transfèrement international des délinquants

[17] Voici les dispositions pertinentes de la Loi, dont le titre intégral est la *Loi de mise en œuvre des traités ou des ententes administratives sur le transfèrement international des personnes reconnues coupables d'infractions criminelles* :

2. [. . .]

« délinquant canadien » Citoyen canadien au sens de la *Loi sur la citoyenneté* [. . .]

...

[...]

8. (1) The consent of the three parties to a transfer — the offender, the foreign entity and Canada — is required.

8. (1) Le transfèrement nécessite le consentement des trois parties en cause, soit le délinquant, l'entité étrangère et le Canada.

...

[...]

10. (1) In determining whether to consent to the transfer of a Canadian offender, the Minister shall consider the following factors:

10. (1) Le ministre tient compte des facteurs ci-après pour décider s'il consent au transfèrement du délinquant canadien :

(a) whether the offender's return to Canada would constitute a threat to the security of Canada;

a) le retour au Canada du délinquant peut constituer une menace pour la sécurité du Canada;

(b) whether the offender left or remained outside Canada with the intention of abandoning Canada as their place of permanent residence;

b) le délinquant a quitté le Canada ou est demeuré à l'étranger avec l'intention de ne plus considérer le Canada comme le lieu de sa résidence permanente;

(c) whether the offender has social or family ties in Canada; and

c) le délinquant a des liens sociaux ou familiaux au Canada;

(d) whether the foreign entity or its prison system presents a serious threat to the offender's security or human rights.

d) l'entité étrangère ou son système carcéral constitue une menace sérieuse pour la sécurité du délinquant ou ses droits de la personne.

[18] Apart from the Charter, Mr. Kozarov submits that the Minister erred in his interpretation of section 8 and that his discretion was not exercised in good faith, or was based on irrelevant or extraneous considerations.

[18] Abstraction faite de la Charte, M. Kozarov plaide que le ministre a commis une erreur dans son interprétation de l'article 8 et qu'il n'a pas exercé son pouvoir discrétionnaire de bonne foi ou qu'il s'est fondé sur des considérations inappropriées ou étrangères à l'objet de la loi.

[19] It was argued that once Mr. Kozarov applied for a transfer and the American authorities agreed, the Minister's consent under section 8 was limited to determining whether or not he was a Canadian citizen. That cannot be so. That is a fact-finding mission, not a discretionary decision. It is clear that subsection 10(1) as opposed to subsection 10(2) only applies to "Canadian offenders", i.e. Canadian citizens.

[19] Il a été soutenu qu'après le dépôt de la demande de transfèrement de M. Kozarov et son approbation par les autorités américaines, le consentement du ministre, exigé en vertu de l'article 8, ne reposait que sur la question de savoir si le demandeur était citoyen canadien ou non. Ce ne saurait être le cas. Cela supposerait que le ministre est chargé d'une mission d'enquête et non investi d'un pouvoir discrétionnaire. Il est clair que le paragraphe 10(1), contrairement au paragraphe 10(2), ne s'applique qu'au « délinquant canadien », c'est-à-dire à celui qui est citoyen canadien.

[20] The language is unambiguous. Section 10 cannot be internally read down within the statute. Indeed, I find no inconsistency between the stated purpose of the Act as set out in section 3, and paragraphs 10(1)(b) and (c). Although Mr. Kozarov is a citizen, it can hardly be said he is a member of the community. Only if two interpretations are possible is it presumed that

[20] Le texte de loi ne comporte aucune ambiguïté. L'article 10 ne peut recevoir une interprétation atténuante dans le contexte interne de la Loi. En effet, je ne vois donc aucune incompatibilité entre l'objet déclaré de la Loi comme l'énonce l'article 3 et les alinéas 10(1)(b) et c). Même si M. Kozarov est un citoyen, on peut difficilement affirmer qu'il est membre de la

Parliament did not intend to legislate contrary to international law and to Canada's international obligations. (See for example *R. v. Hape*, [2007] 2 S.C.R. 292, at paragraph 39.)

[21] In any event, the section 10 factors, taken into account by the international community with respect to the transfer of prisoners from one jurisdiction to another, are fairly new, and fairly fluid. The sections relied upon by the Minister do not offend international law. By letter issued in November 1991, the Secretary-General of the United Nations presented the Permanent Representative of Canada to the United Nations (Vienna) with a *Model Treaty on the Transfer of Supervision of Offenders Conditionally Sentenced or Conditionally Released* [adopted by general Assembly Resolution 45/119 of 14 December 1990]. The model requires the consent of the state to whom the prisoner would be transferred. Article 7 goes on to provide, among other things, that “[a]cceptance may be refused where: a) [t]he sentenced person is not ordinarily resident in the administering State.”

[22] Section 10 is neither all inclusive, nor does it require the Minister to either give or refuse consent depending on whether the factors set out therein are met.

[23] The Minister had conflicting advice. The Director General of the Offender Programs and Reintegration, Correctional Services of Canada, recommended he approve the transfer. However, one “Sharif” came to the opposite conclusion. The security classification of his or her memorandum was “confidential—not for distribution.” Subsection 10(1) was considered in its entirety. Apart from the factors on which the Minister based his decision, Sharif reported, quite correctly, it would appear, that Mr. Kozarov's return would not constitute a threat to Canada's security, that there was no basis to suppose he would commit a terrorism offence, or a criminal organization offence, and that the United States prison system did not present a serious threat to his security or human rights.

collectivité. Ce n'est que si deux interprétations sont possibles qu'il est présumé que le législateur n'avait pas l'intention de légiférer de manière contraire aux principes de droit international ou aux obligations internationales du Canada (voir par exemple *R. c. Hape*, [2007] 2 R.C.S. 292, au paragraphe 39).

[21] Quoi qu'il en soit, les facteurs énumérés à l'article 10, pris en compte par la communauté internationale dans le transfèrement de prisonniers d'un État à un autre, sont relativement nouveaux et souples. Les dispositions législatives sur lesquelles se fonde le ministre ne vont pas à l'encontre des principes du droit international. Dans une lettre envoyée en novembre 1991, le Secrétaire général des Nations Unies a présenté au représentant permanent du Canada aux Nations Unies (à Vienne) un *Traité type relatif au transfert de la surveillance des délinquants bénéficiant d'un sursis à l'exécution de la peine ou d'une libération conditionnelle* [adopté par l'Assemblée générale dans sa résolution 45/119 du 14 décembre 1990]. Le traité type exige le consentement de l'État vers lequel le prisonnier sera transféré. L'article 7 prévoit, entre autres, que « [l]a demande peut être refusée lorsque : a) [l]a personne condamnée n'a pas sa résidence habituelle dans l'État requis ».

[22] L'article 10 n'est pas exhaustif, ni n'exige que le ministre accorde son consentement ou le refuse selon qu'il y a eu respect ou non des facteurs qui y sont énumérés.

[23] Le ministre a reçu des conseils contradictoires. Le directeur général des Programmes pour délinquants et de la réinsertion sociale, Service correctionnel du Canada, lui avait recommandé d'approuver le transfèrement. Cependant, un certain « Sharif » a formulé une recommandation contraire dans sa note à l'intention du ministre portant la mention [TRADUCTION] « confidentielle—à ne pas diffuser ». Le paragraphe 10(1) a été examiné dans son intégralité. Outre les facteurs sur lesquels le ministre a fondé sa décision, Sharif a conclu, avec raison semble-t-il, que le retour de M. Kozarov ne constituerait pas une menace pour la sécurité du Canada, que rien ne laissait supposer que ce dernier commettrait un acte terroriste ou de gangstérisme, et que le système carcéral américain ne

[24] The Minister took advice, but he took the decision. He did not delegate. The findings that Mr. Kozarov had spent at least the last ten years in the United States, that he left Canada with no intention of returning, and that there did not appear to be sufficient ties in Canada to warrant a transfer, were not unreasonable, much less patently so.

[25] Mr. Kozarov would have it that as long as he had any tie to Canada, a transfer would be warranted. I do not read section 10 that way, but, as aforesaid, it does not exhaust the Minister's discretion. Mr. Kozarov goes on to suggest that the Minister acted in bad faith and had an agenda beyond that expressed by Parliament in such acts as the *Corrections and Conditional Release Act* [S.C. 1992, c. 20], which would apply if he were to serve the remainder of his sentence here. Because of our system of parole, it is quite possible that Mr. Kozarov could get out on the street a lot sooner in Canada, than in the United States. However, there is no evidence in the file to justify that allegation, and so it is not entitled to consideration.

[26] Mr. Kozarov makes much of the fact that he is a naturalized Canadian, not native-born. The suggestion is that he is being stripped of his citizenship. There is no merit to that suggestion. Had he been born in Canada, but was ordinarily resident somewhere else for the past 25 years, he would have been treated the same way.

CHARTER MOBILITY RIGHTS

[27] Mr. Kozarov's current restrictions on his mobility arise from his own actions, his own criminal activities. A natural and foreseeable consequence of a criminal conviction is that the state in which the offence is committed and in which the offender may be found may incarcerate him. Once Mr. Kozarov serves his sentence, he has the absolute right, as a citizen, to return

constituait pas une menace sérieuse pour sa sécurité ou ses droits de la personne.

[24] Le ministre a demandé des conseils, mais c'est lui qui a pris la décision. Il n'a rien délégué. Les conclusions selon lesquelles M. Kozarov a vécu au moins les dix dernières années aux États-Unis, il a quitté le Canada sans l'intention d'y revenir et il ne semble pas entretenir des liens suffisants avec le Canada pour justifier son transfèrement n'étaient pas déraisonnables, et encore moins manifestement déraisonnables.

[25] Selon M. Kozarov, son transfèrement était justifié tant qu'il entretenait un lien quelconque avec le Canada. Je n'interprète pas l'article 10 de la même manière mais, comme je l'ai dit précédemment, cette disposition ne limite pas de manière exhaustive le pouvoir discrétionnaire du ministre. M. Kozarov poursuit en alléguant que le ministre a agi de mauvaise foi et qu'il avait un objectif qui allait au-delà de l'intention du législateur, telle qu'elle est exprimée dans des lois comme la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* [L.C. 1992, ch. 20], laquelle s'appliquerait s'il devait purger le reste de sa peine au Canada. Compte tenu de notre régime de liberté conditionnelle, il serait très possible que M. Kozarov sorte de prison beaucoup plus tôt au Canada qu'aux États-Unis. Cependant, rien au dossier ne permet de justifier cette allégation et, de ce fait, celle-ci ne peut être examinée.

[26] M. Kozarov fait grand état du fait qu'il est Canadien naturalisé et non de naissance. Il prétend qu'on veut lui faire perdre sa citoyenneté. Cette prétention n'est pas fondée. S'il était né au Canada, mais qu'il avait eu sa résidence habituelle ailleurs durant les 25 dernières années, il aurait été traité de la même façon.

LIBERTÉ DE CIRCULATION ET D'ÉTABLISSEMENT GARANTIE PAR LA CHARTE

[27] Les limites actuelles imposées à la liberté de circulation et d'établissement de M. Kozarov découlent de ses propres actions et activités criminelles. Une conséquence prévisible et naturelle d'une déclaration de culpabilité est que l'État où l'infraction est commise et où le délinquant est arrêté peut incarcérer ce dernier. Une fois qu'il aura purgé sa peine, M. Kozarov aura le

here. The same holds true if his current sentence were commuted or if he were pardoned. All citizens, unlike foreigners and permanent residents, have that constitutional mobility right (see *Catenacci v. Canada (Attorney General)* (2006), 144 C.R.R. (2d) 128 (F.C.)).

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

[29] Consequently, it is not necessary to consider whether the challenged provisions can be saved as “reasonable limits prescribed by law” that are “demonstratively justified in a free and democratic society” under section 1 of the Charter as set out in the four-step test enunciated in *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, and subsequent cases. In coming to the conclusion that section 8 and paragraphs 10(1)(b) and (c) do not offend against Charter mobility rights, I have considered the case law relating to extradition, the case particularly urged upon me by Mr. Kozarov (*Van Vlymen v. Canada (Solicitor General)*, [2005] 1 F.C.R. 617) and the recent Supreme Court case relied upon by the Minister (*R. v. Hape*, above).

[30] Extradition affects a citizen’s right to remain in Canada, and so brings section 6 of the Charter into play.

droit absolu comme tout autre citoyen de rentrer au pays. Il en serait de même si sa peine actuelle était commuée ou s’il obtenait un pardon. Chaque citoyen, contrairement à l’étranger et au résident permanent, bénéficie d’un droit constitutionnel lui garantissant la liberté de circulation et d’établissement (voir *Catenacci c. Canada (Procureur général)*, 2006 CF 539).

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

[29] Par conséquent, il n’est pas nécessaire de se demander si les dispositions contestées peuvent être défendues en tant que « limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique » au regard de l’article premier de la Charte, comme le prévoit le critère à quatre volets énoncé dans l’arrêt *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103 et dans des décisions subséquentes. Pour en venir la conclusion que l’article 8 et les alinéas 10(1)(b) et (c) ne portent pas atteinte à la liberté de circulation et d’établissement protégée par la Charte, j’ai examiné la jurisprudence en matière d’extradition, en particulier la décision *Van Vlymen c. Canada (Solliciteur général)*, [2005] 1 R.C.F. 617 que M. Kozarov m’a exhorté d’examiner et le récent arrêt de la Cour suprême sur lequel se fonde le ministre (*R. c. Hape*, précité).

[30] L’extradition prive le citoyen de son droit de demeurer au Canada et fait ainsi intervenir l’article 6 de

The State is active in such cases, not passive as in this. In *United States of America v. Cotroni; United States of America v. El Zein*, [1989] 1 S.C.R. 1469, the constitutional questions were whether the surrender of a Canadian citizen to a foreign state constituted an infringement of his right to remain in Canada, and if so, would a surrender in the circumstances of that case constitute a reasonable limit under section 1. The United States requested Mr. Cotroni's extradition on a charge of conspiracy to possess and distribute heroin. However, all his personal actions relating to the alleged conspiracy took place while he was in Canada.

[31] The Court held that Mr. Cotroni's mobility rights were affected, but the relevant provisions of the *Extradition Act* [R.S.C. 1970, c. E-21] were saved by section 1. To my way of thinking, the key to that case is at page 1480 where Mr. Justice La Forest said:

The right to remain in one's country is of such a character that if it is to be interfered with, such interference must be justified as being required to meet a reasonable state purpose.

However, he went on to say at page 1482:

An accused may return to Canada following his trial and acquittal or, if he has been convicted, after he has served his sentence. The impact of extradition on the rights of a citizen to remain in Canada appears to me to be of secondary importance. In fact, so far as Canada and the United States are concerned, a person convicted may, in some cases, be permitted to serve his sentence in Canada; see *Transfer of Offenders Act*, S.C. 1977-78, c. 9. [Emphasis added.]

That Act was replaced by the current *International Transfer of Offenders Act*.

[32] In this case, it was Mr. Kozarov who chose to leave Canada and to commit a crime in the United States. He has the absolute mobility right, as a Canadian citizen, to return to Canada once his sentence is served. At the present time, we are not really speaking of mobility rights at all. We are rather speaking of the

la Charte. L'État joue dans de tels cas un rôle actif et non passif comme en l'espèce. Dans l'arrêt *États-Unis d'Amérique c. Cotroni; États-Unis d'Amérique c. El Zein*, [1989] 1 R.C.S. 1469, la Cour suprême avait été saisie des questions constitutionnelles de savoir si l'extradition d'un citoyen canadien vers un État étranger constitue une violation de son droit de demeurer au Canada et, dans l'affirmative, si l'extradition dans les circonstances de l'affaire constituait une limite raisonnable au sens de l'article premier. Les États-Unis avaient demandé l'extradition de M. Cotroni pour qu'il réponde à une accusation de complot en vue de posséder et de faire le trafic de l'héroïne. Cependant, tous les actes de M. Cotroni relatifs au complot allégué avaient été commis lorsqu'il se trouvait au Canada.

[31] La Cour suprême a conclu que la liberté de circulation et d'établissement de M. Cotroni avait été violée, mais que les dispositions pertinentes de la *Loi sur l'extradition* [S.R.C. 1970, ch. E-21] étaient justifiées au regard de l'article premier. À mon avis, le point essentiel dans cet arrêt se trouve à la page 1480 où le juge La Forest a écrit :

Le droit de demeurer dans son pays est tel que, s'il faut lui porter atteinte, cette atteinte doit être justifiée comme étant nécessaire pour réaliser un objectif raisonnable de l'État.

Cependant, il a ajouté à la page 1482 :

Un accusé peut revenir au Canada suite à son procès et à son acquittement ou, s'il a été reconnu coupable, après avoir purgé sa peine. Les répercussions de l'extradition sur les droits d'un citoyen de demeurer au Canada me paraissent avoir une importance secondaire. En fait, en ce qui concerne le Canada et les États-Unis, une personne reconnue coupable peut, dans certains cas, être autorisée à purger sa peine au Canada; voir *Loi sur le transfèrement des délinquants*, S.C. 1977-78, chap. 9. [Non souligné dans l'original.]

La Loi en question a été remplacée par la *Loi sur le transfèrement international des délinquants* actuellement en vigueur.

[32] Dans la présente affaire, c'est M. Kozarov qui a choisi de quitter le Canada et de commettre un crime aux États-Unis. En tant que citoyen canadien, il jouit du droit absolu de retourner au Canada une fois qu'il aura purgé sa peine. Pour le moment, il n'est pas du tout question de la liberté de circulation et d'établissement,

transfer of supervision of a prison sentence. Had the Minister given his consent, Mr. Kozarov could not on his arrival here have immediately asserted his mobility right to leave the country.

[33] The Minister's reliance upon *R. v. Hape*, above, is misplaced. That case dealt with the extraterritorial application of the Charter as regards police activity outside Canada. The activity in question in this case, the decision of the Minister, was made in Canada. If one were to say the Charter had no application to Mr. Kozarov while he was outside Canada, then his constitutional right to return to Canada, once his sentence is served, would be violated.

[34] I do not think that the decision of Mr. Justice Russell in *Van Vlymen*, above, assists Mr. Kozarov. Although he held that Mr. Van Vlymen, as a Canadian citizen, had the constitutional right by virtue of section 6 of the Charter to enter Canada provided he remained incarcerated, subject only to his securing the approval of the U.S. authorities, and such reasonable limits as Parliament might prescribe by law, and can be demonstratively justified in a free and democratic society as per section 1 of the Charter, the facts of that case have to be carefully considered. The Minister was found to have neglected or to have deliberately failed to consider Mr. Van Vlymen's request for transfer for close to ten years. In addition to breaching the Charter, it was held that the Minister breached his common-law duty to act fairly in processing Mr. Van Vlymen's application.

[35] The driving force of that decision was the failure to decide within a reasonable time frame. That is not the case here.

[36] The section 10 provisions relied upon the Minister in this case were at that time found in regulations [*Transfer of Offenders Regulations*, SOR/79-171, s. 4 (as enacted by SOR/88-145, s. 1)]

mais plutôt du transfert de la surveillance de l'exécution d'une peine. Si le ministre avait donné son consentement, M. Kozarov n'aurait pas pu à son arrivée au Canada se prévaloir immédiatement de sa liberté de circulation pour quitter le pays.

[33] Le renvoi du ministre à l'arrêt *R. c. Hape*, précité, était injustifié. Dans cette affaire, la Cour suprême s'est penchée sur l'application extraterritoriale de la Charte à l'égard des activités d'agents de la GRC à l'étranger. L'activité dont il est question dans la présente affaire, c'est-à-dire la décision du ministre, a été exercée au Canada. Si l'on devait dire que la Charte ne s'appliquait pas à M. Kozarov lorsqu'il se trouvait à l'étranger, son droit constitutionnel de rentrer au Canada après avoir purgé sa peine serait violé.

[34] Je ne crois pas que la décision du juge Russell dans l'affaire *Van Vlymen*, précitée, appuie la thèse de M. Kozarov. Les faits relatifs à cette affaire doivent être examinés attentivement même si le juge Russell a conclu que M. Van Vlymen jouissait, en tant que citoyen canadien, du droit d'entrer au Canada consacré à l'article 6 de la Charte à condition de rester en détention, sous les seules réserves de l'approbation par les autorités américaines de son transfèrement au Canada et des restrictions qui pourraient être imposées par une règle de droit adoptée par le Parlement, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique conformément à l'article premier de la Charte. Le juge Russell a conclu que le ministre avait négligé ou omis délibérément d'examiner la demande de transfèrement de M. Vlymen pendant environ dix ans. Il a aussi conclu que, outre d'avoir violé la Charte, le ministre avait manqué à son obligation en common law d'agir équitablement dans le traitement de la demande de M. Vlymen.

[35] L'omission du ministre de rendre une décision dans un délai raisonnable a été un facteur déterminant dans la décision du juge Russell. Les faits sont différents en l'espèce.

[36] Les alinéas de l'article 10 sur lesquels le ministre s'est fondé se trouvaient à l'époque dans le règlement [*Règlement sur le transfèrement des délinquants*, DORS/79-171, art. 4 (édicte par DORS/88-145, art. 1)]

under the now repealed *Transfer of Offenders Act* [R.S.C., 1985, c. T-15]. Mr. Justice Russell noted that the impugned regulations were not used to refuse Mr. Van Vlymen's transfer back to Canada (see paragraphs 106 and 109), and that the constitutionality of those regulations did not arise on the facts of the case.

pris en vertu de la *Loi sur le transfèrement des délinquants* [L.R.C. (1985), ch. T-15], aujourd'hui abrogée. Le juge Russell a souligné que les dispositions réglementaires attaquées n'ont pas été invoquées pour refuser le transfèrement de M. Vlymen au Canada (voir les paragraphes 106 et 109), et que les faits de l'affaire n'ont pas soulevé la question de la constitutionnalité de ces dispositions.

[37] I would dismiss the application for judicial review with costs and answer the constitutional questions as follows. Is the applicant entitled to:

[37] Je suis d'avis de rejeter la demande de contrôle judiciaire avec dépens et de répondre aux questions constitutionnelles de la manière suivante. Le demandeur a-t-il le droit d'obtenir :

[TRADUCTION]

- a. A declaration that . . . [Mr. Kozarov] by virtue of his Canadian citizenship and s. 6(1) of the **Canadian Charter of Rights and Freedoms**, has a constitutional right to enter Canada, and that the Respondent Minister has no lawful jurisdiction to deny, refuse or postpone such entry and return to Canada;
- b. A declaration that the Respondent Minister is obliged and is under a legal duty to approve the Applicant's application for transfer pursuant to the . . . [*International Transfer of Offenders Act*] and s. 6 of the **Canadian Charter of Rights and Freedoms**, subject only to the Applicant being a Canadian citizen.
- c. A declaration that the provisions of the . . . [*International Transfer of Offenders Act*], namely, s. 8(1) and s. 10, and in particular s. 10(1)(b) and (c) are unconstitutional as being inconsistent with s. 6(1) of the **Canadian Charter of Rights and Freedoms** and, as such, are of no force or effect by virtue of s. 52 of the **Canadian Charter of Rights and Freedoms**.
- d. A declaration that the constitutional rights of the applicant, pursuant to s. 6 of the **Canadian Charter of Rights and Freedoms**, have been violated by the Respondent Minister since approximately January 11, 2006, when the United States of America approved his transfer back to Canada, and therefore that the Applicant is entitled to an appropriate and just remedy, pursuant to s. 24(1) of the **Charter**, including an order for his immediate transfer back to Canada pursuant to the terms of the . . . [*International Transfer of Offenders Act*], and the applicable treaty or convention between Canada and the United States of America.

- a. Une déclaration selon laquelle . . . [M. Kozarov], en tant que citoyen canadien et en vertu du paragraphe 6(1) de la **Charte canadienne des droits et libertés**, a un droit constitutionnel d'entrer au Canada, et que le ministre défendeur n'a pas compétence pour interdire, refuser ou différer son entrée ou retour au Canada;
- b. Une déclaration selon laquelle le ministre défendeur est tenu et a l'obligation légale d'approuver la demande de transfèrement du demandeur sous le régime de la [*Loi sur le transfèrement international des délinquants*] et en vertu de l'article 6 de la **Charte canadienne des droits et libertés**, sous la seule réserve que le demandeur soit citoyen canadien;
- c. Une déclaration selon laquelle les dispositions de la [*Loi sur le transfèrement international des délinquants*], en l'occurrence le paragraphe 8(1) et l'article 10, et en particulier les alinéas 10(1)b) et c) sont inconstitutionnelles au motif qu'elles seraient incompatibles avec le paragraphe 6(1) de la **Charte canadienne des droits et libertés** et que, par conséquent, elles sont inopérantes en vertu de l'article 52 de la **Charte canadienne des droits et libertés**;
- d. Une déclaration selon laquelle les droits constitutionnels du demandeur, que lui garantit l'article 6 de la **Charte canadienne des droits et libertés**, ont été violés par le ministre défendeur depuis environ le 11 janvier 2006, soit à partir du moment où les États-Unis d'Amérique ont approuvé son transfèrement vers le Canada, et que le demandeur peut donc obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances, conformément au paragraphe 24(1) de la **Charte**, notamment une ordonnance en vue de son transfèrement immédiat vers le Canada en conformité avec les dispositions de la [*Loi sur le transfèrement international*]

des délinquants], et le traité ou la convention applicable entre le Canada et les États-Unis d'Amérique.

The answer is: no.

La réponse est non.

ORDER

THIS COURT ORDERS that the application for judicial review of the decision of the Minister made October 5, 2006, maintaining his earlier decision made on May 23, 2006, denying the applicant's transfer to Canada, is dismissed, with costs.

ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE que la demande de contrôle judiciaire à l'égard de la décision du ministre, rendue le 5 octobre 2006, de maintenir sa décision antérieure de refuser le transfèrement au Canada du demandeur, rendue le 23 mai 2006, soit rejetée, avec dépens.

A-52-06
2007 FCA 268

A-52-06
2007 CAF 268

Dr. Shiv Chopra (*Appellant*)

D^r Shiv Chopra (*appellant*)

v.

c.

Attorney General of Canada and the Canadian Human Rights Commission (*Respondents*)

Le procureur général du Canada et la Commission canadienne des droits de la personne (*intimés*)

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

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

Federal Court of Appeal, Desjardins, Pelletier and Malone J.J.A.—Ottawa, March 6 and August 21, 2007.

Cour d'appel fédérale, juges Desjardins, Pelletier et Malone, J.C.A.—Ottawa, 6 mars et 21 août 2007.

Human Rights — Appeal from Federal Court decision dismissing judicial review of Canadian Human Rights Tribunal decision granting only limited compensation for losses resulting from discrimination in staffing of management position, refusing to appoint appellant to indeterminate position, refusing to apply Canadian Human Rights Act amendments increasing maximum compensation retrospectively — Tribunal referring to foreseeable length of time during which effects of discrimination extending, holding appellant not taking all reasonable measures to mitigate damages — Canadian Human Rights Act setting out kinds of losses recoverable — As such, question of foreseeability not arising — However, no need to intervene as open to Tribunal to apply principles underlying mitigation of losses doctrine — Also no need to intervene with respect to Tribunal's other conclusions — Appeal dismissed.

Droits de la personne — Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire de la décision du Tribunal canadien des droits de la personne, qui a limité l'indemnité accordée au titre des pertes découlant de la discrimination dont l'appellant a fait l'objet dans l'attribution d'un poste de gestionnaire, a refusé de nommer l'appellant au poste de durée indéterminée et a refusé d'appliquer rétroactivement les modifications apportées à la Loi canadienne sur les droits de la personne pour accroître l'indemnité maximale — Le Tribunal a formulé des observations quant à la durée prévisible de la période durant laquelle les effets de l'acte discriminatoire pouvaient se faire sentir et a conclu que l'appellant n'avait pas pris toutes les mesures raisonnables pour atténuer le préjudice qu'il a subi — La Loi canadienne sur les droits de la personne énumère le genre de pertes qui peuvent être recouvrées — À ce titre, la question de la prévisibilité ne se pose pas — Il n'était toutefois pas nécessaire d'intervenir en l'espèce puisque le Tribunal pouvait bien être d'avis que les principes qui sous-tendent la doctrine de l'atténuation des dommages s'appliquaient — Il n'y avait aucun motif d'intervenir relativement aux autres conclusions du Tribunal — Appel rejeté.

Damages — Common-law principle only foreseeable damages recoverable not applicable in context of Canadian Human Rights Act — Limited to remedies within Act, s. 53(2)(c) setting out recoverable losses — However, Tribunal not prohibited from applying principles underlying doctrine of mitigation of losses in determining amounts payable to appellant.

Dommages-intérêts — Le principe de common law selon lequel seuls les dommages-intérêts prévisibles peuvent être recouverts est inapplicable dans le contexte de la Loi canadienne sur les droits de la personne — Le plaignant ne peut obtenir d'autres redressements que ceux énumérés dans la Loi; l'art. 53(2)c) énonce le genre de pertes pouvant être recouvrées — Cependant, le Tribunal peut appliquer les principes qui sous-tendent la doctrine de l'atténuation des dommages pour fixer l'indemnité payable à l'appellant.

Public Service — Selection Process — Department of National Health and Welfare refusing to appoint appellant to

Fonction publique — Procédure de sélection — Le ministère de la Santé nationale et du Bien-être social a refusé

management position on acting basis — Selection committee subsequently screening out appellant's application for same position on full-time permanent (indeterminate) basis based on lack of recent management experience — Appellant filing complaint with Canadian Human Rights Commission — Tribunal holding appellant denied opportunity to serve in acting position as result of discrimination — However, because probability of appellant's appointment on indeterminate basis sufficiently low, and given appellant himself suggested rotating three candidates through position on "acting" basis, only limited compensation awarded — That decision reasonable — Tribunal also not erring in refusing to appoint appellant to indeterminate position as appellant already compensated for loss of ability to compete on fair basis.

Administrative Law — Judicial Review — Standard of Review — Canadian Human Rights Tribunal concluding amendment to Canadian Human Rights Act increasing from \$5,000 to \$20,000 maximum compensation for pain and suffering not applying retrospectively — That issue involving interpretation of Tribunal's own statute — Deference to tribunal decisions appropriate where tribunal interpreting questions of general law with which having particular expertise, and where tribunal interpreting own statute.

This was an appeal from a decision of the Federal Court dismissing the appellant's application for judicial review of a decision of the Canadian Human Rights Tribunal. The Tribunal held that the appellant had been discriminated against by his employer (the Department of National Health and Welfare) in the staffing of an acting management position, but limited the compensation to which the appellant was entitled.

The appellant, an employee of the Department, had suggested that he and two other candidates be rotated through the acting position. The employer refused and appointed its preferred candidate. The appellant's application to fill the position on a full-time permanent basis (the indeterminate position) was subsequently screened out because he lacked recent management experience. The Tribunal held that there existed a mere but serious possibility that the appellant would have been appointed to both the acting and indeterminate management positions but for the employer's discrimination. Given that the appellant himself had suggested rotating the

de nommer l'appelant à un poste de gestionnaire à titre intérimaire — Le comité de sélection a ensuite rejeté la candidature de l'appelant, qui voulait combler ce poste à temps plein de façon permanente (le poste de durée indéterminée), parce qu'il ne possédait pas d'expérience récente en gestion — L'appelant a porté plainte à la Commission canadienne des droits de la personne — Le Tribunal a conclu que l'on avait privé l'appelant de la possibilité d'occuper le poste intérimaire pour motif de discrimination — Cependant, comme la probabilité que l'appelant obtienne le poste de durée indéterminée était suffisamment faible et étant donné que l'appelant lui-même avait proposé que les trois candidats occupent tour à tour le poste « intérimaire », le Tribunal a limité l'indemnité accordée — Cette décision était raisonnable — De plus, le Tribunal n'a pas commis d'erreur en refusant de nommer l'appelant au poste de durée indéterminée parce qu'il avait déjà été dédommagé pour la perte d'une possibilité équitable de prendre part au concours.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle judiciaire — Le Tribunal canadien des droits de la personne a conclu que la modification apportée à la Loi canadienne sur les droits de la personne pour faire passer de 5 000 \$ à 20 000 \$ l'indemnité maximale payable pour préjudice moral ne s'appliquait pas rétroactivement — Cette question concernait l'interprétation par le Tribunal de sa loi constitutive — Il convient de faire preuve de retenue envers les décisions d'un tribunal portant sur l'interprétation de questions de droit général au regard desquelles le tribunal possède une expertise particulière, ainsi qu'envers celles dans lesquelles le tribunal interprète sa loi constitutive.

Il s'agissait d'un appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire que l'appelant a présentée à l'encontre d'une décision du Tribunal canadien des droits de la personne. Le Tribunal a conclu que l'employeur (le ministère de la Santé nationale et du Bien-être social) de l'appelant avait fait preuve de discrimination à l'égard de ce dernier dans l'attribution d'un poste de gestionnaire, mais a limité l'indemnité à laquelle l'appelant avait droit.

L'appelant, un employé du ministère, avait suggéré d'occuper, avec deux autres candidats, le poste intérimaire à tour de rôle. L'employeur a refusé et a nommé la candidate pour laquelle il inclinait. La candidature que l'appelant a soumise pour occuper le poste à temps plein de façon permanente (le poste de durée indéterminée) a par la suite été rejetée parce qu'il ne possédait pas d'expérience récente en gestion. Le Tribunal a conclu qu'il existait une simple possibilité, néanmoins sérieuse, que l'appelant eût été nommé au poste intérimaire et au poste de durée indéterminée si l'employeur n'avait pas fait preuve de discrimination à son

three candidates through the position on an “acting” basis, his compensation was set at wages and benefits for one third of the period during which the position was filled on an acting basis. Because the probability of the appellant’s appointment on an indeterminate basis was sufficiently low, it reduced his compensation for wages and benefits by two thirds. In reducing the appellant’s compensation, the Tribunal also referred to the foreseeable length of time during which the effects of discrimination could extend, and held that the appellant had not taken all reasonable measures to mitigate his damages and limited compensation to six years from confirmation of the successful candidate.

Held, the appeal should be dismissed.

In the context of compensation for losses suffered as a result of discriminatory practice, the question of foreseeability of those losses does not arise. Human rights legislation does not create a common-law cause of action. A complainant is limited to the remedies which the Tribunal has the power to grant. Parliament has set out the kind of losses that are recoverable under the Act in paragraph 53(2)(c), which provides that a Tribunal may make an order that the wrongdoer pay compensation for wages lost and expenses incurred as a result of a discriminatory practice. The fact that foreseeability is not an appropriate device for limiting the losses for which a complainant may be compensated does not mean that the liability for compensation is unlimited. There must be a causal link between the discriminatory practice and the loss claimed. Furthermore, the Tribunal has the discretion under the Act to make an order for compensation for any or all of the wages lost. As such, it is open for a tribunal to find that the principles underlying the doctrine of mitigation of losses in other contexts apply equally in the context of claims for lost wages under the Act. While the Tribunal herein appeared to have conflated foreseeability and mitigation, there was no error in the Judge’s deferral to the Tribunal’s exercise of its discretion in limiting the compensation payable to the appellant on the basis of the latter’s failure to take steps to mitigate the loss of wages, or on the basis of the Tribunal’s assessment of the extent of the appellant’s loss.

The Tribunal did not err in not appointing the appellant to the indeterminate position. Nor did the Judge err in his review

endroit. Étant donné que l’appelant lui-même avait proposé que les trois candidats occupent tour à tour le poste « intérimaire », son indemnité a été établie en fonction du salaire et des autres avantages correspondant à un tiers de la période durant laquelle le poste a été occupé à titre intérimaire. Comme la probabilité que l’appelant obtienne le poste de durée indéterminée était suffisamment faible, le Tribunal a réduit l’indemnité pour pertes salariales et pertes d’autres avantages des deux tiers. En réduisant l’indemnité de l’appelant, le Tribunal a aussi formulé des observations quant à la durée prévisible de la période durant laquelle les effets de l’acte discriminatoire pouvaient se faire sentir, et a conclu que l’appelant n’avait pas pris toutes les mesures raisonnables pour atténuer le préjudice qu’il a subi et a limité la période d’indemnisation à une durée de six ans à compter de la date à laquelle la nomination de la candidate retenue a été confirmée.

Arrêt : l’appel doit être rejeté.

En matière d’indemnisation pour pertes subies à la suite d’un acte discriminatoire, la question de la prévisibilité ne se pose pas. La législation relative aux droits de la personne ne donne pas naissance à une cause d’action fondée sur la common law. Le plaignant ne peut obtenir d’autres redressements que ceux que le Tribunal a le pouvoir d’accorder. Le législateur a énuméré le genre de pertes qui peuvent être recouvrées en vertu de la Loi à l’alinéa 53(2)c), qui prévoit que le Tribunal peut ordonner à l’auteur du tort d’indemniser la victime pour les pertes de salaire et les dépenses entraînées par l’acte discriminatoire. Le fait que la prévisibilité ne constitue pas un facteur approprié de limitation des pertes dont un plaignant peut être dédommagé ne signifie pas qu’il ne devrait y avoir aucune limite à la responsabilité d’indemniser. Il doit exister un lien de causalité entre l’acte discriminatoire et la perte alléguée. Qui plus est, le Tribunal a le pouvoir discrétionnaire en vertu de la Loi d’ordonner l’indemnisation de la totalité ou de la fraction des pertes de salaire. Ainsi, un tribunal pourrait bien être d’avis que les principes qui sous-tendent la doctrine de l’atténuation des dommages dans d’autres contextes s’appliquent aussi en matière de réclamations pour pertes de salaire engagées au titre de la Loi. Bien que le Tribunal en l’espèce semble avoir conjugué prévisibilité et atténuation des dommages, le juge n’a pas commis d’erreur en s’en remettant à l’exercice du pouvoir discrétionnaire du Tribunal de limiter l’indemnité payable à l’appelant, soit parce que celui-ci n’avait pas pris de mesures afin d’atténuer la perte de salaire, soit en fonction de l’appréciation par le Tribunal de l’étendue de la perte de l’appelant.

Le Tribunal n’a pas commis d’erreur en ne nommant pas l’appelant au poste de durée indéterminée, non plus que le

of that decision. In light of the reduction in compensation which the Tribunal imposed on the appellant, it was clear that the Tribunal was of the view that there was only one chance in three that but for the discrimination, the appellant would actually have been appointed to the position. The appellant was compensated for the loss of the ability to compete on a fair basis. To appoint him to the indeterminate position would amount to double compensation.

With respect to compensation for pain and suffering, the Tribunal relied upon its case law to hold that the amendment to the Act increasing the maximum amount payable from \$5,000 to \$20,000 did not apply to discriminatory practices occurring prior to the amendment (as was the case here). The issue of the retrospective application of the Act involved the interpretation of the Tribunal's own statute. In applying the standard of correctness to the review of this question, the Judge failed to distinguish between questions of general law, and questions of law arising from the Tribunal's interpretation of its home legislation. Deference to tribunal decisions is appropriate where the tribunal is interpreting questions of general law with which it has a particular expertise, and where the tribunal is interpreting its own statute. While the Judge applied the wrong standard of review, this was inconsequential as the Judge declined to intervene, being of the view that the Tribunal had reached the correct conclusion. The Tribunal's analysis was reasonable. The same conclusion applied to the Tribunal's decision to award interest at the bank rate, but capping it at \$5000.

juge dans l'examen de cette décision. À la lumière de la réduction de l'indemnité que le Tribunal a imposée à l'appellant, il semblait évident que le Tribunal considérait que les chances de nomination de l'appellant au poste de durée indéterminée étaient, n'eût été de la discrimination, en réalité de l'ordre de une sur trois. L'appellant a été indemnisé pour la perte de la possibilité d'une participation exempte de discrimination au concours. Une nomination au poste de durée indéterminée équivaldrait à une double indemnisation.

Pour ce qui est du préjudice moral, le Tribunal s'est fondé sur une jurisprudence antérieure pour conclure que la modification apportée à la Loi pour faire passer de 5 000 \$ à 20 000 \$ l'indemnité maximale pouvant être imposée ne s'appliquait pas aux actes discriminatoires survenus avant la modification législative (comme ce fut le cas en l'espèce). La question de l'application rétrospective de la Loi concernait l'interprétation par le Tribunal de sa loi constitutive. En appliquant la norme de la décision correcte à l'examen de cette question, le juge n'a pas établi de distinction entre les questions de droit général et les questions de droit afférentes à l'interprétation par le Tribunal de sa loi constitutive. Il convient de faire preuve de retenue envers les décisions d'un tribunal portant sur l'interprétation de questions de droit général au regard desquelles le tribunal possède une expertise particulière, ainsi qu'envers celles dans lesquelles le tribunal interprète sa loi constitutive. Bien que le juge ait appliqué une norme de contrôle erronée, cela ne portait pas à conséquence puisque le juge a décidé de ne pas intervenir parce qu'il jugeait que le Tribunal était parvenu à la conclusion correcte. L'analyse du Tribunal était raisonnable. La même conclusion s'appliquait à la décision du Tribunal d'accorder des intérêts au taux d'escompte fixé par la banque, sous réserve d'un plafond de 5 000 \$.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 4 (as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 11), 7, 40(1), 53 (as am. *idem*, s. 27).
Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33, s. 41(2),(3).
Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia, [2003] 1 S.C.R. 226; (2003), 223 D.L.R. (4th) 599; [2003] 5 W.W.R. 1; 11 B.C.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (3d) 1; 179 B.C.A.C. 170; 302 N.R. 34; 2003 SCC 19.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 4 (mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 11), 7, 40(1), 53 (mod., *idem*, art. 27).
Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, ch. 33, art. 41(2),(3).
Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, ch. C.43.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia, [2003] 1 R.C.S. 226; 2003 CSC 19.

CONSIDERED:

Chopra v. Canada (Department of National Health and Welfare), [1996] C.H.R.D. No. 3 (QL); revd *sub nom. Canada (Human Rights Commission) v. Canada (Department of National Health and Welfare) (re Chopra)* (1998), 38 C.C.E.L. (2d) 121; 146 F.T.R. 106 (F.C.T.D.); affd (1999), 41 C.C.E.L. (2d) 3; 235 N.R. 195 (F.C.A.); *Canada (Attorney General) v. Morgan*, [1992] 2 F.C. 401; (1991), 85 D.L.R. (4th) 473; 92 CLLC 17,002; 135 N.R. 27 (C.A.); *Nkwazi v. Canada (Correctional Service) (No. 3)* (2001), 39 C.H.R.R. D/237 (C.H.R.T.); *Canada (Attorney General) v. Hebert* (1996), 27 C.C.E.L. (2d) 75; 122 F.T.R. 274 (F.C.T.D.); *Canada (Attorney General) v. McAlpine*, [1989] 3 F.C. 530; (1989), 99 N.R. 221 (C.A.); *Cotic v. Gray* (1981), 33 O.R. (2d) 356; 124 D.L.R. (3d) 641; 17 C.C.L.T. 138; 51 N.R. 46; 2 O.A.C. 191 (C.A.).

REFERRED TO:

Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79, [2003] 3 S.C.R. 77; (2002), 232 D.L.R. (4th) 385; [2003] CLLC 220-071; 17 C.R.(6th) 276; 311 N.R. 201; 179 O.A.C. 291; 2003 SCC 63; *Seneca College of Applied Arts and Technology v. Bhadauria*, [1981] 2 S.C.R. 181; (1981), 124 D.L.R. (3d) 193; 14 B.L.R. 157; 17 C.C.L.T. 106; 2 C.H.R.R. D/468; 81 CLLC 14,117; 22 C.P.C. 130; 37 N.R. 455; *British Columbia v. Canadian Forest Products Ltd.*, [2004] 2 S.C.R. 74; (2004), 240 D.L.R. (4th) 1; [2004] 9 W.W.R. 1; 198 B.C.A.C. 1; 28 B.C.L.R. (4th) 195; 24 C.C.L.T. (3d) 161; 8 C.E.L.R. (3d) 1; 321 N.R. 1; 2004 SCC 38; *Red Deer College v. Michaels*, [1976] 2 S.C.R. 324; (1975), 57 D.L.R. (3d) 386; [1975] 5 W.W.R. 575; 75 CLLC 14,280; 5 N.R. 99.

APPEAL from a decision of the Federal Court ((2006), 48 C.C.E.L. (3d) 42; [2006] CLLC 230-008; 57 C.H.R.R. D/188; 285 F.T.R. 113; 2006 FC 9) dismissing the appellant's application for judicial review of a decision of the Canadian Human Rights Tribunal (*Chopra v. Department of National Health and Welfare*, 2004 CHRT 27) holding the appellant had been discriminated against in the context of the staffing of a management position, but granting only limited compensation. Appeal dismissed.

APPEARANCES:

David Yazbeck and Bijon Roy for appellant.
David Migicovsky and Laura K. Scott for

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Chopra c. Canada (Ministère de la Santé nationale et du Bien-être social), [1996] D.C.D.P. n° 3 (QL); inf. par *sub nom. Canada (Commission des droits de la personne) c. Canada (Ministère de la Santé nationale et du Bien-être social) (re Chopra)*, [1998] A.C.F. n° 432 (1^{re} inst.) (QL); conf. par [1999] A.C.F. n° 40 (C.A.) (QL); *Canada (Procureur général) c. Morgan*, [1992] 2 C.F. 401 (C.A.); *Nkwazi c. Canada (Service correctionnel) (n° 3)* (2001), 39 C.H.R.R. D/237 (T.C.D.P.); *Canada (Procureur général) c. Hebert*, [1996] A.C.F. n° 1457 (1^{re} inst.) (QL); *Canada (Procureur général) c. McAlpine*, [1989] 3 C.F. 530 (C.A.); *Cotic v. Gray* (1981), 33 O.R. (2d) 356; 124 D.L.R. (3d) 641; 17 C.C.L.T. 138; 51 N.R. 46; 2 O.A.C. 191 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES :

Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79, [2003] 3 R.C.S. 77; 2003 CSC 63; *Seneca College of Applied Arts and Technology c. Bhadauria*, [1981] 2 R.C.S. 181; *Colombie-Britannique c. Canadian Forest Products Ltd.*, [2004] 2 R.C.S. 74; 2004 CSC 38; *Red Deer College c. Michaels*, [1976] 2 R.C.S. 324.

APPEL de la décision (2006 CF 9) par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire que l'appelant a présentée à l'encontre de la décision du Tribunal canadien des droits de la personne (*Chopra c. Ministère de la Santé nationale et du Bien-être social*, 2004 TCDP 27), qui a conclu que l'appelant avait fait l'objet de discrimination dans l'attribution d'un poste de gestionnaire, mais a limité l'indemnité accordée. Appel rejeté.

ONT COMPARU :

David Yazbeck et Bijon Roy pour l'appelant.
David Migicovsky et Laura K. Scott pour l'intimé,

respondent Attorney General of Canada.
Philippe Dufresne and Reuben E. East for
 respondent Canadian Human Rights Commission.

le procureur général du Canada.
Philippe Dufresne et Reuben E. East pour
 l'intimée, la Commission canadienne des droits de
 la personne.

SOLICITORS OF RECORD:

Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck LLP,
 Ottawa, for appellant.
Perley-Robertson, Hill & McDougall LLP, Ottawa,
 for respondent Attorney General of Canada.
Canadian Human Rights Commission, Ottawa, for
 respondent Canadian Human Rights Commission.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck LLP,
 Ottawa, pour l'appelant.
Perley-Robertson, Hill & McDougall LLP, Ottawa,
 pour l'intimé, le procureur général du Canada.
Commission canadienne des droits de la personne,
 Ottawa, pour l'intimée, la Commission canadienne
 des droits de la personne.

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

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

PELLETIER J.A.:

LE JUGE PELLETIER, J.C.A. :

Introduction

[1] In the fall of 1992, the appellant, Dr. Shiv Chopra, filed a complaint with the Canadian Human Rights Commission (the Commission), alleging that his employer, the Department of National Health and Welfare (the employer), had discriminated against him in the staffing of a management position. A tribunal appointed under the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 (the Act) eventually agreed with him and awarded him compensation for his resulting losses. Dr. Chopra sought judicial review of that decision, claiming that the Tribunal did not apply the correct legal principles in determining the compensation to which he was entitled. Phelan J. dismissed his application for judicial review, thus giving rise to this appeal.

Introduction

[1] À l'automne 1992, l'appelant, D^r Shiv Chopra, a déposé à la Commission canadienne des droits de la personne (la Commission) une plainte dans laquelle il alléguait que son employeur, le ministère de la Santé nationale et du Bien-être social (l'employeur), avait fait preuve de discrimination à son égard dans l'attribution d'un poste de gestionnaire. Un tribunal constitué en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 (la Loi), lui a plus tard donné raison et accordé une indemnité pour les pertes qu'il avait subies. Le D^r Chopra a demandé le contrôle judiciaire de cette décision, alléguant que le Tribunal n'avait pas appliqué les principes juridiques appropriés pour établir l'indemnité à laquelle il avait droit. Le juge Phelan a rejeté sa demande de contrôle judiciaire, d'où le présent appel.

The Facts

[2] In the fall of 1990, the position of Director of Bureau of Human Prescription Drugs, Department of National Health and Welfare, became vacant. Dr. Chopra, a long-term employee, was interested in applying for the position and suggested to the employer

Les faits

[2] À l'automne 1990, le poste de directeur du Bureau des médicaments humains prescrits, au ministère de la Santé et du Bien-être social, est devenu vacant. Le D^r Chopra, un employé de longue date, était intéressé à postuler ce poste et a proposé à l'employeur de l'y

that he be appointed to the position on an acting basis (the acting position). Since two other candidates were also interested in the position, Dr. Chopra suggested that they all be rotated through the position. This suggestion was rejected and management's preferred candidate was appointed to the position on an acting basis. When it came time to fill the position on a full-time permanent basis (the indeterminate position), Dr. Chopra applied but was screened out by the selection committee because he lacked recent management experience. The incumbent in the acting position was successful in the competition for the indeterminate position.

[3] Dr. Chopra complained to the Commission, which sent the matter to the Canadian Human Rights Tribunal for adjudication. In a first decision, the Tribunal dismissed Dr. Chopra's complaint: see *Chopra v. Canada (Department of National Health and Welfare)*, [1996] C.H.R.D. No. 3 (QL). This decision was overturned by the Federal Court on the basis that the Tribunal ought to have considered certain statistical evidence which it had excluded. The matter was referred to the Tribunal for a new hearing: see *Canada (Human Rights Commission) v. Canada (Department of National Health and Welfare) (re Chopra)* (1998), 38 C.C.E.L. (2d) 121 (F.C.T.D.); affirmed (1999), 41 C.C.E.L. (2d) 3 (F.C.A.). The matter was heard before a differently constituted Tribunal. The new Tribunal split the hearing into a liability and a remedy phase. After an exhaustive review of the evidence, including the statistical evidence, the Tribunal concluded that Dr. Chopra was denied the opportunity to serve in the acting position as a result of discrimination on the basis of his national or ethnic origin. No application for judicial review was taken from that decision. In the remedy phase, the Tribunal awarded Dr. Chopra certain compensation but limited that compensation on various grounds. That decision, the remedy decision, reported at 2004 CHRT 27 (*Chopra v. Department of National Health and Welfare*), was the subject of an application for judicial review. The application Judge dismissed Dr. Chopra's application, for reasons to which we shall return, in a decision reported as *Chopra v. Canada (Attorney General)* (2006), 48 C.C.E.L. (3d) 42 (F.C.).

nommer à titre intérimaire (le poste intérimaire). Deux autres candidats étant aussi intéressés par le poste, le D^r Chopra a suggéré que chaque candidat occupe le poste à tour de rôle. Sa proposition n'a pas été retenue, et la candidate pour laquelle la direction inclinait a obtenu le poste à titre intérimaire. Quand est venu le temps de combler le poste à temps plein de façon permanente (le poste de durée indéterminée), le D^r Chopra a présenté sa candidature, laquelle a toutefois été rejetée par le comité de sélection parce qu'il ne possédait pas d'expérience récente en gestion. La titulaire du poste intérimaire a remporté le concours pour l'obtention du poste de durée indéterminée.

[3] Le D^r Chopra a porté plainte à la Commission, qui a déferé l'affaire pour qu'elle soit tranchée par le Tribunal canadien des droits de la personne. Le Tribunal a rendu une première décision dans laquelle il rejetait la plainte : voir *Chopra c. Canada (Ministère de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1996] D.C.D.P. n° 3 (QL). La Cour fédérale a annulé cette décision au motif que le Tribunal aurait dû tenir compte de certaines statistiques déposées en preuve qu'il avait exclues. L'affaire a été renvoyée au Tribunal pour qu'il procède à une nouvelle audition : voir *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canada (Ministère de la Santé nationale et du Bien-être social) (re Chopra)*, [1998] A.C.F. n° 432 (1^{re} inst.) (QL), confirmé par [1999] A.C.F. n° 40 (C.A.) (QL). Un tribunal différemment constitué a instruit la plainte. La nouvelle formation a divisé l'instance en deux phases, l'une portant sur la responsabilité, l'autre sur les mesures de redressement. Après un examen approfondi de la preuve, et notamment des éléments statistiques, le Tribunal a conclu que l'on avait privé le D^r Chopra de la possibilité d'occuper le poste intérimaire pour motif de discrimination fondée sur son origine nationale ou ethnique. L'employeur n'a pas sollicité le contrôle judiciaire de cette décision. Au stade des mesures de redressement, le Tribunal a accordé une certaine indemnisation au D^r Chopra, tout en la limitant pour diverses raisons. La décision relative au redressement, répertoriée sous 2004 TCDP 27 (*Chopra c. Ministère de la Santé nationale et du Bien-être social*), a fait l'objet d'une demande de contrôle judiciaire. Le juge saisi de la demande a rejeté la demande du D^r Chopra, pour des motifs que nous aborderons plus loin, dans une décision répertoriée sous

l'intitulé *Chopra c. Canada (Procureur général)*, 2006 CF 9.

The Remedy Decision

[4] The substrate for this appeal is the remedy decision. In it, the Tribunal began by setting out the legal principles which it would apply in considering the question of remedies. Relying on jurisprudence from this Court, in particular the reasons of Marceau J.A. in *Canada (Attorney General) v. Morgan*, [1992] 2 F.C. 401 (C.A.) (*Morgan*), the Tribunal held that “a complainant seeking a remedy with respect to a discriminatory denial of a higher employment position need only present evidence of a *serious possibility of success*”: (see remedy decision, at paragraph 11). On the other hand, the amount of compensation payable is a function of the probability of the complainant being appointed to the position: see remedy decision, at paragraph 33. Applying this principle to the facts before it, the Tribunal concluded that there existed a mere but serious possibility that Dr. Chopra would have been appointed to the acting position but for the employer’s discrimination. Given that Dr. Chopra himself had suggested rotating the three candidates through the position on an “acting” basis, the Tribunal concluded that sharing the position between the three interested candidates would have been a reasonable alternative. As a result, Dr. Chopra’s compensation was set at wages and benefits for one third of the period during which the position was filled on an acting basis, namely 22 weeks.

[5] The Tribunal then considered whether Dr. Chopra was entitled to any compensation with respect to the indeterminate position. In its liability decision, the Tribunal found that the selection committee had legitimately screened Dr. Chopra out of the competition for the indeterminate position because he lacked one of the necessary qualifications, recent management experience. In the remedy decision, the Tribunal noted that even if Dr. Chopra had possessed the necessary recent management experience, he would not necessarily have been selected for the indeterminate position. One of the requirements for appointment to the job was

La décision relative au redressement

[4] La décision relative au redressement est à l’origine du présent appel. Dans cette décision, le Tribunal a tout d’abord énoncé les principes juridiques sur lesquels il fonderait l’examen des mesures de redressement. S’appuyant sur la jurisprudence de notre Cour, et plus particulièrement sur les motifs formulés par le juge Marceau dans l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Morgan*, [1992] 2 C.F. 401 (C.A.) (*Morgan*), le Tribunal s’est dit convaincu qu’« un plaignant qui demande réparation parce qu’on lui a refusé de façon discriminatoire l’accès à un poste plus élevé n’a qu’à fournir la preuve qu’il existait une “sérieuse possibilité” de réussite » (voir le paragraphe 11 de la décision relative au redressement). Par ailleurs, le montant de l’indemnité dépend des chances qu’avait le plaignant d’accéder à ce poste : voir la décision relative au redressement, au paragraphe 33. Appliquant ce principe aux faits dont il était saisi, le Tribunal a conclu qu’il existait une simple possibilité, néanmoins sérieuse, que le D^r Chopra eût été nommé au poste intérimaire si l’employeur n’avait pas fait preuve de discrimination à son endroit. Étant donné que le D^r Chopra lui-même avait proposé que les trois candidats occupent tour à tour le poste « intérimaire », le Tribunal a conclu que cette proposition aurait constitué une solution raisonnable. En conséquence, il a établi l’indemnité du D^r Chopra en fonction du salaire et des autres avantages correspondant à un tiers de la période durant laquelle le poste a été occupé à titre intérimaire, soit 22 semaines.

[5] Le Tribunal s’est ensuite demandé si le D^r Chopra avait droit à une indemnisation en ce qui a trait au poste de durée indéterminée. Dans sa décision sur la responsabilité, le Tribunal a conclu que le comité de sélection avait à juste titre éliminé à la présélection la candidature du D^r Chopra pour le poste de durée indéterminée, parce que celui-ci ne satisfaisait pas à l’un des critères obligatoires, ne possédant pas d’expérience récente en gestion. Dans la décision relative au redressement, le Tribunal a fait remarquer que même si le D^r Chopra avait pu justifier de l’expérience récente requise en gestion, il n’aurait pas nécessairement été le

experience as a spokesperson for Health Canada. It was unclear whether Dr. Chopra had this experience (remedy decision, paragraph 26). Nonetheless, the Tribunal concluded that had Dr. Chopra had the benefit of 16 weeks in the Acting Director position, there was a serious possibility that he would have been successful in the competition for the indeterminate position.

[6] Having reached that conclusion, the Tribunal then considered, for the purpose of determining the quantum of the compensation to which he was entitled, the probability that Dr. Chopra would have been awarded the indeterminate position. In addition to the issue of management experience and the question of acting as a spokesman for the employer, there was also uncertainty as to whether he would have passed the second, more rigorous, assessment. For these reasons, the Tribunal concluded that while there was a serious possibility that Dr. Chopra would have been appointed to the position, the probability of his appointment was sufficiently low that it reduced his compensation for wages and benefits by two thirds of the amounts otherwise payable: see remedy decision, at paragraph 36.

[7] The Tribunal then turned its mind to the questions of foreseeability and mitigation. It held that Dr. Chopra had not taken all reasonable measures to mitigate his damages. For this reason, compensation was limited to a period of six years following April 21, 1992, the date when the successful candidate was confirmed: see remedy decision, at paragraphs 39 and 40.

[8] Dr. Chopra claimed that appointment to the indeterminate position would have allowed him to progress to other positions at the EX (Executive) level and that the award for lost compensation should reflect this progression. The Tribunal considered the expert evidence in support of Dr. Chopra's position but concluded that the likelihood of appointment to other

candidat retenu pour le poste de durée indéterminée. L'une des conditions de nomination à ce poste était d'avoir de l'expérience comme porte-parole de Santé Canada. Or, la preuve ne permettait pas de savoir précisément si le D^r Chopra possédait cette expérience (décision relative au redressement, au paragraphe 26). Néanmoins, le Tribunal s'est dit d'avis que si le D^r Chopra avait eu l'avantage d'occuper le poste de directeur intérimaire durant 16 semaines, il existe une possibilité sérieuse qu'il eût remporté le concours visant à pourvoir le poste pour une durée indéterminée.

[6] Ayant ainsi conclu, le Tribunal, afin d'établir le montant de l'indemnité à laquelle avait droit le plaignant, a ensuite examiné les chances qu'avait le D^r Chopra d'obtenir le poste de durée indéterminée. Outre l'expérience en gestion et l'exigence relative aux antécédents à titre de porte-parole pour l'employeur, la question de savoir s'il aurait franchi la deuxième étape du processus d'évaluation, plus exigeante, constituait un autre facteur d'incertitude. Pour ces motifs, le Tribunal a jugé que, s'il existait une possibilité sérieuse que le D^r Chopra eût obtenu le poste, la probabilité à cet égard était par ailleurs suffisamment faible pour justifier de réduire l'indemnité pour pertes salariales et pertes d'autres avantages des deux tiers des montants auxquels il aurait autrement droit : voir la décision relative au redressement, au paragraphe 36.

[7] Le Tribunal s'est ensuite penché sur les questions de la prévisibilité et de l'atténuation des dommages. Il a estimé que le D^r Chopra n'avait pas pris toutes les mesures raisonnables pour atténuer le préjudice qu'il a subi. De ce fait, le Tribunal a limité la période d'indemnisation à une durée de six ans à compter du 21 avril 1992, date à laquelle la nomination de la candidate retenue a été confirmée : voir les paragraphes 39 et 40 de la décision relative au redressement.

[8] Le D^r Chopra a soutenu que s'il avait obtenu le poste de durée indéterminée, cette nomination lui aurait permis d'accéder ensuite à d'autres postes de niveau EX (Direction) et que l'indemnité accordée pour les pertes subies devrait tenir compte de cet avancement. Le Tribunal a examiné la preuve d'expert visant à étayer ce point de vue, mais il a conclu que la possibilité que le D^r

EX positions was simply so remote as to be speculative. Promotions were not automatic and EX positions were non-generic: see remedy decision, at paragraph 46. The Tribunal concluded that there was no serious possibility of appointment to any other EX-level position at some time in Dr. Chopra's career on the basis of his limited (imputed) service in the acting position.

[9] Dr. Chopra also claimed that he should be immediately appointed to an EX-level position. The Tribunal reasoned that having awarded Dr. Chopra compensation for the loss associated with the indeterminate position, he had been awarded full compensation so that appointment to an EX position was not justified: see remedy decision, at paragraph 51.

[10] With respect to non-pecuniary damages, the Tribunal found that since the acts of discrimination occurred prior to the 1998 amendments to the Act [S.C. 1998, c. 9], when the \$5,000 maximum award for non-pecuniary damages for pain and suffering was increased to \$20,000, the \$5,000 maximum applied. The Tribunal relied on *Nkwazi v. Canada (Correctional Service) (No. 3)* (2001), 39 C.H.R.R. D/237 (C.H.R.T.) (*Nkwazi*) which held that the 1998 amendments did not have a retrospective effect. Since the maximum of \$5,000 was reserved for the most extreme cases, the Tribunal awarded \$3,500.

[11] Finally, with respect to interest on the lost wages, the Tribunal was of the view that, despite the long delay between complaint and remedy, a result of the "sinuous course" that Dr. Chopra's case took, the circumstances did not warrant a departure from the norm. It awarded simple interest calculated at the rate generally used in tribunal decisions rather than compound interest, such interest to be calculated from October 1990. With respect to interest for non-pecuniary damages, the Tribunal held the total could not exceed the \$5,000 maximum under the Act as it stood prior to the 1998 amendments. The Tribunal relied on *Canada (Attorney*

Chopra soit promu à d'autres postes de niveau EX était tout simplement trop éloignée pour ne pas être hypothétique. Les promotions n'étaient pas accordées automatiquement, et chaque poste EX était de nature particulière : voir la décision relative au redressement, au paragraphe 46. Le Tribunal a conclu qu'il n'existait aucune possibilité sérieuse que le D^r Chopra soit nommé à un autre poste de niveau EX ultérieurement au cours de sa carrière du seul fait de l'expérience limitée qu'il aurait acquise dans le poste intérimaire.

[9] Le D^r Chopra a aussi soutenu qu'il devrait être nommé sans délai à un poste de niveau EX. Le Tribunal a expliqué que, puisqu'il avait ordonné que le plaignant soit indemnisé pour les pertes subies au regard du poste de durée indéterminée, ce dernier avait été pleinement dédommagé, de sorte qu'il n'y avait pas lieu d'ordonner qu'il soit nommé à un poste EX : voir la décision relative au redressement, au paragraphe 51.

[10] Quant aux dommages-intérêts non pécuniaires, le Tribunal a conclu que, l'acte discriminatoire étant survenu avant les modifications apportées à la Loi en 1998 [L.C. 1998, ch. 9], qui ont fait passer l'indemnité maximale pour préjudice moral de 5 000 \$ à 20 000 \$, l'indemnité maximale de 5 000 \$ s'appliquait. Le Tribunal s'est appuyé sur la décision *Nkwazi c. Canada (Service correctionnel) (n° 3)* (2001), 39 C.H.R.R. D/237 (T.C.D.P.) (*Nkwazi*), dans laquelle il a été décidé que les modifications de 1998 n'ont pas d'effet rétroactif. L'indemnité maximale de 5 000 \$ étant réservée aux cas les plus graves, le Tribunal a accordé 3 500 \$.

[11] Enfin, en ce qui concerne les intérêts sur les pertes de salaire, le Tribunal s'est dit d'avis que, malgré la longue période écoulée entre le dépôt de la plainte et son redressement, conséquence du « parcours sinueux » de l'affaire, les circonstances ne justifiaient pas de faire exception à la norme. Il a accordé des intérêts simples, calculés au taux généralement utilisé dans les décisions judiciaires, plutôt que des intérêts composés. Il a ordonné que les intérêts soient calculés à partir d'octobre 1990. Pour ce qui est des intérêts sur les dommages-intérêts non pécuniaires, le Tribunal a précisé que le total ne devait pas dépasser la somme

General) v. *Hebert* (1996), 27 C.C.E.L. (2d) 75 (F.C.T.D.), in coming to this result.

maximale de 5 000 \$ prévue à la Loi avant les modifications législatives de 1998. Le Tribunal a appuyé sa conclusion à cet égard sur la décision *Canada (Procureur général) c. Hebert*, [1996] A.C.F. n° 1457 (C.F. 1^{re} inst.).

Dr. Chopra's Application for Judicial Review

[12] Dr. Chopra sought judicial review of the remedy decision. In doing so, he relied upon the following grounds of review, which he set out in his notice of application:

- a) the Tribunal erred in law in its interpretation and application of the principles of reasonable foreseeability and mitigation of damages. In particular, the Tribunal erred in concluding that these principles would have the effect of reducing the monetary award flowing from the denial to Dr. Chopra of an appointment to an indeterminate EX-02 position;
- b) the Tribunal erred in law in not appointing Dr. Chopra to an EX-level position in spite of the fact that the Tribunal had concluded that, but for the discrimination, Dr. Chopra ought to have been appointed to the position of Director, The Bureau of Human Prescription Drugs;
- c) the Tribunal erred in law in its interpretation of section 53 of the *Canadian Human Rights Act* and, in particular, in concluding that the non-pecuniary damages available to Dr. Chopra were limited to \$5,000;
- d) the Tribunal erred in concluding that only simple interest would be payable on the monies owing.

The Standard of Review

[13] Since this is an appeal from the decision of a superior court sitting in judicial review of an inferior tribunal, the standard of review is taught at paragraph 43 of the decision of the Supreme Court of Canada in *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226 (*Dr. Q*):

The role of the Court of Appeal was to determine whether the reviewing judge had chosen and applied the correct standard

La demande de contrôle judiciaire présentée par le D^r Chopra

[12] Le D^r Chopra a sollicité le contrôle judiciaire de la décision relative au redressement. Sa demande repose sur les moyens suivants, exposés dans son avis de demande :

[TRADUCTION]

- a) le Tribunal a commis une erreur de droit dans l'interprétation et l'application des principes de la prévisibilité raisonnable et de l'atténuation des dommages. Plus particulièrement, le Tribunal a fait erreur en concluant que ces principes auraient pour effet de réduire l'indemnité financière découlant du refus de nommer le D^r Chopra à un poste EX-02 de durée indéterminée;
- b) le Tribunal a commis une erreur de droit en n'ordonnant pas la nomination du D^r Chopra à un poste de niveau EX après avoir conclu que, n'eût été la discrimination exercée à l'égard du D^r Chopra, celui-ci aurait dû obtenir le poste de directeur du Bureau des médicaments humains prescrits;
- c) le Tribunal a commis une erreur de droit dans l'interprétation de l'article 53 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, en concluant, plus particulièrement, que les dommages-intérêts non pécuniaires qui pouvaient être adjugés au D^r Chopra étaient limités à 5 000 \$;
- d) le Tribunal a commis une erreur en ordonnant que seuls des intérêts simples soient versés sur les montants adjugés.

La norme de contrôle

[13] La norme de contrôle applicable au présent appel, qui porte sur la décision d'une cour supérieure saisie du contrôle judiciaire de la décision d'un tribunal inférieur, est décrite au paragraphe 43 de l'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada dans *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226 (*Dr Q*) :

Le rôle de la Cour d'appel était de décider si la juge de révision avait choisi et appliqué la norme de contrôle

of review, and in the event she had not, to assess the administrative body's decision in light of the correct standard of review, reasonableness. At this stage in the analysis, the Court of Appeal is dealing with appellate review of a subordinate court, not judicial review of an administrative decision. . . . The question of the right standard to select and apply is one of law and, therefore, must be answered correctly by a reviewing judge.

[14] The application Judge dealt with the issue of standard of review as follows, at paragraphs 38-40:

As to the determination of the applicable legal principles, while the Court is sensitive to the fact that these principles arise in a human rights context, rather than as a matter of general law, the determination is one of law; a function generally left to courts. This is particularly the case here, where the determination of the proper legal principles flows from the Court of Appeal's decision *Morgan, above*. Therefore, the appropriate standard of review on the applicable legal principles is that of correctness.

With respect to findings of fact, particularly where the decision-maker must base part of the conclusions on his or her observations of the witnesses, the Court should accord considerable deference to the Tribunal member consistent with the Supreme Court's decision in *Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 1 S.C.R. 369 at 408. It is my conclusion that the standard of review should be reasonableness *simpliciter*.

As to the standard of review on issues of mixed law and facts, which are essentially the conclusionary aspect of the Tribunal's function, section 53(2) and (3) give the Tribunal a broad discretion. In light of that discretion and the predominantly fact-driven nature of the remedy phase, the appropriate standard of review is likewise reasonableness *simpliciter*.

[15] In summary, the application Judge found that the standard of correctness applied to questions of law while the standard of reasonableness applied to questions of mixed fact and law.

[16] The application Judge did not distinguish between questions of general law which the Tribunal

appropriée et, si cela n'était pas le cas, d'examiner la décision de l'organisme administratif à la lumière de la norme de contrôle appropriée, soit celle de la décision raisonnable. À cette étape de l'analyse, la Cour d'appel effectue le contrôle en appel d'une décision judiciaire, et non pas le contrôle judiciaire d'une décision administrative [. . .] La question du choix et de l'application de la norme appropriée est une question de droit et le juge de révision doit donc y avoir répondu correctement.

[14] Le juge saisi de la demande a abordé en ces termes la question de la norme de contrôle, aux paragraphes 38 à 40 :

Quant à la détermination des principes de droit applicables, la Cour sait que ces principes sont soulevés dans le contexte des droits de la personne et qu'il ne s'agit pas d'une question de droit général. Il s'agit d'une question de droit, question habituellement réservée aux tribunaux. Il en est particulièrement ainsi en l'espèce, puisque les principes de droit pertinents découlent de la décision de la Cour d'appel fédérale dans *Morgan, précitée*. Par conséquent, la norme de contrôle appropriée relativement à des principes de droit est celle de la décision correcte.

En ce qui concerne les conclusions de fait, surtout si l'instance décisionnelle doit fonder une partie de ses conclusions sur son appréciation des témoins, la Cour doit faire preuve de beaucoup de déférence à l'égard du membre du Tribunal, en conformité avec la décision de la Cour suprême du Canada dans *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations de travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369, à la page 408. J'estime que la norme de contrôle devrait être celle de la décision raisonnable *simpliciter*.

Quant à la norme de contrôle applicable aux questions de fait et de droit qui relèvent essentiellement du pouvoir du Tribunal de prendre une décision à l'issue de l'instruction, les paragraphes 53(2) et 53(3) confèrent au Tribunal un large pouvoir discrétionnaire. Compte tenu de ce pouvoir et de l'étape du redressement qui est principalement fondée sur les faits, la norme de contrôle appropriée est également celle de la décision raisonnable *simpliciter*.

[15] En résumé, le juge saisi de la demande a conclu que la norme de la décision correcte s'appliquait aux questions de droit, alors que la norme de la décision raisonnable s'appliquait aux questions de fait et de droit.

[16] Le juge saisi de la demande n'a pas établi de distinction entre les questions de droit général que le

dealt with in the course of its inquiry, and questions of law arising from the Tribunal's interpretation of its home legislation. The Supreme Court has not only drawn that distinction but it has also distinguished between questions of general law, on the one hand, and questions of general law with respect to which a tribunal has developed a particular expertise by reason of the inter-relatedness of those questions with other questions lying at the heart of the tribunal's expertise, on the other. The Supreme Court has found that deference to tribunal decisions is appropriate where the tribunal is interpreting questions of general law with which it has a particular expertise as well as when the tribunal is interpreting its own statute: see *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, at paragraphs 70 to 75.

[17] Consequently, the application Judge's finding that the standard of review for questions of law was correctness was overly broad. The standard varies with the nature of the legal question in issue. While the standard may be correctness, it need not be so.

[18] As for findings of fact and findings of mixed fact and law, no objection was taken to reasonableness as the appropriate standard of review. I will therefore approach the case on that basis.

The Relevant Legislation

[19] Before venturing further into the application Judge's reasons, it will be useful to set out the relevant statutory provisions [*Canadian Human Rights Act*, ss. 4 (as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 11), 53 (as am. *idem*, s. 27)]:

4. A discriminatory practice, as described in sections 5 to 14.1, may be the subject of a complaint under Part III and anyone found to be engaging or to have engaged in a discriminatory practice may be made subject to an order as provided in sections 53 and 54.

Tribunal a examinées au cours de son enquête et les questions de droit afférentes à l'interprétation par le Tribunal de sa loi constitutive. Non seulement la Cour suprême a-t-elle établi cette distinction, elle a aussi distingué entre, d'une part, les questions de droit général et, d'autre part, les questions de droit général à l'égard desquelles un tribunal a acquis une expertise particulière en raison de leur interdépendance avec d'autres questions intimement liées à l'expertise du tribunal. La Cour suprême a statué qu'il convient de faire preuve de retenue envers les décisions d'un tribunal portant sur l'interprétation de questions de droit général au regard desquelles le tribunal possède une expertise particulière, ainsi qu'envers celles dans lesquelles le tribunal interprète sa loi constitutive : voir l'arrêt *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, aux paragraphes 70 à 75.

[17] Par conséquent, la conclusion du juge saisi de la demande, selon laquelle la norme de contrôle applicable aux questions de droit était celle de la décision correcte, est trop générale. La norme varie selon la nature de la question juridique en cause. Il se peut que la norme applicable soit celle de la décision correcte, mais ce n'est pas toujours le cas.

[18] Quant aux conclusions de fait et aux conclusions de fait et de droit, nul n'a contesté que la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable. J'aborderai donc l'espèce en fonction de cette norme.

Les dispositions législatives applicables

[19] Avant d'examiner de façon plus approfondie les motifs du juge qui a statué sur la demande, il est utile de rappeler les dispositions pertinentes de la Loi [art. 4 (mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 11), 53 (mod., *idem*, art. 27)]:

4. Les actes discriminatoires prévus aux articles 5 à 14.1 peuvent faire l'objet d'une plainte en vertu de la partie III et toute personne reconnue coupable de ces actes peut faire l'objet des ordonnances prévues aux articles 53 et 54.

7. It is a discriminatory practice, directly or indirectly,

(a) to refuse to employ or continue to employ any individual, or

(b) in the course of employment, to differentiate adversely in relation to an employee,

on a prohibited ground of discrimination.

...

40. (1) Subject to subsections (5) and (7), any individual or group of individuals having reasonable grounds for believing that a person is engaging or has engaged in a discriminatory practice may file with the Commission a complaint in a form acceptable to the Commission.

...

53. (1)

(2) If at the conclusion of the inquiry the member or panel finds that the complaint is substantiated, the member or panel may, subject to section 54, make an order against the person found to be engaging or to have engaged in the discriminatory practice and include in the order any of the following terms that the member or panel considers appropriate:

...

(b) that the person make available to the victim of the discriminatory practice, on the first reasonable occasion, the rights, opportunities or privileges that are being or were denied the victim as a result of the practice;

(c) that the person compensate the victim for any or all of the wages that the victim was deprived of and for any expenses incurred by the victim as a result of the discriminatory practice;

...

(e) that the person compensate the victim, by an amount not exceeding twenty thousand dollars, for any pain and suffering that the victim experienced as a result of the discriminatory practice.

(3) In addition to any order under subsection (2), the member or panel may order the person to pay such compensation not exceeding twenty thousand dollars to the

7. Constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite, le fait, par des moyens directs ou indirects :

a) de refuser d'employer ou de continuer d'employer un individu;

b) de le défavoriser en cours d'emploi

[. . .]

40. (1) Sous réserve des paragraphes (5) et (7), un individu ou un groupe d'individus ayant des motifs raisonnables de croire qu'une personne a commis un acte discriminatoire peut déposer une plainte devant la Commission en la forme acceptable pour cette dernière.

[. . .]

53. (1) [. . .]

(2) À l'issue de l'instruction, le membre instructeur qui juge la plainte fondée, peut, sous réserve de l'article 54, ordonner, selon les circonstances, à la personne trouvée coupable d'un acte discriminatoire :

[. . .]

b) d'accorder à la victime, dès que les circonstances le permettent, les droits, chances ou avantages dont l'acte l'a privée;

c) d'indemniser la victime de la totalité, ou de la fraction des pertes de salaire et des dépenses entraînées par l'acte;

[. . .]

e) d'indemniser jusqu'à concurrence de 20 000 \$ la victime qui a souffert un préjudice moral.

(3) Outre les pouvoirs que lui confère le paragraphe (2), le membre instructeur peut ordonner à l'auteur d'un acte discriminatoire de payer à la victime une indemnité maximale

victim as the member or panel may determine if the member or panel finds that the person is engaging or has engaged in the discriminatory practice wilfully or recklessly.

(4) Subject to the rules made under section 48.9, an order to pay compensation under this section may include an award of interest at a rate and for a period that the member or panel considers appropriate.

[20] At the time of Dr. Chopra's complaint, subsection 53(2) was subsection 41(2) [S.C. 1976-77, c. 33], and provided as follows:

41. (1)

(2) If, at the conclusion of its inquiry, a Tribunal finds that the complaint to which the inquiry relates is substantiated, subject to subsection (4) and section 42, it may make an order against the person found to be engaging or to have engaged in the discriminatory practice and include in such order any of the following terms that it considers appropriate:

...

(b) that such person make available to the victim of the discriminatory practice on the first reasonable occasion such rights, opportunities or privileges as, in the opinion of the Tribunal, are being or were denied the victim as a result of the practice;

(c) that such person compensate the victim, as the Tribunal may consider proper, for any or all of the wages that the victim was deprived of and any expenses incurred by the victim as a result of the discriminatory practice; and

...

(3) In addition to any order that the Tribunal may make pursuant to subsection (2), if the Tribunal finds that

(a) a person is engaging or has engaged in a discriminatory practice wilfully or recklessly, or

(b) the victim of the discriminatory practice has suffered in respect of feelings or self-respect as a result of the practice,

the Tribunal may order the person to pay such compensation to the victim, not exceeding five thousand dollars, as the Tribunal may determine. [Emphasis added.]

de 20 000 \$, s'il en vient à la conclusion que l'acte a été délibéré ou inconsidéré.

(4) Sous réserve des règles visées à l'article 48.9, le membre instructeur peut accorder des intérêts sur l'indemnité au taux et pour la période qu'il estime justifiés.

[20] À l'époque où le D^r Chopra a porté plainte, la disposition correspondant au paragraphe 53(2) était le paragraphe 41(2) [S.C. 1976-77, ch. 33], dont le libellé est le suivant :

41. (1) [. .]

(2) À l'issue de son enquête, le tribunal qui juge la plainte fondée peut, sous réserve du paragraphe (4) et de l'article 42, ordonner, selon les circonstances, à la personne trouvée coupable d'un acte discriminatoire

[. .]

b) d'accorder à la victime, à la première occasion raisonnable, les droits, chances ou avantages dont, de l'avis du tribunal, l'acte l'a privée;

c) d'indemniser la victime de la totalité, ou de la fraction qu'il juge indiquée, des pertes de salaire et des dépenses entraînées par l'acte; et

[. .]

(3) Outre les pouvoirs que lui confère le paragraphe (2), le tribunal, ayant conclu

a) que la personne a commis l'acte discriminatoire de propos délibéré ou avec négligence, ou

b) que la victime a souffert un préjudice moral par suite de l'acte discriminatoire,

peut ordonner à la personne de payer à la victime une indemnité maximale de cinq mille dollars. [Non souligné dans l'original.]

Summary and Analysis of the Application Judge's Reasons

(i) The acting position and the indeterminate position

[21] The application Judge began his analysis by reviewing the applicable legal principles. He relied heavily upon this Court's decision in *Morgan* to establish the principles applicable to the assessment of compensation in discrimination in employment cases. *Morgan* is an unusual case in that it contains three opinions which differ in important ways. The application Judge relied upon the following passages from the reasons given by Marceau J.A. (at pages 412-414):

To establish that real damage was actually suffered creating a right to compensation, it was not required to prove that, without the discriminatory practice, the position would certainly have been obtained. Indeed, to establish actual damage, one does not require a probability. In my view, a mere possibility, provided it was a serious one, is sufficient to prove its reality. But, to establish the extent of that damage and evaluate the monetary compensation to which it could give rise, I do not see how it would be possible to simply disregard evidence that the job could have been denied in any event. The presence of such uncertainty would prevent an assessment of the damages to the same amount as if no such uncertainty existed. The amount would have had to be reduced to the extent of such uncertainty.

...

... I am afraid, I say it with respect, that there exists some confusion between the right to obtain reparation for a damage sustained and the assessment of that damage. While the particular nature of the human rights legislation—which has been said to be so basic as to be near-constitutional and in no way an extension of the law of tort (see e.g. *Robichaud v. Brennan (sub nom. Robichaud v. Canada (Treasury Board))*, [1987] 2 S.C.R. 84, at page 89, and *Bhadoria v. Board of Governors of Seneca College (sub nom. Seneca College v. Bhadoria)*, [1981] 2 S.C.R. 181)—renders unjustifiable the importation of the limitations to the right to obtain compensation applicable in tort law, the assessment of the damages recoverable by a victim cannot be governed by different rules. In both fields, the goal is exactly the same: make the victim whole for the damage caused by the act source of liability. Any other goal would simply lead to an unjust enrichment and a parallel unjust impoverishment. The

Résumé et analyse des motifs du juge saisi de la demande

i) Le poste intérimaire et le poste de durée indéterminée

[21] Le juge saisi de la demande a commencé son analyse en examinant les principes juridiques applicables. Le juge s'est largement appuyé sur la décision de notre Cour dans *Morgan* pour établir les principes applicables à l'évaluation de l'indemnité dans les cas de discrimination en matière d'emploi. L'arrêt *Morgan* est inhabituel en ce qu'il comprend trois opinions qui divergent sous d'importants rapports. Le juge saisi de la demande s'est fondé sur les passages suivants des motifs du juge Marceau (aux pages 412 à 414) :

Pour démontrer l'existence du préjudice donnant droit à l'indemnité, il n'était pas nécessaire de démontrer que, n'eût été l'acte discriminatoire, le plaignant aurait certainement obtenu le poste. De plus, aux fins d'établir le préjudice, point n'est besoin de démontrer la probabilité de celui-ci. À mon avis, la preuve d'une possibilité, pourvu qu'elle soit sérieuse, suffit à démontrer l'existence du préjudice. Par contre, pour connaître l'ampleur du préjudice et les dommages-intérêts qu'il entraîne, il m'apparaît impossible de rejeter des éléments de preuve démontrant que, de toute manière, le poste aurait pu être refusé. La présence de cet élément d'incertitude empêcherait le tribunal d'accorder les dommages-intérêts qu'il accorderait en l'absence de celui-ci. L'indemnité fixée par le tribunal serait réduite en fonction du degré d'incertitude.

[...]

[...] force m'est de constater la présence d'une certaine confusion entre le droit d'obtenir réparation d'un préjudice subi et l'évaluation des dommages-intérêts. Si la nature spéciale de la Loi sur les droits de la personne, que l'on dit tellement fondamentale qu'elle serait presque de nature constitutionnelle et qui n'est pas du domaine de la responsabilité délictuelle (voir p. ex. l'arrêt *Robichaud c. Brennan (sub nom. Robichaud c. Canada (Conseil du trésor))*, [1987] 2 R.C.S. 84, à la page 89, et l'arrêt *Bhadoria c. Bureau des Gouverneurs du Seneca College (sub nom. Seneca College c. Bhadoria)*, [1981] 2 R.C.S. 181), exclut l'application de limites au droit d'obtenir une indemnité qui relève de la responsabilité délictuelle, l'évaluation des dommages-intérêts exigibles par la victime ne peut être régie par des règles différentes. Dans les deux cas, le principe est le même : la partie lésée doit être remise dans la position où elle aurait été si le tort ne s'était pas produit. Tout autre but

principles developed by the courts to achieve that goal in dealing with tort liability are therefore necessarily applicable. It is well known that one of those principles has been to exclude from the damages recoverable the consequences of the act that were only indirect or too remote.

[22] The application Judge took the following propositions from these passages, at paragraphs 47 and 48:

. . . the standard of proof to establish real loss [from discrimination has been lowered] from the normal standard of probability to the criterion of a “mere but serious possibility” that the individual would have obtained the position. . . .

Having established the existence of the loss of opportunity in this case, the Tribunal is then obliged to make an evaluation of the extent of that loss that evaluation of loss requires an assessment of uncertainties, contingencies and likelihoods—an exercise of foreseeability and remoteness.

[23] The application Judge then applied these propositions to the Tribunal’s treatment of the staffing of both the acting position and the indeterminate position. In the case of the acting position, the application Judge took no issue with the finding that there was a serious possibility that Dr. Chopra would have been awarded the position. He agreed with the Tribunal’s reasoning that Dr. Chopra’s recovery should be limited to the time he would have served in the acting position if his suggestion had been accepted.

[24] As for the indeterminate position, the application Judge found reasonable the Tribunal’s conclusion that if Dr. Chopra been given the opportunity to serve in the acting position, there was a serious possibility that he would have been appointed to the indeterminate position. Citing *Morgan and Canada (Attorney General) v. McAlpine*, [1989] 3 F.C. 530 (C.A.) (*McAlpine*), the application Judge agreed that the Tribunal was entitled to consider the uncertainty as to whether Dr. Chopra would have actually been awarded the position in determining the amount of compensation payable. He declined to interfere with the reduction of Dr. Chopra’s compensation by two thirds to reflect that uncertainty.

entraînerait un enrichissement sans cause et un appauvrissement injustifié parallèle. Les principes établis par les tribunaux pour atteindre cet objectif en responsabilité délictuelle s’appliquent donc nécessairement. Il est bien connu que l’un de ces principes consiste à exclure les conséquences de l’acte qui sont trop lointaines ou seulement indirectes.

[22] Le juge saisi de la demande a retenu de ces passages les propositions suivantes, aux paragraphes 47 et 48 :

[...] la Cour d’appel fédérale a décidé d’atténuer la norme de preuve permettant d’établir une perte réelle et qui était la norme de probabilité habituelle, pour la remplacer par le critère de la « possibilité, pourvu qu’elle soit sérieuse » que la personne aurait obtenu le poste [...]

Ayant établie l’existence de la perte d’une occasion, le Tribunal doit ensuite évaluer l’ampleur du préjudice. Cette appréciation exige un examen des incertitudes, des imprévus et des probabilités. Il faut tenir compte du caractère prévisible des dommages et des conséquences lointaines.

[23] À la lumière de ces propositions, le juge a ensuite analysé la façon dont le Tribunal a traité la question de l’attribution tant du poste intérimaire que du poste de durée indéterminée. En ce qui concerne le poste intérimaire, il n’a pas remis en cause la conclusion du Tribunal selon laquelle il existait une possibilité sérieuse que le D^r Chopra eût obtenu le poste. Il a souscrit au raisonnement du Tribunal, qui a jugé que le dédommagement du plaignant devrait être limité à la période durant laquelle celui-ci aurait occupé le poste intérimaire si sa proposition avait été acceptée.

[24] Quant au poste de durée indéterminée, le juge saisi de la demande a estimé raisonnable la conclusion du Tribunal portant que si le D^r Chopra avait eu l’occasion d’occuper le poste intérimaire, il y a une possibilité sérieuse qu’il eût obtenu la nomination de durée indéterminée à ce poste. Se référant aux arrêts *Morgan et Canada (Procureur général) c. McAlpine*, [1989] 3 C.F. 530 (C.A.) (*McAlpine*), le juge a convenu que le Tribunal pouvait à bon droit tenir compte, dans la détermination du montant de l’indemnité, de l’incertitude entourant la question de savoir si le D^r Chopra se serait effectivement vu confier le poste. Il a décidé de ne pas intervenir dans la décision de réduire

[25] The application Judge then considered the Tribunal's reduction in the period for which compensation was payable. He noted the Tribunal's reference to the foreseeable length of time during which the effects of discrimination could extend, as well as the evidence of Dr. Chopra's failure to mitigate his loss. In the end, he was not persuaded that the Tribunal's conclusions on this issue were unreasonable.

[26] In his appeal to this Court, Dr. Chopra argued that the Tribunal erred in law in importing tort law concepts into the determination of compensation payable under the Act. In his view, the only factor relevant to the calculation of his loss was proof of causation. Once it was shown that there was a nexus between the discrimination and the loss, then the entire loss was payable without regard to probabilities. Furthermore, to the extent that mitigation is to be taken into account, the Tribunal erred in requiring him to show that he sought to mitigate his loss rather than imposing on the employer the burden of showing that he had not.

[27] The issues raised on this aspect of the appeal have to do with the narrow question of the use of certain loss-limiting concepts from the law of remedies in the determination of compensation for victims of discrimination. Notwithstanding the lack of a majority in *Morgan* on the "mere but serious possibility" test, the application Judge treated Marceau J.A.'s reasons as the current state of the law on this issue. That position was not attacked in argument before us.

[28] We are only asked to decide if the Tribunal was entitled to take foreseeability and mitigation into account so as to reduce the compensation which would otherwise be payable to Dr. Chopra under the heading of "wages of which he was deprived" as a result of the

de deux tiers l'indemnité accordée au D^r Chopra afin de rendre compte de ce facteur d'incertitude.

[25] Le juge saisi de la demande a ensuite examiné la réduction par le Tribunal de la période d'indemnisation. Il a fait état des observations du Tribunal quant à la durée prévisible de la période durant laquelle les effets de l'acte discriminatoire pouvaient se faire sentir, ainsi que des éléments de preuve dénotant l'absence d'efforts du D^r Chopra pour atténuer les pertes subies. En dernier ressort, il n'était pas convaincu du caractère déraisonnable des conclusions du Tribunal sur ce point.

[26] En appel devant notre Cour, le D^r Chopra a soutenu que le Tribunal a commis une erreur de droit en faisant intervenir des notions du droit de la responsabilité délictuelle dans la détermination de l'indemnité exigible en vertu de la Loi. À son avis, le seul facteur pertinent pour le calcul de la perte est la preuve du lien de causalité. Une fois établi le lien entre la discrimination et la perte, le dédommagement doit correspondre à la perte totale, sans égard aux probabilités. En outre, dans la mesure où il convient de tenir compte de l'atténuation des dommages, le Tribunal, prétend-il, a commis une erreur en exigeant qu'il démontre qu'il a tenté d'atténuer ses pertes, plutôt que d'imposer à l'employeur le fardeau de prouver qu'il n'avait pas fait d'efforts en ce sens.

[27] Les questions soulevées relativement à cet aspect de l'appel se rapportent à la question restreinte du recours, dans la détermination de l'indemnité payable aux victimes de discrimination, à certaines notions de limitation des pertes issues du droit des redressements. Malgré l'absence de majorité, dans *Morgan*, quant au critère de la « possibilité, pourvu qu'elle soit sérieuse », le juge saisi de la demande a traité les motifs du juge Marceau comme s'ils traduisaient l'état actuel du droit sur la question. Cette position n'a pas été contestée dans les plaidoiries présentées devant nous.

[28] La seule question que la Cour est invitée à trancher est de savoir si le Tribunal pouvait faire intervenir les facteurs de prévisibilité et d'atténuation des dommages pour réduire l'indemnité autrement payable au D^r Chopra au titre du [TRADUCTION] « salaire

employer's discriminatory practice. The application judge proceeded on the basis that this question was settled by this Court's decisions in *McAlpine* and *Morgan*. I am less certain that this is so.

[29] The application of foreseeability to losses arising from discriminatory practices was first raised in this Court in *McAlpine*. After having decided that the complainant was not entitled to compensation for lost unemployment insurance benefits because the latter were not "wages" within the meaning of the Act, the Court went on to consider an alternate ground of review. Commenting on the application of "*restitutio in integrum*" as a principle of compensation, the Court held that "the proper test must also take into account remoteness or reasonable foreseeability whether the action is one of contract or tort. Only such part of the actual loss resulting as is reasonably foreseeable is recoverable": see *McAlpine*, at page 538.

[30] This view was questioned by MacGuigan J.A. in *Morgan* who wrote (at page 429):

The notion of placing a cap on the amount to be awarded for lost wages based on a principle of reasonable foreseeability is one that, to my mind, cannot be deduced from *McAlpine*. . . .

This Court held that what are now paragraphs 53(2)(b), (c) and (d) of the Act did not permit or allow an award of compensation for foregone unemployment insurance benefits. That decision was the only one necessary for the disposition of the case, but the Court went on in *obiter dicta* to endorse the principle of reasonable foreseeability. (Reasonable foreseeability might be said to be the common-law principle whether the act was classified as being of contract or of tort: see *Asamera Oil Corporation Ltd. v. Sea Oil & General Corporation et al.*, [1979] 1 S.C.R. 633, at pp. 645 ff. Estey J. concludes, at p. 673, that "the same principles of remoteness will apply to the claims made whether they sound in tort or in contract".) However, in my opinion, the Court applied that principle only to the kind of damages claimed: in other words, that it was not reasonably foreseeable by an employer that such an act of discrimination would lead to a loss of unemployment insurance benefits.

dont il a été privé » par suite de l'acte discriminatoire de l'employeur. Le juge saisi de la demande a tenu pour acquis que cette question avait été réglée par les arrêts *McAlpine* et *Morgan* de notre Cour. Je ne suis pas convaincu que ce soit le cas.

[29] L'application du facteur de prévisibilité aux pertes découlant d'actes discriminatoires a été soulevée devant notre Cour pour la première fois dans *McAlpine*. Après avoir conclu que le plaignant ne pouvait exiger d'être indemnisé pour la perte de prestations d'assurance-chômage parce que ces prestations ne constituaient pas un « salaire » au sens de la Loi, la Cour a examiné un autre moyen de révision. La Cour, en formulant des observations sur l'application du principe « *restitutio in integrum* » en matière d'indemnisation, a déclaré qu'« il aurait également fallu tenir compte du caractère prévisible ou de la prévisibilité raisonnable des dommages, peu importe que l'action intentée soit en responsabilité contractuelle ou en responsabilité délictuelle. En effet, seules les pertes subies qui sont raisonnablement prévisibles sont recouvrables ». Voir l'arrêt *McAlpine*, à la page 538.

[30] Ce point de vue a été remis en question par le juge MacGuigan, qui a écrit dans *Morgan* (à la page 429) :

L'imposition d'une limite à l'indemnité pour pertes de salaire fondée sur la doctrine de la prévisibilité raisonnable ne peut être déduite de l'arrêt *McAlpine*. [. .]

Cette Cour a soutenu que les alinéas 53(2)(b), (c) et (d) de la Loi ne permettent pas d'indemniser les pertes de prestations d'assurance-chômage. Cette décision suffisait à disposer de l'affaire, mais la Cour a ajouté à titre de remarque incidente qu'elle appuyait le principe de la prévisibilité raisonnable. (La prévisibilité raisonnable est le principe de common law qui s'applique à la fois en responsabilité délictuelle et en responsabilité contractuelle : voir *Asamera Oil Corporation Ltd. c. Sea Oil & General Corporation et autre*, [1979] 1 R.C.S. 633, aux p. 645 et s. Le juge Estey déclare à la p. 673 que « les principes relatifs au caractère prévisible s'appliquent également que la réclamation soit fondée sur la responsabilité délictuelle ou contractuelle ».) Toutefois, à mon avis, la Cour a appliqué ce principe uniquement quant au type de dommages-intérêts demandé : c'est-à-dire qu'un employeur ne pouvait pas raisonnablement prévoir que l'acte discriminatoire en question entraînerait une perte de prestations d'assurance-

[Parenthetical comment in original.]

[31] In his reasons in *Morgan*, Marceau J.A. agreed that there should be a limit placed on the liability for consequences flowing from a discriminatory practice but was disinclined to use reasonable foreseeability for that purpose, as the latter appeared to him to be more appropriate to contractual losses. Mahoney J.A. referred to this issue only obliquely. After saying that he agreed with his colleagues that there must be a causal connection between the discriminatory practice and the amount of wages lost as a result, he went on to say that the time during which a causal connection exists is a matter to be determined in the circumstances of each case, thus suggesting causation-over-time as the limiting factor.

[32] If one were pressed to identify, in law school fashion, the *ratio decidendi* of *Morgan* on this issue, it seems to me that the most that could be said is that the three members of the Court agreed on the need for a limit on liability for the consequences flowing from a discriminatory practice, but the nature of that limit was uncertain. The members of the Court agreed that there must be causal connection between the discriminatory practice and the losses, but they did not agree as to whether foreseeability cut off liability for events past a certain point in time or past a certain event in the chain of causation. As a result, *Morgan* is not authority for the proposition that foreseeability applies to limit the extent of loss recoverable, as opposed to the kind of loss recoverable.

[33] At common law, only those kinds of damages which are the reasonably foreseeable consequences of a wrongful act are recoverable as damages. Heads of damages which are not reasonably foreseeable are not recoverable.

[34] This issue was examined in *Cotic v. Gray* (1981), 33 O.R. (2d) 356, a decision of the Court of Appeal for Ontario at page 380:

chômage. [Le commentaire entre parenthèses fait l'objet d'une note dans la décision originale.]

[31] Dans les motifs qu'il a rédigés dans l'arrêt *Morgan*, le juge Marceau a reconnu qu'il convient d'établir une limite à la responsabilité afférente aux conséquences d'un acte discriminatoire, mais il était peu enclin à recourir à la prévisibilité raisonnable à cette fin, ce facteur lui semblant mieux adapté aux pertes contractuelles. Le juge Mahoney n'a traité de cette question qu'indirectement. Après s'être dit d'accord avec ses collègues qu'il doit exister un lien de cause à effet entre l'acte discriminatoire et les pertes de salaire qui en résultent, il a ajouté que ce sont les circonstances de chaque affaire qui détermineront la longueur de la période au cours de laquelle on peut établir ce lien de causalité, laissant ainsi entendre que le maintien du lien de causalité dans le temps constituerait le facteur limitatif.

[32] S'il fallait dégager, comme on le demande parfois aux étudiants en droit, la *ratio decidendi* de l'arrêt *Morgan* sur cette question, il me semble que tout au plus pourrait-on dire que les trois juges formant la Cour ont convenu de la nécessité d'établir une limite à la responsabilité afférente aux conséquences d'un acte discriminatoire, mais que la nature de cette limite demeure incertaine. Si les trois juges s'entendaient pour dire qu'il doit y avoir un lien de causalité entre l'acte discriminatoire et les pertes subies, ils ne partageaient pas le même avis quant à savoir si la prévisibilité met fin à la responsabilité au regard des événements après un certain temps ou après un certain événement dans la chaîne causale. Par conséquent, *Morgan* ne peut servir à étayer la proposition selon laquelle la prévisibilité s'applique pour limiter l'étendue des pertes recouvrables, plutôt que la nature des pertes recouvrables.

[33] En common law, seuls les dommages-intérêts correspondant aux conséquences raisonnablement prévisibles d'un acte fautif peuvent être recouverts à titre de dommages-intérêts. Les chefs de dommages-intérêts qui ne sont pas raisonnablement prévisibles ne peuvent être recouverts.

[34] La Cour d'appel de l'Ontario a traité de cette question dans l'arrêt *Cotic c. Gray* (1981), 33 O.R. (2d) 356, à la page 380 :

The judgment of the Privy Council in *The "Wagon Mound" No. 1*, *supra*, overruled *Polemis*, *supra*, and made the requirement of reasonable foreseeability applicable to the damage suffered as well as to the duty owed. In other words, the damage suffered must be reasonably foreseeable. *Hughes v. Lord Advocate*, *supra*, modified this requirement so that it is not necessary that the wrongdoer foresee the precise kind of damage or injury. The damage or injury is not too remote if it is of a type or kind which was reasonably foreseeable or in the words of Dickson J. in *R. v. Côté*, [1976] 1 S.C.R. 595 at p. 604, 51 D.L.R. (3d) 224 at p. 252, 3 N.R. 341 *sub nom. Kalogeropoulos and Millette v. Cote, Minister of Highways and Ontario Provincial Police Force*:

It is not necessary that one foresee the "precise concatenation of events"; it is enough to fix liability if one can foresee in a general way the class or character of injury which occurred.

[35] In the context of compensation for losses suffered as a result of a discriminatory practice, the question of foreseeability does not arise for the simple reason that Parliament has set out the kind of losses which are recoverable. Paragraph 53(2)(c) of the Act provides that a Tribunal may make an order that the wrongdoer pay compensation for wages lost, and expenses incurred, as a result of the discriminatory practice.

[36] Human rights legislation does not create a common-law cause of action (see *Seneca College of Applied Arts and Technology v. Bhadauria*, [1981] 2 S.C.R. 181, at page 195). If one can only seek a remedy for a discriminatory practice from a tribunal appointed under the Act, then it follows that the complainant is limited to the remedies which the Tribunal has the power to grant. It is not open to the complainant to seek to improve upon this by invoking "*restitutio in integrum*".

[37] The fact that foreseeability is not an appropriate device for limiting the losses for which a complainant may be compensated does not mean that there should be no limit on the liability for compensation. The first limit is that recognized by all members of the Court in

[TRADUCTION] Le jugement rendu par le Conseil privé dans *The "Wagon Mound" No. 1*, précité, a écarté la décision *Polemis*, précitée, et conclu que l'exigence de la prévisibilité raisonnable s'applique au préjudice subi ainsi qu'à l'obligation. Autrement dit, le préjudice subi doit être raisonnablement prévisible. Cette exigence a été modifiée dans *Hughes v. Lord Advocate*, précité, de sorte qu'il n'est pas nécessaire que l'auteur du tort prévoie avec précision quel sera le dommage ou le préjudice. Le dommage ou le préjudice n'est pas trop éloigné si ce genre de dommage ou de préjudice était raisonnablement prévisible ou, pour citer un extrait des motifs du juge Dickson dans l'arrêt *R. c. Côté*, [1976] 1 R.C.S. 595, à la p. 604, 51 D.L.R. (3d) 224, à la p. 252, 3 N.R. 341, répertorié sous *Kalogeropoulos et Millette c. Côté, Ministre de la Voirie et Sûreté de l'Ontario* :

Il n'est pas nécessaire de prévoir [TRADUCTION] « le concours exact de circonstances »; pour attribuer une responsabilité, il est suffisant d'avoir pu prévoir de façon générale la catégorie ou le caractère des dommages qui se sont produits.

[35] En matière d'indemnisation pour pertes subies à la suite d'un acte discriminatoire, la question de la prévisibilité ne se pose pas pour la simple raison que le législateur a défini le genre de pertes pouvant être recouvrées. L'alinéa 53(2)c) de la Loi prévoit que le Tribunal peut ordonner à l'auteur du tort d'indemniser la victime pour les pertes de salaire et les dépenses entraînées par l'acte discriminatoire.

[36] La législation relative aux droits de la personne ne donne pas naissance à une cause d'action fondée sur la common law (voir l'arrêt *Seneca College of Applied Arts and Technology c. Bhadauria*, [1981] 2 R.C.S. 181, à la page 195). S'il n'est possible d'intenter un recours pour acte discriminatoire qu'auprès d'un tribunal désigné en vertu de la Loi, il s'ensuit que le plaignant ne peut obtenir d'autres redressements que ceux que le Tribunal a le pouvoir d'accorder. Le plaignant ne peut tenter d'ajouter aux redressements ainsi prévus en invoquant le principe de « *restitutio in integrum* ».

[37] Le fait que la prévisibilité ne constitue pas un facteur approprié de limitation des pertes dont un plaignant peut être dédommagé ne signifie pas qu'il ne devrait y avoir aucune limite à la responsabilité d'indemniser. La première limite a été reconnue

Morgan, that is, there must be a causal link between the discriminatory practice and the loss claimed. The second limit is recognized in the Act itself, namely, the discretion given to the Tribunal to make an order for compensation for any or all of wages lost as a result of the discriminatory practice. This discretion must be exercised on a principled basis.

[38] In this case, the Tribunal appears to have conflated foreseeability and mitigation (remedy decision, at paragraph 37):

There is another factor to be considered as well. As noted by the Federal Court of Appeal in *McAlpine*, *supra*, at paragraph 13, only such loss as is reasonably foreseeable is recoverable. The victim of discrimination must therefore demonstrate that he has taken reasonable steps to mitigate his loss (see *Morgan*, *supra* at para. 14). For instance, in the present case, the Complainant must show that he took steps to improve his chances of successfully competing for an EX-level position and that he applied for such positions when the opportunity arose.

[39] Dr. Chopra argues that tort principles, including mitigation, do not apply to compensation awarded under the Act. As noted above, the kinds of losses which are recoverable are defined in the legislation, thus making reference to foreseeability unnecessary. Limitations on the extent of recoverable losses do not arise as a matter of law from the application of tort principles, a conclusion which, it seems to me, is the necessary corollary of the principle that human rights legislation does not create a statutory cause of action. Consequently, I would agree with Dr. Chopra that there is no legal requirement that the doctrine of mitigation be invoked to limit his recovery.

[40] That said, the discretion given to the Tribunal to award any or all of the losses suffered leaves it open to the Tribunal to impose a limit on losses caused by the discriminatory practice. A tribunal may well find that the principles underlying the doctrine of mitigation of losses

unanimement par les membres formant la Cour dans *Morgan* : il doit exister un lien de causalité entre l'acte discriminatoire et la perte alléguée. La deuxième limite, consacrée par la Loi même, consiste dans le pouvoir discrétionnaire conféré au Tribunal d'ordonner l'indemnisation de la totalité ou de la fraction des pertes de salaire entraînées par l'acte discriminatoire. L'exercice de ce pouvoir discrétionnaire doit obéir à des principes.

[38] En l'espèce, le Tribunal semble avoir conjugué prévisibilité et atténuation des dommages (décision relative au redressement, au paragraphe 37) :

Un autre élément doit aussi être pris en compte. Ainsi que l'a indiqué la Cour d'appel fédérale dans *McAlpine* (précité) (paragraphe 14), seulement la perte qui est raisonnablement prévisible est recouvrable. La victime de l'acte discriminatoire doit donc démontrer qu'elle a pris des mesures raisonnables pour atténuer sa perte (voir le par. 14 de l'arrêt *Morgan*); par exemple, en l'instance, le plaignant doit démontrer qu'il a pris des initiatives de nature à améliorer ses chances de réussir à accéder à un poste de niveau EX et poser sa candidature à de tels postes lorsque l'occasion se présentait.

[39] Le D^r Chopra soutient que les principes du droit de la responsabilité délictuelle, et notamment le principe de l'atténuation des dommages, ne s'appliquent pas à l'indemnité accordée en vertu de la Loi. Comme il a été signalé, le genre de pertes susceptibles d'être recouvrées est circonscrit dans la loi, de sorte qu'il n'est pas nécessaire d'évoquer la prévisibilité. Les limites à l'étendue des pertes recouvrables ne découlent pas, en droit, de l'application des principes de la responsabilité délictuelle, conclusion qui, à mon avis, est la conséquence nécessaire du principe selon lequel la législation relative aux droits de la personne ne donne pas naissance à une cause d'action prévue par la loi. En conséquence, je suis porté à partager l'avis du D^r Chopra portant qu'aucune exigence légale n'impose d'invoquer la doctrine de l'atténuation des dommages pour limiter le dédommagement qu'il peut obtenir.

[40] Cela dit, le pouvoir discrétionnaire dont jouit le Tribunal pour ordonner l'indemnisation de la totalité ou de partie des pertes subies lui permet d'imposer une limite aux pertes découlant d'un acte discriminatoire. Un tribunal pourrait bien être d'avis que les principes qui

in other contexts apply equally in the context of claims for lost wages under the Act. Society has an interest in promoting economic efficiency by requiring those who have suffered a loss to take steps to minimize that loss as it is not in the public interest to allow some members of society to maximize their loss at the expense of others, even if those others are the authors of the loss: see *British Columbia v. Canadian Forest Products Ltd.*, [2004] 2 S.C.R. 74, at paragraph 184. Thus while a tribunal is not bound to apply the doctrine of mitigation, it is not prohibited from doing so in the exercise of its discretion to determine the amounts payable to a complainant.

[41] Dr. Chopra argues that if those principles are to be applied, then the Tribunal incorrectly placed the onus on him to prove it. The following passage is illustrative, in Dr. Chopra's view, of the Tribunal's error: "the Complainant must show that he took steps to improve his chances of successfully competing for an EX-level position and that he applied for such positions where the opportunity arose": see remedy decision, at paragraph 37.

[42] The question of onus is, with respect, a red herring. Where the evidentiary record allows the Tribunal to draw conclusions of fact which are supported by the evidence, the question of who had the onus of proving a given fact is immaterial. The question of onus only arises when it is necessary to decide who should bear the consequence of a gap in the evidentiary record such that the trier of fact cannot make a particular finding. "Onus has no role to play when all the evidence is in the record": see *Red Deer College v. Michaels*, [1976] 2 S.C.R. 324 [at pages 346-347] *per* de Grandpré J.

[43] In the result, there is no reason to interfere with the application Judge's disposition of this aspect of the case. While there may have been some confusion as to the role of foreseeability in the awarding of compensation, there was no error in the application Judge's deferral to the Tribunal's exercise of its

sous-tendent la doctrine de l'atténuation des dommages dans d'autres contextes s'appliquent aussi en matière de réclamations pour pertes de salaire engagées au titre de la Loi. La société a intérêt à encourager l'efficacité économique en exigeant que les personnes qui ont subi des pertes prennent des mesures pour minimiser leur perte, puisqu'il n'est pas dans l'intérêt public de permettre que des membres de la société maximisent leur perte au détriment d'autres personnes, même si celles-ci sont responsables de la perte : voir l'arrêt *Colombie-Britannique c. Canadian Forest Products Ltd.*, [2004] 2 R.C.S. 74, au paragraphe 184. Aussi un tribunal peut-il, bien qu'il n'y soit pas tenu, appliquer la doctrine de l'atténuation des dommages dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de fixer l'indemnité qui devra être versée à un plaignant.

[41] Le D' Chopra prétend que si ces principes doivent s'appliquer, le Tribunal lui a erronément imposé le fardeau de la preuve à leur égard. Le passage suivant, estime le D' Chopra, témoigne de l'erreur du Tribunal : « le plaignant doit démontrer qu'il a pris des initiatives de nature à améliorer ses chances de réussir à accéder à un poste de niveau EX et poser sa candidature à de tels postes lorsque l'occasion se présentait » : voir la décision sur le redressement, au paragraphe 37.

[42] Avec égards, la question du fardeau de la preuve constitue une échappatoire. Lorsque les éléments au dossier permettent au Tribunal de tirer des conclusions de fait étayées par la preuve, la question de savoir à qui incombait la preuve d'un fait particulier est sans pertinence. La question du fardeau de la preuve ne se pose que lorsqu'il faut décider quelle partie doit subir les conséquences d'une lacune dans la preuve qui empêche le décideur des faits de tirer une conclusion particulière. « Il est inutile de parler de fardeau lorsque toute la preuve est contenue au dossier » : voir les motifs du juge de Grandpré dans l'arrêt *Red Deer College c. Michaels*, [1976] 2 R.C.S. 324 [aux pages 346 et 347].

[43] Par conséquent, il n'y a aucun motif d'intervenir quant à cet aspect de la décision du juge qui a statué sur la demande. S'il peut y avoir eu une certaine confusion quant au rôle de la prévisibilité dans la détermination de l'indemnité, le juge n'a pas commis d'erreur en s'en remettant à l'exercice du pouvoir discrétionnaire du

discretion in limiting the compensation payable to Dr. Chopra on the basis of his failure to take steps to mitigate the loss of wages which he claimed to have suffered, or on the basis of the Tribunal's assessment of the extent of Dr. Chopra's loss flowing from the indeterminate position.

(ii) Instatement of indeterminate position

[44] Dr. Chopra claims that the Tribunal erred in not appointing him to the indeterminate position, given its conclusion that but for the discrimination, he would have been appointed to that post. In his submission, "the Tribunal's conclusion that a mere but serious possibility existed that [he] would have won the indeterminate Director's competition but for the [employer's] discriminatory practice requires an order of instatement." It will be recalled that the Tribunal decided that the compensation which it awarded to Dr. Chopra amounted to full compensation and that, as a result, no order of instatement was required. The application Judge approved of this reasoning.

[45] In my view, the premise underlying Dr. Chopra's argument is flawed. The Tribunal did not decide that but for the discrimination practiced against him, Dr. Chopra would have been awarded the indeterminate position. In fact, if one considers the reduction in compensation which it imposed on Dr. Chopra, it appears clear that the Tribunal was of the view that there was only one chance in three that Dr. Chopra would actually have been appointed to the indeterminate position. The more likely possibility was that Dr. Chopra would not have been awarded the indeterminate position.

[46] In those circumstances, Dr. Chopra was compensated for what he lost, the opportunity to compete for the indeterminate position on a non-discriminatory basis. Whether in light of *McAlpine*, this amounts to wages within the meaning of paragraph 53(2)(c) is another question, a question which is not before us. Having been compensated for the loss of the ability to compete on a fair basis, it would be double compensation to then award him the position itself.

Tribunal de limiter l'indemnité payable au D^r Chopra, soit parce que celui-ci n'avait pas pris de mesures afin d'atténuer la perte de salaire qu'il disait avoir subie, soit en fonction de l'appréciation par le Tribunal de l'étendue de la perte découlant du poste de durée indéterminée.

ii) L'attribution du poste de durée indéterminée

[44] Le D^r Chopra allègue que le Tribunal a commis une erreur en n'ordonnant pas sa nomination au poste de durée indéterminée, puisqu'il a conclu que, n'eût été l'acte discriminatoire, il aurait obtenu ce poste. Suivant son argumentation, [TRADUCTION] « la conclusion du Tribunal selon laquelle il existe une possibilité seulement, mais une possibilité sérieuse, n'eût été l'acte discriminatoire, qu'il eût emporté le concours visant l'attribution du poste de directeur pour une durée indéterminée, justifie une ordonnance prescrivant sa nomination ». On se rappellera que le Tribunal a décidé que l'indemnité accordée au D^r Chopra constituait une réparation intégrale, de sorte qu'il n'était pas nécessaire d'ordonner l'attribution d'un poste. Le juge saisi de la demande a approuvé ce raisonnement.

[45] À mon avis, le postulat qui sous-tend l'argument du D^r Chopra comporte une lacune. Le Tribunal n'a pas décidé que, n'eût été l'acte discriminatoire posé contre lui, le D^r Chopra aurait obtenu le poste de durée indéterminée. À vrai dire, si l'on s'arrête à la réduction de l'indemnité imposée par le Tribunal, il semble évident que le Tribunal considérait que les chances de nomination du D^r Chopra au poste de durée indéterminée étaient en réalité de l'ordre de une sur trois. L'hypothèse la plus probable était que le D^r Chopra n'obtienne pas ce poste.

[46] Dans les circonstances, le D^r Chopra a été indemnisé pour la perte qu'il a subie, soit la possibilité d'une participation exempte de discrimination au concours visant l'attribution du poste de durée indéterminée. Cette indemnisation constitue-t-elle, à la lumière de l'arrêt *McAlpine*, une indemnisation pour pertes de salaire au sens de l'alinéa 53(2)c)? Il s'agit là d'une autre question, dont la Cour n'est pas saisie en l'espèce. Le plaignant ayant été dédommagé pour la perte d'une possibilité équitable de prendre part au

[47] The application Judge clearly recognized the nature of Dr. Chopra's claim under this heading, at paragraph 66:

The essence of the Applicant's submission is that he should receive the position about which he had a mere possibility of obtaining. In that regard, having lost the opportunity to compete for an EX position, he seeks to obtain more than he lost.

[48] The Tribunal did not err in its assessment nor did the application Judge in his review of the Tribunal's decision.

(iii) Pain and suffering

[49] In the interval between the discriminatory practice giving rise to Dr. Chopra's right to compensation and the rendering of the award in his favour, the Act was amended to increase the amount payable by way of compensation for pain and suffering (formerly in respect of feelings of self-respect) from \$5,000 to \$20,000. The Tribunal relied upon prior jurisprudence, specifically the decision of the Tribunal in *Nkwazi*, in coming to the conclusion that the increase in the limit payable in respect of pain and suffering did not have retrospective effect and so, did not apply to discriminatory practices which occurred prior to the amendment to the legislation. The Tribunal then considered Dr. Chopra's evidence as to the psychological toll exacted by the discriminatory practice to which he was subjected and, with the upper limit of \$5,000 in mind, awarded him \$3,500 for pain and suffering.

[50] The issue of the retrospective application of the Act to Dr. Chopra's situation is a matter of the interpretation of the amendment to the Act to determine if Parliament intended it to apply to discriminatory practices which occurred prior to the amendment. This is a matter of the interpretation of the Tribunal's own statute, albeit an amendment to that statute, which is in the area within which deference is accorded to the Tribunal's treatment of legal questions. The Tribunal relied upon prior tribunal jurisprudence to conclude that

concours, une nomination à ce poste équivaldrait à une double indemnisation.

[47] Le juge saisi de la demande a clairement reconnu la nature de la revendication du D^r Chopra à ce chapitre, au paragraphe 66 :

Pour l'essentiel, le demandeur prétend qu'il devrait occuper le poste qu'il n'avait qu'une simple possibilité d'obtenir. À cet égard, ayant perdu l'occasion de poser sa candidature à un poste EX, il veut obtenir plus qu'il n'a perdu.

[48] Le Tribunal n'a pas commis d'erreur dans son analyse, non plus que le juge saisi de la demande dans l'examen de la décision du Tribunal.

iii) Le préjudice moral

[49] Dans la période entre l'acte discriminatoire ayant donné naissance au droit du D^r Chopra à l'indemnisation et la décision lui octroyant une indemnité, la Loi a été modifiée de façon à augmenter de 5 000 \$ à 20 000 \$ l'indemnité pouvant être imposée pour préjudice moral. Le Tribunal s'est fondé sur une jurisprudence antérieure, plus particulièrement sur la décision du Tribunal dans *Nkwazi* pour conclure que l'augmentation du montant maximal pouvant être adjugé au titre du préjudice moral n'a pas d'effet rétroactif et ne s'applique donc pas aux actes discriminatoires survenus avant la modification législative. Le Tribunal a ensuite examiné la preuve soumise par le D^r Chopra quant aux effets psychologiques néfastes résultant de l'acte discriminatoire dont il a été victime et, tenant compte du montant maximal de 5 000 \$, lui a accordé 3 500 \$ pour préjudice moral.

[50] La question de savoir si la Loi s'applique rétroactivement à la situation du D^r Chopra relève de l'interprétation de la modification législative en cause afin de décider si le législateur souhaitait que la modification s'applique aux actes discriminatoires survenus avant son entrée en vigueur. Elle concerne donc l'interprétation par le Tribunal de sa loi constitutive, qui fait partie des questions à l'égard desquelles l'analyse de questions de droit par le Tribunal commande déférence, même s'il s'agit ici de

the amendments did not have retrospective application. That jurisprudence, *Nkwazi*, includes a careful review of the law relating to retrospective application of legislation. The issue is not whether that analysis was right or wrong but whether it was reasonable, a question to which the answer is an unqualified “yes.” The application Judge applied the standard of correctness to this question but declined to intervene as he was of the view that the Tribunal had reached the correct conclusion. While I am of the view that the application Judge chose the wrong standard of review, I agree that no intervention is required.

(iv) Interest

[51] The Tribunal rejected Dr. Chopra’s claim that interest should be awarded on the basis of the rates established in accordance with the Ontario *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, since the conduct giving rise to the claim occurred in Ontario. It did so because there was no evidence before it to show that awarding interest on the basis of the Canada Savings Bond rates, or other rates set by the Bank of Canada, would not result in full compensation, e.g. were these rates below the rate of inflation? In the end, the Tribunal awarded interest at the bank rate (monthly series) as set by the Bank of Canada, in accordance with the usual practice of federal human rights tribunals.

[52] The Tribunal also rejected Dr. Chopra’s claim for compound interest on the basis that there was no evidence that it was required to cover the loss.

[53] Finally, the Tribunal capped interest payments at \$5,000 in reliance upon the decision of the Federal Court—Trial Division in *Hebert*, at paragraph 21, where Gibson J. considered himself to be bound by the comments of MacGuigan J.A. in *Morgan* to the effect

l’interprétation d’une modification à cette loi. Le Tribunal s’est appuyé sur une décision antérieure du Tribunal canadien des droits de la personne pour conclure que les modifications n’avaient pas de portée rétroactive. Cette décision, *Nkwazi*, fait une revue approfondie du droit relatif à l’application rétrospective des dispositions législatives. La question n’est pas de savoir si cette analyse est correcte ou erronée, mais bien si elle est raisonnable, question à laquelle la réponse est tout simplement « oui ». Le juge saisi de la demande a appliqué la norme de la décision correcte à cette question, mais il a décidé de ne pas intervenir parce qu’il jugeait que le Tribunal était parvenu à la conclusion correcte. Bien qu’à mon avis le juge ait appliqué une norme de contrôle erronée, je suis d’accord pour dire qu’il n’y a pas lieu d’intervenir.

iv) Les intérêts

[51] Le Tribunal a rejeté la prétention du D^r Chopra selon laquelle les intérêts devraient être calculés suivant le taux établi conformément à la *Loi sur les tribunaux judiciaires* de l’Ontario, L.R.O. 1990, ch. C.43, puisque l’acte discriminatoire à l’origine de la demande a eu lieu en Ontario. Le Tribunal n’a pas souscrit à cette demande parce qu’aucun élément de preuve n’indiquait que l’octroi d’intérêts calculés suivant le taux des obligations d’épargne du Canada ou d’autres taux fixés par la Banque du Canada ne permettrait pas d’indemniser pleinement le plaignant; ainsi, ces taux se situaient-ils en deçà du taux d’inflation? Finalement, le Tribunal a accordé des intérêts au taux d’escompte fixé par la Banque du Canada (données de fréquence mensuelle), conformément à la pratique habituelle au sein des offices fédéraux statuant sur les droits de la personne.

[52] Le Tribunal a aussi refusé d’ordonner le paiement d’intérêts composés comme le demandait le D^r Chopra, parce que rien dans la preuve n’indiquait que cette mesure était nécessaire pour compenser les pertes subies.

[53] Enfin, le Tribunal a plafonné le paiement des intérêts à 5 000 \$, s’appuyant à cet égard sur la décision de la Cour fédérale section de première instance dans *Hebert*, au paragraphe 21. Dans cette affaire, le juge Gibson s’est estimé lié par les remarques du juge

that since the power to award interest under the Act, prior to its amendment, was implicit in the power to award compensation for loss and hurt feelings to a limit of \$5,000, the award including interest, could not exceed the \$5,000 cap.

[54] The application Judge applied the standard of correctness to the Tribunal's reasons and concluded that, since the amendments to the Act did not have retrospective effect, the \$5,000 cap continued to apply to awards for hurt feelings and interest.

[55] While I am of the view that the standard of review is reasonableness, since the Tribunal is dealing with a provision of its own legislation, I find nothing unreasonable in the Tribunal's conclusion so that, like the application Judge, I would not intervene.

Conclusion

[56] In the end result, applying the analysis taught by the Supreme Court in *Dr. Q*, I find that there is no basis for this Court's intervention. With the exception of questions of law, the application Judge correctly identified the standard of review applicable to his review of the Tribunal's decision and applied it properly. As for questions of law, I would grant the Tribunal more deference on those questions of law with which it is most intimately familiar. Applying that standard, I find no reason for intervention in any aspect of the Tribunal's decision. To the extent that the Tribunal's use of foreseeability to limit Dr. Chopra's remedies was attacked, I am of the view that the effective limiting factor was Dr. Chopra's failure to mitigate. The Tribunal's use of that device to limit recovery cannot be attacked as unreasonable.

[57] As for the other issues raised by Dr. Chopra, like the application Judge, I can see no basis for intervention

MacGuigan, qui, dans *Morgan*, s'est dit d'avis que puisque le pouvoir d'accorder des intérêts au titre de la Loi, avant les modifications apportées, était inhérent au pouvoir d'ordonner une indemnité maximale de 5 000 \$ pour pertes et préjudice moral, l'indemnité, notamment les intérêts, ne pouvait dépasser le plafond de 5 000 \$.

[54] Le juge saisi de la demande, qui a appliqué la norme de la décision correcte aux motifs du Tribunal, a conclu que, les modifications à la Loi n'ayant pas de portée rétroactive, le plafond de 5 000 \$ continuait de s'appliquer à l'indemnisation du préjudice moral et des intérêts.

[55] Bien qu'à mon avis, la norme de contrôle applicable soit celle de la décision raisonnable, étant donné que le Tribunal se prononce à cet égard sur une disposition de sa loi constitutive, je ne trouve pas que la conclusion du Tribunal est déraisonnable, de sorte que, à l'instar du juge saisi de la demande, je n'interviendrais pas.

Conclusion

[56] En définitive, appliquant l'analyse exposée par la Cour suprême dans l'arrêt *Dr. Q*, je conclus que l'intervention de notre Cour n'est pas justifiée. Si ce n'est de certaines questions de droit, le juge saisi de la demande a correctement déterminé la norme de contrôle applicable à l'examen de la décision du Tribunal, et il l'a appliquée comme il se doit. Quant aux questions de droit, je traiterais avec une déférence accrue les conclusions du Tribunal touchant des questions de droit qu'il connaît à fond. En appliquant cette norme, je ne vois aucun motif d'intervenir relativement à quelque aspect que ce soit de la décision du Tribunal. Dans la mesure où l'on a contesté le recours du Tribunal à la prévisibilité pour limiter le redressement accordé au D' Chopra, j'estime que le véritable facteur limitatif consiste en l'absence d'efforts du D' Chopra pour atténuer ses dommages. Le fait que le Tribunal a tenu compte de ce facteur pour restreindre les montants recouvrables ne saurait être qualifié de déraisonnable.

[57] Quant aux autres questions soulevées par le D' Chopra, à l'instar du juge qui a statué sur la demande, je

by this Court. I would therefore dismiss the appeal with costs.

ne vois aucun motif justifiant l'intervention de notre Cour. En conséquence, je rejetterais l'appel avec dépens.

DESJARDINS J.A.: I agree.

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

MALONE J.A.: I agree.

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

T-1278-05
2007 FC 556

T-1278-05
2007 CF 556

Selwyn Pieters (*Applicant*)

Selwyn Pieters (*demandeur*)

v.

c.

Attorney General of Canada (*Respondent*)

Le procureur général du Canada (*défendeur*)

and

et

Public Service Integrity Officer (*Intervener*)

L'Agent de l'intégrité de la fonction publique
(*intervenant*)

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

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

Federal Court, Heneghan J.—Toronto, October 10, 2006; Ottawa, May 28, 2007.

Cour fédérale, juge Heneghan—Toronto, 10 octobre 2006; Ottawa, 28 mai 2007.

Public Service — Judicial review, pursuant to Federal Courts Act, s. 18.1 with respect to report issued by Public Service Integrity Office (PSIO) after investigation into allegations of wrongdoing at Immigration and Refugee Board (IRB) — Public Service Integrity Office created by Treasury Board Policy on the Internal Disclosure of Information Concerning Wrongdoing in the Workplace (policy) — PSIO not excluded from definition of “federal board, commission or other tribunal” in Federal Courts Act, s. 2(1) either because only one person or under exceptions set out — As federal investigative body acting pursuant to Treasury Board disclosure policy made under authority of Financial Administration Act, PSIO is federal board, meeting definition of “federal board, commission or other tribunal” in s. 2(1) — But decision not reviewable pursuant to s. 18.1 — Application dismissed.

Fonction publique — Contrôle judiciaire, en vertu de l'art. 18.1 de la Loi sur les Cours fédérales, d'un rapport que l'agent de l'intégrité de la fonction publique (l'AIFP) a produit après avoir mené une enquête portant sur des allégations d'actes fautifs à l'égard de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la CISR) — L'agent de l'intégrité de la fonction publique a été créé par la Politique sur la divulgation interne d'information concernant des actes fautifs au travail du Conseil du Trésor (la politique) — L'AIFP n'est pas exclu de la définition d'« office fédéral » énoncée à l'art. 2(1) de la Loi sur les Cours fédérales au motif qu'il n'est qu'une seule personne ou qu'il est visé par l'une des exceptions énoncées dans la définition — À titre d'organisme fédéral d'enquête agissant en vertu d'une politique sur la divulgation du Conseil du Trésor prise en application de la Loi sur la gestion des finances publiques, l'AIFP est un office fédéral qui répond à la définition d'« office fédéral » énoncée à l'art. 2(1) — Toutefois, la décision n'est pas susceptible de contrôle judiciaire en vertu de l'art. 18.1 — Demande rejetée.

Federal Court Jurisdiction — Judicial review, pursuant to Federal Courts Act, s. 18.1 with respect to report issued by Public Service Integrity Office (PSIO) after investigation into allegations of wrongdoing at Immigration and Refugee Board (IRB) — PSIO's report, recommendations not decision amenable to judicial review as non-binding on deputy head of department involved; not determining applicant's substantive rights or carrying legal consequences.

Compétence de la Cour fédérale — Contrôle judiciaire, en vertu de l'art. 18.1 de la Loi sur les Cours fédérales, d'un rapport que l'agent de l'intégrité de la fonction publique (l'AIFP) a produit après avoir mené une enquête portant sur des allégations d'actes fautifs à l'égard de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la CISR) — Le rapport et les recommandations de l'AIFP ne constituaient pas une décision susceptible de contrôle judiciaire parce qu'ils ne lient pas l'administrateur général du ministère visé; ils ne

This was an application for judicial review, pursuant to section 18.1 of the *Federal Courts Act*, with respect to a report issued by the Public Service Integrity Office upon completion of an investigation into allegations by the applicant of wrongdoing, including allegations of reprisal, at the Immigration and Refugee Board (IRB). At the relevant time, the applicant was employed with the IRB in its Refugee Protection Division (RPD) as a Refugee Protection Officer (RPO). The Public Service Integrity Office was created by the 2001 *Treasury Board Policy on the Internal Disclosure of Information Concerning Wrongdoing in the Workplace* (policy), which was issued on behalf of the Treasury Board pursuant to subsection 11(2) of the *Financial Administration Act*. In his application, the applicant essentially sought to have an order upholding his reprisal complaint or alternatively referring it back to the PSIO and an order directing the PSIO to conduct a further investigation.

In March 2004, the applicant submitted a complaint to the PSIO regarding 10 alleged incidents of wrongdoing at the IRB, in particular, that he had participated in writing reasons for decision at the request of IRB members and that in a case where he was acting as an RPO, the Board member failed to disclose to the claimant's counsel all of the evidence that he considered. As a result of the applicant's complaint, two investigations were commenced: the IRB's own investigation and an independent inquiry by Professor Edward Ratushny into the applicant's first five allegations. Professor Ratushny's report found improper conduct by IRB members and the applicant. The report was sent to the PSIO along with responses thereto by the named parties. The PSIO did not make any findings against IRB members on the basis of the jurisdictional restrictions, i.e. as appointees of the Governor in council, IRB members were not subject to the policy and were therefore out of reach of the PSIO investigation. The PSIO issued his final report and recommendations and essentially found that while some of the allegations were substantiated, the IRB had taken appropriate measures in response. The applicant was eventually terminated by the IRB. The issues were whether the PSIO is a "federal board, commission or other tribunal," as set out in subsection 2(1) of the *Federal Courts Act* and whether his decision and recommendations made under the policy are subject to judicial review by the Federal Court.

touchaient pas aux droits substantiels du demandeur et n'entraînaient pas de conséquences juridiques.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire, présentée en vertu de l'article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, d'un rapport que l'agent de l'intégrité de la fonction publique (l'AIFP) a produit après avoir mené une enquête portant sur des allégations d'actes fautifs portées par le demandeur, notamment des allégations de représailles, à l'égard de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la CISR). Pendant la période pertinente, le demandeur travaillait pour la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la CISR à titre d'agent de protection des réfugiés (APR). L'agent de l'intégrité de la fonction publique a été créé en 2001 par la *Politique sur la divulgation interne d'information concernant des actes fautifs au travail* du Conseil du Trésor (la politique), qui a été adoptée au nom du Conseil du Trésor en vertu du paragraphe 11(2) de la *Loi sur la gestion des finances publiques*. Dans sa demande, le demandeur sollicitait essentiellement une ordonnance accueillant sa plainte de représailles ou, subsidiairement, une ordonnance renvoyant la plainte de représailles à l'AIFP et une ordonnance enjoignant à l'AIFP de mener une enquête plus poussée.

En mars 2004, le demandeur a déposé une plainte auprès de l'AIFP concernant 10 actes fautifs qui auraient été commis à la CISR, notamment qu'il avait participé à la rédaction des motifs de décision à la demande de commissaires de la CISR et, dans une affaire où il agissait à titre d'APR, le commissaire n'a pas divulgué au conseil du demandeur d'asile tous les éléments de preuve qu'il a examinés. Par suite de la plainte du demandeur, deux enquêtes ont été menées : la propre enquête de la CISR et l'enquête indépendante du professeur Edward Ratushny sur les cinq premières allégations du demandeur. Il ressort du rapport du professeur Ratushny qu'il y avait eu conduite fautive de la part de commissaires de la CISR et du demandeur. Le rapport a été acheminé à l'AIFP avec les réponses des parties nommées. L'AIFP n'a pas tiré de conclusions défavorables à l'égard des commissaires de la CISR en raison de la compétence restreinte, c.-à-d. qu'à titre de personnes nommées par le gouverneur en conseil, les commissaires de la CISR n'étaient pas visés par la politique et ils échappaient donc à la portée de l'enquête de l'AIFP. Celui-ci a présenté son rapport final et ses recommandations et a essentiellement conclu que même si certaines allégations étaient fondées, la CISR avait pris les mesures voulues pour rétablir la situation. Par la suite, la CISR a licencié le demandeur. Les questions litigieuses étaient celles de savoir si l'AIFP est un « office fédéral » au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* et si ses décisions et recommandations formulées en vertu de la politique sont susceptibles de contrôle judiciaire par la Cour fédérale.

Held, the application should be dismissed.

The PSIO is not excluded from the definition of “federal board, commission or other tribunal” on the basis that he is only one person or under any of the exceptions set out in the definition. The only question that had to be addressed in determining the status of the PSIO is whether, in conducting his investigation and issuing a final report, the PSIO was “exercising or purporting to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament or by or under an order made pursuant to a prerogative of the Crown.” As a federal investigative body acting pursuant to a Treasury Board disclosure policy made under the authority of the *Financial Administration Act*, the PSIO is a federal board and meets the definition of a “federal board, commission or other tribunal” in subsection 2(1) of the *Federal Courts Act*.

But the challenged decision and recommendations were not reviewable pursuant to the *Federal Courts Act*, section 18.1. In determining whether the PSIO’s report and recommendations constituted a decision that was amenable to judicial review, it was necessary to determine whether the report and recommendations affected a party’s substantive rights or carried legal consequences. The preamble of the policy explains that public servants are to balance their duty of loyalty to their employer and the public interest in using government information with making disclosures of wrongdoing in accordance with the policy. Under the policy, the PSIO’s mandate is to “act as a neutral entity on matters of internal disclosure.” However, the PSIO is ultimately authorized only to make recommendations regarding findings of wrongdoing. The recommendations are non-binding on the deputy head of the department involved. The PSIO’s final report and recommendations do not determine the applicant’s substantive rights or carry legal consequences as required by case law and therefore are not subject to judicial review.

Nonetheless, the investigation conducted by the PSIO in this case may not have met the standards of procedural fairness. Representatives of the IRB were intimately involved in the PSIO’s investigation. The cumulative effect of various communications and e-mails cast doubt on the degree of impartiality with which the investigation was ultimately conducted.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by

Jugement : la demande doit être rejetée.

L’AIFP n’est pas exclu de la définition d’« office fédéral » au motif qu’il n’est qu’une seule personne, ou qu’il est visé par l’une des exceptions énoncées dans la définition. La seule question qu’il fallait trancher afin de déterminer le statut de l’AIFP était celle de savoir si, en menant son enquête et en produisant un rapport final, l’AIFP « exerça[it] ou [était] censé exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale ou par une ordonnance prise en vertu d’une prerogative royale ». À titre d’organisme fédéral d’enquête agissant en vertu d’une politique sur la divulgation du Conseil du Trésor prise en application de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, l’AIFP est un office fédéral et il répond à la définition d’« office fédéral » énoncée au paragraphe 2(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*.

Cependant, la décision et les recommandations contestées n’étaient pas susceptibles de contrôle judiciaire en vertu de l’article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*. Pour trancher la question de savoir si le rapport et les recommandations de l’AIFP constituaient une décision susceptible de contrôle judiciaire, il était essentiel de se demander si le rapport et les recommandations touchaient aux droits substantiels d’une partie ou entraînaient des conséquences juridiques. Le préambule de la politique explique que les fonctionnaires doivent établir un équilibre entre leur devoir de loyauté envers leur employeur et l’intérêt public lorsqu’ils utilisent des renseignements gouvernementaux dans la divulgation d’actes fautifs conformément à la politique. Selon la politique, le mandat de l’AIFP est « d’agir à titre d’entité neutre dans les affaires de divulgation interne ». Toutefois, à l’issue du processus, l’AIFP n’est autorisé qu’à faire des recommandations portant sur les conclusions d’actes fautifs. Les recommandations ne lient pas l’administrateur général du ministère visé. Le rapport final et les recommandations de l’AIFP ne déterminent pas les droits substantiels du demandeur ni n’entraînent des conséquences juridiques comme l’exige la jurisprudence et ils ne sont donc pas susceptibles de contrôle judiciaire.

Néanmoins, l’enquête menée par l’AIFP en l’espèce ne satisfaisait pas aux normes de l’équité procédurale. Des représentants de la CISR ont participé étroitement à l’enquête menée par l’AIFP. L’effet cumulatif des diverses communications et courriels laissent planer le doute quant au degré d’impartialité avec lequel cette enquête a été menée.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6.

S.C. 2002 c. 8, s. 14), 2(1) “federal board, commission or other tribunal” (as am. *idem*, s. 15), 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26), 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 303.
Financial Administration Act, R.S.C., 1985, c. F-11, s. 11(2)(i).
Fisheries Act, R.S.C., 1985, c. F-14, s. 7.
Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35.
Refugee Protection Division Rules, SOR/2002-228, r. 16.
Special Appointment Regulations, No. 2001-14, SOR/2001-489.
Tobacco Act, S.C. 1997, c. 13, s. 29.

Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. (1985), ch. F-11, art. 11(2)i).
Loi sur le tabac, L.C. 1997, ch. 13, art. 29.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 2(1) « office fédéral » (mod., *idem*, art. 15), 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26), 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).
Loi sur les pêches, L.R.C. (1985), ch. F-14, art. 7.
Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-35.
Règlement n° 2001-14 portant affectation spéciale, DORS/2001-489.
Règles de la Section de la protection des réfugiés, DORS/2002-228, règle 16.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 303.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Puccini v. Canada (Director General, Corporate Administrative Services, Agriculture Canada), [1993] 3 F.C. 557; (1993), 65 F.T.R. 127 (T.D.); *Gestion Complexe Cousineau (1989) Inc. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, [1995] 2 F.C. 694; (1995), 125 D.L.R. (4th) 559; 184 N.R. 260 (C.A.).

CONSIDERED:

Chopra v. Canada (Attorney General) (2005), 273 F.T.R. 200; 2005 FC 595; *Fennelly v. Canada (Attorney General)* (2005), 279 F.T.R. 262; 2005 FC 1291; *Jada Fishing Co. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)* (2002), 288 N.R. 237; 2002 FCA 103; *Vaughan v. Canada*, [2005] 1 S.C.R. 146; (2005), 250 D.L.R. (4th) 385; 41 C.C.E.L. (3d) 159; 331 N.R. 64; 2005 SCC 11; *Glowinski v. Canada (Treasury Board)* (2006), 286 F.T.R. 217; 2006 FC 78; *Larny Holdings Ltd. v. Canada (Minister of Health)*, [2003] 1 F.C. 541; (2002), 216 D.L.R. (4th) 230; 43 Admin. L.R. (3d) 264; 222 F.T.R. 29; 2002 FCT 750; *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Canada (Minister of National Revenue—M.N.R.)*, [1998] 2 C.T.C. 176; 148 F.T.R. 3; 98 G.T.C. 6076 (F.C.T.D.).

REFERRED TO:

Endicott v. Canada (Treasury Board) (2005), 270 F.T.R. 220; 2005 FC 253; *Carpenter Fishing Corp. v. Canada*, [1998] 2 F.C. 548; (1997), 155 D.L.R. (4th) 572; 221 N.R. 372 (C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused [1999] S.C.C.A. No. 349 (QL); *Girard v. Canada* (1994), 79 F.T.R. 219 (F.C.T.D.).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Puccini c. Canada (Directeur général, Services de l'administration corporative, Agriculture Canada), [1993] 3 C.F. 557 (1^{re} inst.); *Gestion Complexe Cousineau (1989) Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux)*, [1995] 2 C.F. 694 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Chopra c. Canada (Procureur général), 2005 CF 595; *Fennelly c. Canada (Procureur général)*, 2005 CF 1291; *Jada Fishing Co. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, 2002 CAF 103; *Vaughan c. Canada*, [2005] 1 R.C.S. 146; 2005 CSC 11; *Glowinski c. Canada (Conseil du Trésor)*, 2006 CF 78; *Larny Holdings Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2003] 1 C.F. 541; 2002 CFP 750; *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Canada (Ministre du Revenu national—M.N.R.)*, [1998] A.C.F. n° 79 (1^{re} inst.) (QL).

DÉCISIONS CITÉES :

Endicott c. Canada (Conseil du Trésor), 2005 CF 253; *Carpenter Fishing Corp. c. Canada*, [1998] 2 C.F. 548 (C.A.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [1999] S.C.C.A. n° 349 (QL); *Girard c. Canada*, [1994] A.C.F. n° 420 (1^{re} inst.) (QL).

AUTHORS CITED

Canada. Treasury Board Secretariat. *Policy on the Internal Disclosure of Information Concerning Wrongdoing in the Workplace*, November 30, 2001.
 Canada. Treasury Board Secretariat. *Policy on the Prevention and Resolution of Harassment in the Workplace*, June 1, 2001.

APPLICATION for judicial review, pursuant to section 18.1 of the *Federal Courts Act*, regarding a report issued by the Public Service Integrity Office upon completion of an investigation into allegations of wrongdoing at the Immigration and Refugee Board. Application dismissed.

APPEARANCES:

Peter M. Rosenthal for applicant.
Michael H. Morris and *Joseph Cheng* for respondent.
Martine Nantel for intervener.

SOLICITORS OF RECORD:

Roach, Schwartz & Associates, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.
Public Service Integrity Officer for intervener.

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

HENEGHAN J.:

I. Introduction

[1] Mr. Selwyn Andrew Pieters (the applicant) seeks judicial review, pursuant to section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)], with respect to a report issued by the Public Service Integrity Office, dated June 23, 2005. The Public Service Integrity Office issued this report after completing an investigation into certain allegations of wrongdoing advanced by the applicant, including

DOCTRINE CITÉE

Canada. Secrétariat du Conseil du Trésor. *Politique sur la divulgation interne d'information concernant des actes fautifs au travail*, 30 novembre 2001.
 Canada. Secrétariat du Conseil du Trésor. *Politique sur la prévention et le règlement du harcèlement en milieu de travail*, 1^{er} juin 2001.

DEMANDE de contrôle judiciaire, présentée en vertu de l'article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, d'un rapport que l'agent de l'intégrité de la fonction publique a produit après avoir mené une enquête portant sur des allégations d'actes fautifs à l'égard de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié. Demande rejetée.

ONT COMPARU :

Peter M. Rosenthal pour le demandeur.
Michael H. Morris et *Joseph Cheng* pour le défendeur.
Martine Nantel pour l'intervenant.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Roach, Schwartz & Associates, Toronto, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.
Agent de l'intégrité de la fonction publique pour l'intervenant.

Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance et de l'ordonnance rendus par

LA JUGE HENEGHAN :

I. Introduction

[1] M. Selwyn Andrew Pieters (le demandeur) sollicite, en vertu de l'article 18.1 [édicé 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)], le contrôle judiciaire d'un rapport de l'agent de l'intégrité de la fonction publique (l'AIFP) daté du 23 juin 2005. L'AIFP a produit ce rapport après avoir mené une enquête portant sur des allégations d'actes fautifs portées par le demandeur, notamment des allégations de

allegations of reprisal, relative to the Immigration and Refugee Board (the IRB).

II. The Parties

[2] At the relevant time, the applicant was employed with the IRB as a refugee protection officer (RPO). He subsequently left his employment with the IRB.

[3] The Public Service Integrity Office was created by the Treasury Board *Policy on the Internal Disclosure of Information Concerning Wrongdoing in the Workplace* (the policy). This policy was issued on behalf of the Treasury Board on November 30, 2001 pursuant to subsection 11(2) of the *Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11. By *Special Appointment Regulations, No. 2001-14* [SOR/2001-489], issued November 6, 2001 and effective November 30, 2001, the Governor General in Council appointed Dr. Edward Keyserlingk as the Public Service Integrity Officer (the PSIO).

[4] The Attorney General of Canada (the Attorney General) is named as the respondent in this matter pursuant to rule 303 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 [r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)] (the Rules).

[5] By motion dated March 17, 2006, the PSIO sought leave to intervene in these proceedings. By order dated March 21, 2006 [[2006] F.C.J. No. 887 (F.C.) (QL)], Prothonotary Lafrenière granted the PSIO intervener status, with leave to make written and oral submissions. The order in that regard provides that his application record is to be restricted to issues of its jurisdiction, its role and mandate, and the preparation of his record through its procedural and investigative processes. The order specifically provides that he should not address the merits of the applicant's application for judicial review.

[6] In this application, the applicant seeks the following relief:

représailles, à l'égard de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la CISR).

II. Les parties

[2] Pendant la période pertinente, le demandeur travaillait pour la CISR à titre d'agent de protection des réfugiés (APR). Il a quitté la CISR par la suite.

[3] L'AIFP est une entité créée par la *Politique sur la divulgation interne d'information concernant des actes fautifs au travail* du Conseil du Trésor (la politique). La politique a été adoptée au nom du Conseil du Trésor le 30 novembre 2001, en vertu du paragraphe 11(2) de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11. Par le *Règlement n° 2001-14 portant affectation spéciale* [DORS/2001-489], pris le 6 novembre 2001 et entré en vigueur le 30 novembre 2001, le gouverneur général en conseil a nommé M. Edward Keyserlingk agent de l'intégrité de la fonction publique.

[4] Le procureur général du Canada (le procureur général) est désigné à titre de défendeur dans la présente affaire en vertu de la règle 303 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 [règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)] (les Règles).

[5] Par voie de requête datée du 17 mars 2006, l'AIFP a demandé l'autorisation d'intervenir dans la présente instance. Dans une ordonnance datée du 21 mars 2006 [[2006] F.C.J. n° 887 (C.F.) (QL)], le protonotaire Lafrenière a accordé à l'AIFP le statut d'intervenant et l'a autorisé à présenter des observations écrites et verbales. L'ordonnance à cet égard prévoit que le dossier de demande de l'AIFP doit être limité aux questions qui relèvent de sa compétence, de son rôle et de son mandat, et la préparation du dossier de l'AIFP conforme à sa procédure et à ses méthodes d'enquête. L'ordonnance précise que l'AIFP ne doit pas traiter du bien-fondé de la demande de contrôle judiciaire du demandeur.

[6] Dans la présente demande, le demandeur sollicite la réparation suivante :

1. an order upholding his reprisal complaint or alternatively, an order referring the reprisal complaint back to the PSIO with directions;
2. an order directing the PSIO to conduct a further investigation; and
3. an order granting him the cost of this application on a substantial indemnity basis.

III. Background

[7] At the material time, the applicant was a RPO in the Refugee Protection Division (the RPD) at the Toronto office of the IRB. The main function of the RPD is to adjudicate claims for refugee protection by persons in Canada. The claims are decided by members of the IRB who are appointed by the Governor in Council. Members of the IRB are responsible for determining the facts and applying the law with respect to each claim. These functions are described in the Immigration and Refugee Board of Canada Communications Directorate, "Immigration and Refugee Board of Canada: An Overview."

[8] Refugee protection officers are employees of the IRB who assist the presiding member in the refugee determination process. They conduct research, may interview or question claimants, and make recommendations to the members. Their role is an advisory one and is more specifically described in the *Refugee Protection Division Rules*, SOR/2002-228, rule 16, as follows:

16. The duties of refugee protection officers are, as directed by the Division, to

- (a) review files to identify issues in a claim or other matter;
- (b) conduct research and collect and provide information;

1. une ordonnance accueillant sa plainte de représailles ou, subsidiairement, une ordonnance renvoyant la plainte de représailles, accompagnée de directives, à l'AIFP;

2. une ordonnance enjoignant à l'AIFP de mener une enquête plus poussée;

3. une ordonnance lui accordant les dépens de la présente demande sur une base d'indemnisation substantielle.

III. La genèse de l'instance

[7] Pendant la période pertinente, le demandeur était un APR de la Section de la protection des réfugiés (SPR) au bureau de Toronto de la CISR. La principale fonction de la SPR est de statuer sur les demandes d'asile présentées par des personnes qui sont au Canada. Les demandes d'asile sont tranchées par les commissaires de la CISR, nommés par le gouverneur en conseil. Les commissaires de la CISR sont tenus d'examiner les faits et d'appliquer les règles de droit à l'égard de chaque demande. Ces fonctions sont décrites dans le document publié par la Direction des communications de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada, « Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada : Un aperçu ».

[8] Les agents de protection des réfugiés sont des employés de la CISR qui appuient le président de l'audience pendant le processus d'octroi de l'asile. Ils effectuent des recherches, interrogent les demandeurs d'asile et présentent des recommandations aux commissaires. Ils jouent un rôle consultatif, décrit en détails à la règle 16 des *Règles de la Section de la protection des réfugiés*, DORS/2002-228 :

16. L'agent de protection des réfugiés exerce, selon les instructions que lui donne la Section, les fonctions suivantes:

- a) l'examen du dossier afin de déterminer les points litigieux soulevés dans une demande d'asile ou dans toute autre affaire;
- b) la recherche, l'obtention et la transmission des renseignements;

(c) hold interviews, prepare reports and make recommendations;

(d) participate in hearings and conferences;

(e) present evidence and call and question witnesses;

(f) make representations to the Division; and

(g) do any other thing that is necessary to ensure a full and proper examination of a claim or other matter.

c) la conduite d'entrevues, la rédaction de rapports et la formulation de recommandations;

d) la participation à des audiences et à des conférences;

e) la présentation de la preuve ainsi que la convocation et l'interrogatoire des témoins;

f) la présentation d'observations à la Section;

g) l'accomplissement de toute autre tâche nécessaire à l'examen approfondi d'une demande d'asile ou de toute autre affaire.

[9] On March 10, 2004, the applicant submitted a complaint to the PSIO concerning several alleged incidents of wrongdoing at the IRB. The applicant provided copies of his complaint to the Auditor General of Canada and to the Minister of Citizenship and Immigration. The allegations were also reported in the media. The allegations were as follows:

(i) Allegations 1-3: the applicant alleged that, in three cases where he was acting as the RPO, he was approached by IRB members and took part in writing reasons for decision.

(ii) Allegation 4: the applicant alleged that, in a case where he was acting as the RPO, the Board member failed to disclose to the claimant's counsel all of the evidence that he considered.

(iii) Allegation 5: the applicant alleged that he was improperly treated when he sought to introduce certain evidence during a hearing where he was acting as the RPO.

(iv) Allegations 6-10: the applicant made various complaints regarding his workplace and employer.

The applicant's complaint was lengthy, comprising a 13-page letter and 155 pages of supporting material.

[10] In his affidavit filed in support of his application for judicial review, the applicant states that he went on sick leave without pay following submission of his

[9] Le 10 mars 2004, le demandeur a déposé une plainte auprès de l'AIFP concernant plusieurs actes fautifs qui auraient été commis à la CISR. Il a fait parvenir une copie de sa plainte à la vérificatrice générale du Canada et au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration. Les allégations, que voici, ont également été rapportées par les médias :

i) Allégations 1-3 : le demandeur allègue que, dans trois affaires où il agissait à titre d'APR, des commissaires de la CISR sont entrés en contact avec lui et il a participé à la rédaction des motifs de décision.

ii) Allégation 4 : le demandeur allègue que, dans une affaire où il agissait à titre d'APR, le commissaire n'a pas divulgué au conseil du demandeur d'asile tous les éléments de preuve qu'il a examinés.

iii) Allégation 5 : le demandeur allègue qu'il a été traité de manière inopportune lorsqu'il a tenté de présenter certains éléments de preuve au cours d'une audience pendant laquelle il agissait à titre d'APR.

iv) Allégations 6-10 : le demandeur a formulé diverses plaintes concernant son milieu de travail et son employeur.

La plainte du demandeur est volumineuse : elle est composée d'une lettre de 13 pages et de 155 pages de documents justificatifs.

[10] Dans l'affidavit déposé au soutien de sa demande de contrôle judiciaire, le demandeur précise qu'il a pris un congé de maladie sans solde après avoir

complaint, beginning on March 15, 2004 and continuing until June 24, 2004. He further states that this became a leave of absence without pay as of June 26, 2004 until June 25, 2005.

[11] The applicant forwarded another letter, dated April 5, 2004, to the PSIO. In this letter, he set out further details about the allegations 1 to 5 detailed in his original letter and he also referred to other alleged incidents of wrongdoing. Two binders of supporting documentation were submitted as attachments to this letter to the PSIO. Those materials are reproduced as part of the tribunal record in the present application.

[12] In consequence of the applicant's March 10, 2004 letter to the PSIO, two investigations were commenced into his allegations of wrongdoing at the IRB. First, the IRB commissioned its own investigation. It informed the PSIO that it intended to conduct an investigation into the applicant's allegations and then, on March 29, 2004, acting general counsel for the IRB contacted Professor Edward Ratushny. The IRB requested that Professor Ratushny conduct an independent inquiry into the first five allegations set forth in the applicant's letter of March 10, 2004. The request for an investigation did not extend to allegations 6 through 10 as these were determined to be subject to dispute resolution mechanisms established by a Treasury Board policy and the applicable collective agreement.

[13] By letter dated April 2, 2004, the IRB informed the applicant that Professor Ratushny would be conducting an investigation into the first five allegations of his complaint and preparing a report on his findings. This letter also explained why the investigation would not explore the applicant's remaining five allegations and invited the applicant to be interviewed by Professor Ratushny for the purposes of the investigation.

[14] Professor Ratushny conducted his investigation in April 2004. He expanded the scope of his investigation to include the additional allegations made by the applicant in his letter of April 5, 2004, which had

présenté sa plainte, soit du 15 mars 2004 jusqu'au 24 juin 2004. Il ajoute que ce congé est devenu un congé sans solde du 26 juin 2004 au 25 juin 2005.

[11] Le demandeur a transmis à l'AIFP une autre lettre datée du 5 avril 2004. Il y fournit des détails supplémentaires concernant les allégations 1 à 5 énoncées dans sa lettre initiale et il mentionne également d'autres présumés actes fautifs. Des documents justificatifs contenus dans deux classeurs à feuilles mobiles ont été déposés comme pièces jointes à la lettre adressée à l'AIFP. Ces documents sont reproduits dans le dossier du tribunal relatif à la présente demande.

[12] Par suite de la lettre du 10 mars 2004 que le demandeur a envoyée à l'AIFP, deux enquêtes ont été menées au sujet de ses allégations d'actes fautifs à la CISR. La CISR a d'abord commandé sa propre enquête. Elle a informé l'AIFP de son intention de mener une enquête sur les allégations du demandeur puis, le 29 mars 2004, l'avocat général par intérim de la CISR a communiqué avec le professeur Edward Ratushny. La CISR a demandé au professeur Ratushny de mener une enquête indépendante sur les cinq premières allégations énoncées dans la lettre du demandeur du 10 mars 2004. La demande d'enquête ne visait pas les allégations 6 à 10 puisqu'il a été décidé qu'elles relevaient des mécanismes de règlement des différends établis par une politique du Conseil du Trésor et la convention collective applicable.

[13] Dans une lettre datée du 2 avril 2004, la CISR a informé le demandeur que le professeur Ratushny mènerait une enquête sur les cinq premières allégations de sa plainte et qu'il rédigerait un rapport exposant ses conclusions. La CISR y expliquait également pourquoi l'enquête ne porterait pas sur les cinq autres allégations du demandeur et invitait celui-ci à participer à une entrevue avec le professeur Ratushny aux fins de l'enquête.

[14] Le professeur Ratushny a mené son enquête en avril 2004. Il a étendu la portée de son enquête aux allégations additionnelles faites par le demandeur dans sa lettre du 5 avril 2004, laquelle a également été

been sent to the Public Service Integrity Office and copied to Professor Ratushny by e-mail. Professor Ratushny interviewed 13 persons connected to the applicant's allegations. However, the applicant declined to be interviewed by Professor Ratushny.

[15] Upon being advised that Professor Ratushny would be conducting an investigation, the applicant wrote in a letter dated April 2, 2004 that he fully intended to cooperate. At the same time, he set out a number of concerns regarding the proposed investigation, including requests for compensation for costs that he might incur in reproducing materials, travel, and the cost of hiring legal counsel. He also sought an opportunity to view and comment on preliminary findings of fact and "an undertaking that this inquiry will not make an unfavorable report or a finding of misconduct which relate to me as a result of my disclosures of wrongdoing in the decision-making and reasons writing process at the IRB."

[16] Professor Ratushny did not grant the applicant the undertaking he sought and the applicant subsequently refused to be interviewed because he objected to the solicitor-client basis upon which Professor Ratushny had been retained by the IRB.

[17] Professor Ratushny released his report on April 30, 2004. He made a finding, with respect to the first allegation, that there was improper conduct on the part of two IRB members and the applicant arising from the fact that the applicant had participated in the preparation of reasons. With respect to the second allegation, he found improper conduct on the part of an IRB member and the applicant. He concluded that the member and the applicant had erred in not disclosing a document that was relied upon in the preparation of reasons. With respect to the third allegation, he found improper conduct on the part of the IRB member and the applicant. He found that the member had improperly consulted the applicant about his observations prior to writing reasons for his decision. He found the fourth allegation to be "inherently improbable." He found the

envoyée à l'AIFP et dont copie a été envoyée par courriel au professeur Ratushny. Le professeur Ratushny a interrogé 13 personnes qui avaient un lien avec les allégations du demandeur. Le demandeur a toutefois refusé d'être interrogé par le professeur Ratushny.

[15] Après avoir été informé que le professeur Ratushny mènerait une enquête, le demandeur a écrit dans une lettre datée du 2 avril 2004 qu'il avait pleinement l'intention de collaborer. Par la même occasion, il a exprimé plusieurs points se rapportant à l'enquête proposée, notamment des demandes d'indemnisation pour les coûts qu'il pouvait engager pour la reproduction de documents, les déplacements et les honoraires d'un conseiller juridique. Il a également demandé la possibilité de consulter et de commenter les conclusions de fait préliminaires et [TRADUCTION] « un engagement que cette enquête ne donnera pas lieu à un rapport défavorable ou à une conclusion de mauvaise conduite à mon égard à la suite de ma divulgation d'actes fautifs dans la prise de décisions et la rédaction de motifs à la CISR ».

[16] Le professeur Ratushny n'a pas accordé au demandeur l'engagement qu'il demandait et le demandeur a ultérieurement refusé d'être interrogé parce qu'il s'opposait au fait que la CISR ait retenu les services du professeur Ratushny sur une base procureur-client.

[17] Le professeur Ratushny a présenté son rapport le 30 avril 2004. S'agissant de la première allégation, il a conclu qu'il y avait eu conduite fautive de la part de deux commissaires de la CISR et du demandeur parce que le demandeur avait participé à la rédaction de motifs. S'agissant de la deuxième allégation, il a estimé qu'il y avait eu conduite fautive de la part d'un commissaire de la CISR et du demandeur. Il a conclu que le commissaire et le demandeur avaient commis une erreur en ne divulguant pas un document utilisé pour la rédaction des motifs. Quant à la troisième allégation, il a estimé qu'il y avait eu conduite fautive de la part du commissaire de la CISR et du demandeur. Il a conclu que le commissaire n'était pas justifié d'avoir consulté le demandeur au sujet de ses observations avant la rédaction des motifs de sa décision. Il a déterminé que

fifth allegation to be not relevant to the writing of reasons and the decision-making process. Finally, he found no evidence of misconduct with respect to the additional allegations.

[18] Professor Ratushny also expressed concern regarding the good faith of the applicant.

[19] On May 17, 2004, the IRB sent a copy of the Ratushny report to the PSIO. It also asked the parties named in the Ratushny report to respond to the findings. On May 21, 2004, the applicant submitted a detailed response to the IRB and provided a copy of his submissions to the PSIO. He amended his response on May 22 and 24.

[20] On June 17, 2004 the IRB presented to the applicant the results of its review of the Ratushny report and the responses that were generated to it, with a copy to the Public Service Integrity Office. On June 18, the chairperson of the IRB made a public statement regarding the findings of the Ratushny report and how the IRB would respond to the findings of improper conduct.

[21] Following release of the Ratushny report, the Public Service Integrity Office decided that there were “sufficient reasons” to further investigate the applicant’s allegations.

[22] In this regard, the Public Service Integrity Office reviewed the applicant’s written complaint, the Ratushny report and the applicant’s response to the Ratushny report. A Public Service Integrity Office investigator met with the applicant on June 16, 2004. At that time, the applicant spoke to the allegations he had made and the investigator described the scope of the investigation.

[23] During the investigation, there was some disagreement and correspondence about the appropriate scope of the investigation. Essentially, the IRB maintained that IRB members, as appointees of the Governor in Council rather than Treasury Board

la quatrième allégation était [TRADUCTION] « fondamentalement improbable ». Quant à la cinquième allégation, il a jugé qu’elle n’était pas pertinente eu égard à la rédaction des motifs et au processus décisionnel. Enfin, il a conclu qu’il n’y avait aucune preuve d’inconduite relativement aux allégations supplémentaires.

[18] De plus, le professeur Ratushny a exprimé des réserves quant à la bonne foi du demandeur.

[19] Le 17 mai 2004, la CISR a envoyé une copie du rapport du professeur Ratushny à l’AIFP. Elle a également demandé aux parties nommées dans le rapport Ratushny de répondre aux conclusions. Le 21 mai 2004, le demandeur a présenté une réponse détaillée à la CISR et a fourni une copie de ses observations à l’AIFP. Il a modifié sa réponse les 22 et 24 mai.

[20] Le 17 juin 2004, la CISR a présenté au demandeur les résultats de son examen du rapport Ratushny et des réponses à celui-ci et en a fourni une copie à l’AIFP. Le 18 juin, le président de la CISR a fait une déclaration publique concernant les conclusions du rapport Ratushny et les mesures que comptait prendre la CISR en réponse aux conclusions de conduite fautive.

[21] Suivant la publication du rapport Ratushny, l’AIFP a déterminé qu’il existait des [TRADUCTION] « motifs suffisants » pour mener une enquête sur les allégations du demandeur.

[22] À cet égard, l’AIFP a examiné la plainte écrite du demandeur, le rapport Ratushny et la réponse du demandeur au rapport Ratushny. Un enquêteur du Bureau de l’intégrité de la fonction publique a rencontré le demandeur le 16 juin 2004. À cette occasion, le demandeur a parlé des allégations qu’il avait soulevées et l’enquêteur a décrit la portée de l’enquête.

[23] Pendant l’enquête, il y a eu désaccord concernant la portée de l’enquête et des lettres ont été échangées à ce sujet. Essentially, la CISR a fait valoir que les commissaires de la CISR, à titre de personnes nommées par le gouverneur en conseil et non d’employés du

employees, were not subject to the policy and were therefore “out of reach” of the PSIO investigation. The applicant did not agree with such a limitation on the jurisdiction of the PSIO. Ultimately, the PSIO did not make any findings against IRB members on the basis of the jurisdictional restrictions advanced by the IRB. However, the PSIO states that it nonetheless “met with certain Board Members, with the agreement of the IRB, to clarify facts surrounding the allegations.”

[24] In September 2004, the Public Service Integrity Office interviewed two IRB members connected to the allegations for the purpose of clarifying relevant facts. It also interviewed IRB legal counsel, the applicant’s supervisor and the IRB Regional Director. The Public Service Integrity Office also met with the applicant in June 2004, as mentioned above, September 2004, December 2004 and May 2005. In his final report, the PSIO said that it:

... provided the employee with several opportunities to be heard through his submissions, meetings, correspondence and telephone discussions concerning the allegations of wrongdoing and his complaint of reprisal. Through these various exchanges the employee has had the opportunity to respond on matters affecting him as he was directly implicated in the alleged wrongdoing and the subject of alleged reprisal. This included the opportunity to respond to relevant material drawn from both the IRB and employee submissions which formed the basis of the preliminary report.

[25] In a letter to the Public Service Integrity Office senior investigator, dated October 26, 2004, the IRB outlined for the PSIO the measures it had taken in response to the Ratushny report. Specifically, the IRB advised that the following actions had been taken:

1. It was determined that one refugee claim should be reopened and reheard;
2. “Appropriate administrative measures” were taken in relation to four IRB members;
3. The IRB Chairperson sent an e-mail to IRB staff and members and issued a public statement, outlining the

Conseil du Trésor, n’étant pas visés par la politique, ils [TRADUCTION] « échappent à la portée » de l’enquête de l’AIFP. Le demandeur n’était pas d’accord avec une telle restriction de la compétence de l’AIFP. Au bout du compte, l’AIFP n’a pas tiré de conclusions défavorables à l’égard des commissaires de la CISR en raison de la compétence restreinte soutenue par la CISR. Toutefois, l’AIFP a précisé qu’il avait néanmoins [TRADUCTION] « rencontré certains commissaires, avec le consentement de la CISR, afin d’obtenir des précisions sur les faits entourant les allégations ».

[24] En septembre 2004, l’AIFP a interrogé deux commissaires de la CISR liés aux allégations afin de préciser des faits pertinents. Il a également interrogé le conseiller juridique de la CISR, le superviseur du demandeur et le directeur régional de la CISR. L’AIFP a également rencontré le demandeur en juin 2004, tel que mentionné précédemment, en septembre 2004, en décembre 2004 et en mai 2005. Dans son rapport final, l’AIFP a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] [...] a donné à l’employé plusieurs occasions de se faire entendre au moyen d’observations, de rencontres, de correspondance et de conversations téléphoniques concernant les allégations d’actes fautifs et sa plainte de représailles. Au cours de ces divers échanges, l’employé a eu l’occasion de répondre aux questions qui le concernaient puisqu’il a participé directement aux actes fautifs allégués et qu’il était visé par les présumées représailles. Il a notamment eu l’occasion de répondre aux éléments pertinents tirés des observations de la CISR et de l’employé qui constituaient le fondement du rapport préliminaire.

[25] Dans une lettre en date du 26 octobre 2004 adressée à l’enquêtrice principale de l’AIFP, la CISR a décrit les mesures qu’elle avait prises à la suite du rapport Ratushny. Plus particulièrement, la CISR a indiqué que les mesures suivantes avaient été prises :

1. réouverture d’une demande d’asile devant être instruite de nouveau;
2. « mesures administratives valables » prises à l’égard de quatre commissaires de la CISR;
3. courriel transmis au personnel et aux commissaires de la CISR par le président de la CISR et déclaration

results of the Ratushny report and the actions that had been taken in response;

4. “Significant efforts” were dedicated to developing a training course on fairness, independence and impartiality for all IRB members and RPOs; and

5. The IRB intended to review its instructions for hearing room participants.

[26] The applicant also submitted a reprisal complaint to the Public Service Integrity Office via e-mail on December 6, 2004. He alleged that, because he had made the allegations of wrongdoing, individuals at the IRB had undertaken retaliatory actions against him. On December 10, 2004, counsel for the applicant submitted a detailed version of the reprisal complaint with attached supporting documentation. The Public Service Integrity Office investigators met with the applicant at this time, reviewed his submissions and discussed the ongoing investigation.

[27] On January 28, 2005, the PSIO issued a preliminary investigation report (the preliminary report) to the applicant and the IRB. Both the applicant and the IRB were given the opportunity to respond to this preliminary report. The IRB submitted its response dated February 28, 2005. In that response, it primarily addressed the issue of the jurisdiction of the PSIO and procedural fairness.

[28] The applicant submitted a response dated March 11, 2005 to the PSIO. In his response, he dealt with each of the PSIO’s findings in detail. His counsel made a further submission on March 20, 2005 and the applicant delivered additional comments by e-mail on May 23, 2005.

[29] Upon review of the further submissions from the parties, the Public Service Integrity Office deemed it necessary to conduct additional interviews relative to one of the reprisal allegations. These interviews were conducted in May 2005.

publique décrivant les résultats du rapport Ratushny et les mesures prises en réponse à ceux-ci;

4. « efforts considérables » déployés en vue de mettre sur pied une formation sur l’équité, l’indépendance et l’impartialité destinée aux commissaires et aux APR de la CISR;

5. intention de la CISR de revoir ses directives à l’intention des personnes présentes dans une salle d’audience.

[26] Le demandeur a également présenté une plainte de représailles à l’AIFP par courriel le 6 décembre 2004. Il a affirmé que, en raison des allégations d’actes fautifs qu’il avait formulées, certaines personnes à la CISR ont pris des mesures de représailles contre lui. Le 10 décembre 2004, le conseil du demandeur a présenté une version détaillée de la plainte de représailles à laquelle étaient joints des documents justificatifs. L’AIFP a alors rencontré le demandeur, examiné ses observations et discuté de l’enquête en cours.

[27] Le 28 janvier 2005, l’AIFP a présenté un rapport préliminaire d’enquête (le rapport préliminaire) au demandeur et à la CISR. Le demandeur et la CISR ont eu l’occasion de répondre à ce rapport préliminaire. La CISR a présenté sa réponse le 28 février 2005, y soulevant principalement la question de la compétence de l’AIFP et l’équité procédurale.

[28] Le demandeur a présenté une réponse à l’AIFP le 11 mars 2005, dans laquelle il a traité en détail de chaque conclusion de l’AIFP. Son conseil a présenté d’autres observations le 20 mars 2005 et le demandeur a fourni d’autres commentaires par courriel le 23 mai 2005.

[29] Après l’examen des observations supplémentaires des parties, l’AIFP a jugé nécessaire de mener d’autres entrevues concernant l’une des allégations de représailles. Ces entrevues ont eu lieu en mai 2005.

[30] On June 23, 2005, the PSIO released his final report (the final report) to the applicant and the IRB. In an attached cover letter addressed to the applicant, also dated June 23, 2005, the PSIO said that the final report incorporated “some changes and clarifications and response to concerns expressed by you and the IRB in the respective submissions to the PSIO concerning its Preliminary Investigation Report.” The letter also went on to say that the final report addressed the applicant’s reprisal complaints.

[31] The main conclusions of the final report issued by the PSIO are as follows:

1. Allegation 1: the PSIO substantiated the allegation but concluded that the IRB had already taken appropriate measures in response.

2. Allegations 2 and 3: the PSIO substantiated the allegations and recommended that the IRB review its procedures and consider amending its rules on disclosure.

3. Allegation 4: the PSIO concluded that the evidence did not support the allegation and held that there was in fact evidence to the contrary. This allegation was dismissed.

4. Allegation 5: the PSIO determined that the evidence that the applicant sought to submit was inadmissible and the allegation was dismissed.

5. Allegations of reprisal: these various allegations were dismissed.

[32] The applicant commenced this application for judicial review with respect to the final report of the PSIO on July 25, 2005. In the material filed in support of this application, he provided details about disciplinary action which had been taken against him. In his affidavit dated September 8, 2005, he deposed that he was scheduled to return to work on June 27, 2005, shortly after publication of the final report. He says that

[30] Le 23 juin 2005, l’AIFP a présenté son rapport final (le rapport final) au demandeur et à la CISR. Dans une lettre d’accompagnement adressée au demandeur, également datée du 23 juin 2005, l’AIFP a expliqué que le rapport final contenait [TRADUCTION] « des changements et des clarifications ainsi que des réponses aux préoccupations que vous et la CISR avez soulevées dans vos observations respectives présentées à l’AIFP concernant son rapport d’enquête préliminaire ». L’AIFP a également expliqué dans la lettre que le rapport final traitait des plaintes de représailles du demandeur.

[31] Les principales conclusions du rapport final présenté par l’AIFP sont les suivantes :

1. Allégation 1 : l’AIFP a jugé l’allégation fondée, mais a conclu que la CISR avait déjà pris les mesures voulues pour rétablir la situation.

2. Allégations 2 et 3 : l’AIFP a jugé les allégations fondées et recommandé que la CISR révise ses procédures et envisage de modifier ses règles ayant trait à la divulgation.

3. Allégation 4 : l’AIFP a conclu que la preuve n’était pas l’allégation et affirmé que certains éléments de preuve établissaient plutôt le contraire. L’allégation a été rejetée.

4. Allégation 5 : l’AIFP a jugé inadmissible la preuve qu’avait tenté de déposer le demandeur et l’allégation a été rejetée.

5. Allégations de représailles : les diverses allégations ont été rejetées.

[32] Le 25 juillet 2005, le demandeur a présenté une demande de contrôle judiciaire concernant le rapport final de l’AIFP. Dans les documents déposés au soutien de sa demande, le demandeur a fourni des détails concernant la mesure disciplinaire prise contre lui. Dans son affidavit daté du 8 septembre 2005, il a déclaré qu’il devait retourner au travail le 27 juin 2005, peu de temps après la publication du rapport final. Il a dit que la CISR

the IRB put him “on leave with pay for a few days,” The record indicates that around this time, the IRB anti-harassment coordinator was investigating complaints that had been submitted to her office concerning the applicant.

[33] In a June 10, 2005 letter, the anti-harassment coordinator informed the applicant of her conclusion that the applicant had harassed his colleagues and violated his confidentiality requirements pursuant to the *Policy on the Prevention and Resolution of Harassment in the Workplace* (the harassment policy). A letter from the IRB, dated June 20, 2005 requested that the applicant attend a disciplinary hearing where he would have the opportunity to make whatever additional representations that he felt were appropriate.

[34] The IRB wrote a letter dated June 24, 2005 to the applicant in response to an article that was published on June 22, 2005 by the Canadian Press. In this letter the IRB stated that it felt that the applicant’s discussion with the Canadian Press “constituted serious misconduct for a number of reasons,” mainly because he breached a confidentiality requirement in the harassment policy, ignored clear confidentiality instructions from the anti-harassment coordinator and breached the duty of loyalty owed to an employer by publicly criticizing the IRB in connection with its handling of his complaint.

[35] A disciplinary hearing took place at IRB facilities on June 27, 2005. The IRB sent its findings and determinations to the applicant by letter dated July 8, 2005. It dealt with a number of preliminary issues including a request by the applicant to record the proceedings, his request to postpone the proceedings, his inquiry regarding who would be deciding the results of the hearing and a subsequent request that the presiding official recuse himself on the grounds of a reasonable apprehension of bias. The letter went on to emphasize that the applicant was not being disciplined for making a disclosure of wrongdoing, filing a complaint with the Canadian Human Rights Commission

lui avait accordé [TRADUCTION] « un congé rémunéré de quelques jours ». Le dossier indique qu’à cette époque la coordonnatrice de lutte contre le harcèlement de la CISR menait une enquête sur des plaintes déposées à son bureau concernant le demandeur.

[33] Dans une lettre en date du 10 juin 2005, la coordonnatrice de lutte contre le harcèlement a informé le demandeur de sa conclusion, soit que le demandeur avait harcelé ses collègues et enfreint les règles de confidentialité prévues dans la *Politique sur la prévention et le règlement du harcèlement en milieu de travail* (la politique sur le harcèlement). Dans une lettre datée du 20 juin 2005, la CISR priait le demandeur d’assister à une audience disciplinaire au cours de laquelle il aurait l’occasion de présenter les observations additionnelles qu’il jugeait nécessaires.

[34] Le 24 juin 2005, la CISR a transmis au demandeur une lettre en réaction à un article publié le 22 juin 2005 par la Presse canadienne. Dans cette lettre, la CISR déclarait qu’à son avis la conversation du demandeur avec la Presse canadienne [TRADUCTION] « constituait une conduite grave pour de nombreuses raisons », principalement parce qu’il avait enfreint une exigence de la politique sur le harcèlement en matière de confidentialité, avait fait fi de directives claires en matière de confidentialité provenant de la coordonnatrice de la lutte contre le harcèlement et avait manqué à son obligation de loyauté envers l’employeur en critiquant publiquement la CISR sur la façon dont elle avait traité sa plainte.

[35] Une audience disciplinaire a eu lieu dans les locaux de la CISR le 27 juin 2005. La CISR a fait parvenir ses conclusions et ses décisions au demandeur dans une lettre datée du 8 juillet 2005. Elle a abordé diverses questions préliminaires, notamment l’enregistrement de la séance sollicité par le demandeur, sa demande de reporter l’audience, le fait qu’il avait cherché à connaître l’identité de la personne qui déciderait de l’issue de l’affaire, et la demande de récusation qu’il a ultérieurement présentée au président de l’audience en raison d’une crainte raisonnable de partialité. De plus, la CISR a insisté dans sa lettre sur le fait que le demandeur ne faisait pas l’objet d’une mesure

or for seeking judicial review in the Federal Court in connection with the final report of the PSIO. However, the letter notes that the applicant's right to voice concerns about racism was circumscribed by Treasury Board policy and that he "could not, in the guise of exercising that right, harass your fellow employees."

[36] After addressing the complaint regarding the Canadian Press incident, the IRB concluded that the applicant would be suspended without pay for 10 working days. Because he only worked part-time, this suspension was to be served over the period July 29, 2005 to August 22, 2005. The applicant says in his affidavit that he was suspended without pay from July 29, 2005 until August 31, 2005 and that his employment was terminated on August 25, 2005.

IV. Submissions

[37] In his original submissions, the applicant addressed the issue of standard of review, the jurisdiction of the PSIO, an alleged lack of procedural fairness in the conduct of the PSIO's investigation, and erroneous and capricious findings of fact. In particular, the applicant argued that the PSIO's investigation was flawed as a result of the intimate involvement of counsel for the IRB in that investigation and further, that the PSIO was aware through his counsel that this close involvement could be perceived as a breach of procedural fairness.

[38] The respondent replied to the arguments raised by the applicant. The respondent submitted that the investigation of the PSIO was subject to review against the standards of neutrality and thoroughness, as those standards have been applied by the courts when judicially reviewing investigations conducted pursuant to the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6. Further, the respondent argued that the PSIO's findings were reasonable and made with regard to the evidence before him.

disciplinaire parce qu'il avait divulgué des actes fautifs, qu'il avait déposé une plainte devant la Commission canadienne des droits de la personne ou qu'il avait présenté à la Cour fédérale une demande de contrôle judiciaire concernant le rapport final de l'AIFP. Toutefois, la CISR y a souligné que le droit du demandeur d'exprimer ses préoccupations concernant le racisme est encadré par la politique du Conseil du Trésor et qu'il [TRADUCTION] « ne pouvait, sous prétexte d'exercer ce droit, harceler ses collègues ».

[36] Après avoir examiné la plainte concernant l'incident de la Presse canadienne, la CISR a conclu que le demandeur serait suspendu sans traitement pendant 10 jours ouvrables. Comme il travaillait seulement à temps partiel, la suspension devait être appliquée pendant la période du 29 juillet 2005 au 22 août 2005. Le demandeur affirme dans son affidavit qu'il a été suspendu sans traitement du 29 juillet 2005 au 31 août 2005 et qu'il a été licencié le 25 août 2005.

IV. Arguments

[37] Dans son argumentation initiale, le demandeur a abordé la question de la norme de contrôle, la compétence de l'AIFP, le fait qu'il y aurait eu manquement à l'équité procédurale au cours de l'enquête de l'AIFP et les conclusions de fait erronées et arbitraires. Plus particulièrement le demandeur a soutenu que l'enquête de l'AIFP était viciée en raison de la participation directe du conseiller juridique de la CISR à l'enquête et, par ailleurs, que l'AIFP savait, par l'entremise de son conseiller juridique, que cette participation pouvait être vue comme un manquement à l'équité procédurale.

[38] Le défendeur a répliqué aux arguments soulevés par le demandeur. Il a fait valoir que l'enquête de l'AIFP était susceptible d'un contrôle auquel s'appliquent les normes de neutralité et de rigueur, les tribunaux les ayant appliquées dans le cadre de contrôles judiciaires d'enquêtes menées en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6. En outre, le défendeur a soutenu que les conclusions de l'AIFP étaient raisonnables et tenaient compte de la preuve dont il disposait.

[39] The PSIO addressed the extent of his jurisdiction in the conduct of the investigation, including its right to determine whether members of the IRB were “employees” for the purposes of that investigation. He also described the broad responsibilities assigned under the policy and provided a general description of the framework within which investigations are conducted. The PSIO took the position that the policy did not grant any rights to be heard in the course of an investigation, but did suggest that the PSIO would invite comments from any person who may be adversely affected.

[40] The PSIO also described the process that would be followed after an investigation had been conducted. He said that a preliminary report is normally prepared for investigations into alleged wrongdoing, and that copies are provided to the department involved and potentially adversely affected individuals. For investigations into alleged reprisals, a copy of the preliminary report is provided to the complainant, the department involved and potentially adversely affected individuals. The PSIO further stated that these parties had the opportunity to make comments before the release of the final report and described this role as investigative, rather than adjudicative.

[41] Neither party directly raised or addressed the issues of the status of the PSIO as a “federal board, commission or other tribunal” as defined in the *Federal Courts Act* [s. 2(1) (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 15)], or of the availability of judicial review in respect of a decision made pursuant to a “policy.” Following the hearing on October 10, 2007, a direction was issued on October 12, 2007, giving the parties the opportunity to address these issues by way of further submissions. Each party filed further submissions addressing these two matters.

[42] The applicant submits that the PSIO does meet the definition of “federal board, commission or other tribunal”, as set out in subsection 2(1) of the *Federal Courts Act*. In this regard, he relies on the decisions in *Puccini v. Canada (Director General, Corporate Administrative Services, Agriculture Canada)*, [1993] 3 F.C. 557 (T.D.), as well as *Chopra v. Canada (Attorney General)* (2005), 273 F.T.R. 200 (F.C.).

[39] L’AIFP a mené l’enquête en tenant compte de l’étendue de sa compétence, notamment de son droit de déterminer si les commissaires de la CISR étaient des « employés » aux fins de cette enquête. Il a également décrit les vastes responsabilités que lui confère la politique et a fourni une description générale du cadre dans lequel les enquêtes sont menées. L’AIFP a déterminé que la politique ne prévoyait pas le droit d’être entendu dans le cadre d’une enquête, mais laissait entendre que l’AIFP inviterait toute personne pouvant subir un préjudice à formuler des commentaires.

[40] L’AIFP a également décrit le processus qui serait suivi après la tenue d’une enquête. Il a affirmé qu’un rapport préliminaire est habituellement rédigé pour les enquêtes portant sur des allégations d’actes fautifs et que des copies sont fournies au ministère concerné et aux personnes pouvant subir un préjudice. Quant aux enquêtes portant sur des allégations de représailles, une copie du rapport préliminaire est fournie au plaignant, au ministère concerné et aux personnes pouvant subir un préjudice. L’AIFP a ajouté que ces parties ont eu l’occasion de présenter des commentaires avant la publication du rapport final et a expliqué qu’il joue un rôle d’enquêteur plutôt que de décideur.

[41] Ni l’une ni l’autre des parties n’a soulevé directement ni abordé la question du statut de l’AIFP à titre d’« office fédéral » tel que défini dans la *Loi sur les Cours fédérales* [art. 2(1) (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 15)], ou celle de la possibilité d’obtenir le contrôle judiciaire d’une décision rendue en vertu d’une « politique ». Après l’audience du 10 octobre 2007, une directive a été donnée le 12 octobre 2007 afin de donner aux parties l’occasion d’aborder ces questions au moyen d’observations supplémentaires. Chaque partie a déposé des observations supplémentaires sur ces deux questions.

[42] Selon le demandeur, l’AIFP répond à la définition d’« office fédéral » énoncée au paragraphe 2(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*. Pour appuyer sa prétention, il cite les décisions *Puccini c. Canada (Directeur général, Services de l’administration corporative, Agriculture Canada)*, [1993] 3 C.F. 557 (1^{re} inst.), ainsi que *Chopra c. Canada (Procureur général)*, 2005 CF 595.

[43] The applicant also submits that the decision made pursuant to the policy is subject to judicial review. In this regard, he relies on the decision in *Fennelly v. Canada (Attorney General)* (2005), 279 F.T.R. 262 (F.C.) which in turn cites the Federal Court of Appeal decision in *Jada Fishing Co. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)* (2002), 288 N.R. 237 (F.C.A.). In *Fennelly*, Justice Kelen noted that in *Jada Fishing*, the Federal Court of Appeal examined the reasonableness of an appeal board recommendation and its respect for the requirements of procedural fairness. In *Jada Fishing*, the Federal Court of Appeal concluded that the Appeal Board report and recommendation could be reviewed.

[44] The applicant submits that the policy at issue in this case is similarly subject to judicial review. The applicant further argues that the policy at issue here is stronger than most “mere policies.” He submits that since the PSIO was appointed by the Governor in Council, the Governor in Council has “at least implicitly required” that the PSIO abide by the terms of the policy. According to the applicant, the policy operates as the governing statute and specifies the jurisdiction of the PSIO.

[45] The intervener similarly argues that the PSIO meets the definition of “federal board, commission or other tribunal” as set out in the *Federal Courts Act*. Further, he describes the policy as providing a unique mechanism within the federal public service that gives public servants an opportunity to report on wrongdoing. While the PSIO acknowledges that the policy is not delegated legislation, delegated regulation, or issued pursuant to a clear statutory requirement, he nonetheless submits that the policy is a directive for the management of the public service.

[46] Relying on this characterization of the policy, the intervener submits that a directive can be defined or enforced through judicial review and in this regard, he cites the decision in *Endicott v. Canada (Treasury Board)* (2005), 270 F.T.R. 220 (F.C.).

[43] Le demandeur a également soutenu que la décision prise en vertu de la politique est susceptible de contrôle judiciaire. À l'appui de sa prétention, il cite la décision *Fennelly c. Canada (Procureur général)*, 2005 CF 1291, laquelle renvoie à la décision de la Cour d'appel fédérale *Jada Fishing Co. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, 2002 CAF 103. Dans la décision *Fennelly*, le juge Kelen souligne que dans l'arrêt *Jada Fishing*, la Cour d'appel fédérale a examiné le caractère raisonnable d'une recommandation d'une commission d'appel et son respect des exigences d'équité procédurale. Dans l'arrêt *Jada Fishing*, la Cour d'appel fédérale a conclu que le rapport et la recommandation de la commission d'appel étaient susceptibles de contrôle.

[44] Le demandeur fait valoir que la politique en cause dans la présente instance est aussi susceptible de contrôle judiciaire. Le demandeur ajoute que la politique en cause a plus de poids que la plupart des [TRADUCTION] « simples politiques ». Il soutient que puisque l'AIFP a été nommé par le gouverneur en conseil, celui-ci a [TRADUCTION] « au moins implicitement exigé » que l'AIFP respecte les dispositions de la politique. Selon le demandeur, la politique fonctionne comme une loi habilitante et précise la compétence de l'AIFP.

[45] L'intervenant soutient également que l'AIFP répond à la définition d'« office fédéral » énoncée dans la *Loi sur les Cours fédérales*. De plus, il explique que la politique établit un mécanisme unique au sein de la fonction publique fédérale qui permet aux fonctionnaires de signaler les actes fautifs. Bien que l'AIFP reconnaisse que la politique n'est ni un texte législatif délégué, ni un texte réglementaire délégué et ni une politique adoptée en vertu d'une exigence législative claire, il prétend néanmoins qu'il s'agit d'une directive de la gestion de la fonction publique.

[46] S'appuyant sur cette qualification de la politique, l'intervenant soutient qu'une directive peut être définie ou appliquée au moyen d'un contrôle judiciaire et, à cet égard, il cite la décision *Endicott c. Canada (Conseil du Trésor)*, 2005 CF 253.

[47] The PSIO argues that the policy formalizes a disclosure investigation process where there are no other legal mechanisms available for independent review of allegations of wrongdoing, and that he represents the government's attempt to balance the need for loyalty with the facilitation of whistleblowing in the federal public service. He describes the general procedure for investigating disclosure under the policy, but maintains that reprisal complaints are dealt with separately under the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35.

[48] The PSIO refers to the decision in *Vaughan v. Canada*, [2005] 1 S.C.R. 146 and submits that this decision stands for the proposition that the courts have no jurisdiction, except in the limited context of judicial review, in the resolution of labour disputes governed by comprehensive codes such as the *Public Service Staff Relations Act*. At the same time, he notes that Justice Binnie, in *Vaughan*, suggested that whistleblowing may represent an exception to this general rule. In addition, the PSIO submits that *Glowinski v. Canada (Treasury Board)* (2006), 286 F.T.R. 217 (F.C.) stands for the proposition that the Court should not attempt to reconcile inconsistent and conflicting Treasury Board policies.

[49] Further, the PSIO relies on the decisions in *Larny Holdings Ltd. v. Canada (Minister of Health)*, [2003] 1 F.C. 541 (T.D.) and *Jada Fishing*, in support of his argument that the decision of the PSIO is amenable to judicial review.

[50] In conclusion, the PSIO submits that although his responsibilities were created by an administrative statute, he is required pursuant to the policy to prepare an annual report to be tabled in Parliament. The PSIO submits that this responsibility is distinct from that assigned to other administrative units created under the policy and that decisions made pursuant to the policy are subject to judicial review.

[51] The respondent, for his part, argues that the PSIO is a "federal board, commission or other tribunal" within the definition set out in subsection 2(1) of the *Federal*

[47] L'AIFP soutient que la politique officialise un processus d'enquête sur les divulgations alors qu'il n'existe aucun autre mécanisme juridique visant l'examen indépendant des allégations d'actes fautifs, et qu'il incarne la tentative du gouvernement d'établir l'équilibre entre le besoin de loyauté et celui de permettre la dénonciation dans la fonction publique fédérale. Il décrit la procédure générale à suivre pour enquêter sur une divulgation aux termes de la politique, mais soutient que les plaintes de représailles sont traitées séparément en vertu de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35.

[48] L'AIFP renvoie à l'arrêt *Vaughan c. Canada*, [2005] 1 R.C.S. 146 et soutient que cet arrêt consacre le principe portant que les tribunaux n'ont aucune compétence, sauf dans le cadre limité du contrôle judiciaire, dans le règlement de conflits de travail régis par des codes complets comme la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*. Or, il souligne également que le juge Binnie, dans l'arrêt *Vaughan*, laisse entendre que la dénonciation peut constituer une exception à cette règle générale. Par ailleurs, l'AIFP fait valoir que la décision *Glowinski c. Canada (Conseil du Trésor)*, 2006 CF 78, permet d'affirmer que le tribunal ne devrait pas tenter de concilier des politiques incompatibles et contradictoires du Conseil du Trésor.

[49] En outre, l'AIFP se fonde sur les décisions *Larny Holdings Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2003] 1 C.F. 541 (1^{re} inst.) et *Jada Fishing* pour étayer son argument selon lequel la décision de l'AIFP est susceptible de contrôle judiciaire.

[50] En conclusion, l'AIFP soutient que, même si ses responsabilités ont été créées par une loi administrative, il est tenu, en vertu de la politique, de déposer devant le Parlement un rapport annuel. Il ajoute que cette responsabilité est distincte de celle qui est conférée à d'autres unités administratives aux termes de la politique et que les décisions prises en vertu de la politique sont susceptibles de contrôle judiciaire.

[51] Pour sa part, le défendeur soutient que l'AIFP est un « office fédéral » au sens de la définition du paragraphe 2(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*.

Courts Act. However, he further submits that the final report and non-binding recommendations made by the PSIO are not reviewable matters pursuant to section 18 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26] of the *Federal Courts Act*. In this regard, the respondent relies on the decision in *Jada Fishing* and further refers to the decision in *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Canada (Minister of National Revenue—M.N.R.)*, [1998] 2 C.T.C. 176 (F.C.T.D.). As in *Rothmans*, the respondent submits that the PSIO's report and recommendations here are not subject to judicial review because they do not affect the applicant's substantive rights.

V. Discussion and Disposition

[52] The present proceeding concerns an investigation and report conducted by the PSIO pursuant to the policy. I agree with the submissions of the respondent that the policy was enacted pursuant to subsection 11(2) of the *Financial Administration Act*, in particular paragraph 11(2)(i). At the relevant time, that paragraph read as follows:

11. . . .

(2) Subject to the provisions of any enactment respecting the powers and functions of a separate employer but notwithstanding any other provision contained in any enactment, the Treasury Board may, in the exercise of its responsibilities in relation to personnel management including its responsibilities in relation to employer and employee relations in the public service, and without limiting the generality of sections 7 to 10,

. . .

(i) provide for such other matters, including terms and conditions of employment not otherwise specifically provided for in this subsection, as the Treasury Board considers necessary for effective personnel management in the public service.

[53] The policy defines "disclosure" as follows:

. . . information raised within the organization in good faith, based on reasonable belief, by one or more employees

Toutefois, il ajoute que le rapport final et les recommandations non exécutoires présentés par l'AIFP ne sont pas des questions susceptibles de contrôle en vertu de l'article 18 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26] de la *Loi sur les Cours fédérales*. À cet égard, le défendeur se fonde sur l'arrêt *Jada Fishing* et cite également la décision *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Canada (Ministre du Revenu national)—M.R.N.*, [1998] A.C.F. n° 79 (1^{re} inst.) (QL). Comme dans la décision *Rothmans*, le défendeur soutient que le rapport et les recommandations de l'AIFP en l'espèce ne sont pas susceptibles d'un contrôle judiciaire parce qu'ils ne portent pas atteinte aux droits substantiels du demandeur.

V. Analyse et dispositif

[52] La présente affaire vise une enquête menée et un rapport produit par l'AIFP en vertu de la politique. Je souscris aux arguments du défendeur portant que la politique a été adoptée en vertu du paragraphe 11(2) de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, plus particulièrement l'alinéa 11(2)i). À l'époque pertinente, le paragraphe était ainsi libellé :

11. [. . .]

(2) Sous réserve des seules dispositions de tout texte législatif concernant les pouvoirs et fonctions d'un employeur distinct, le Conseil du Trésor peut, dans l'exercice de ses attributions en matière de gestion du personnel, notamment de relations entre employeur et employés dans la fonction publique :

[. . .]

i) régler les autres questions, notamment les conditions de travail non prévues de façon expresse par le présent paragraphe, dans la mesure où il l'estime nécessaire à la bonne gestion du personnel de la fonction publique.

[53] La politique définit comme suit le terme « divulgation » :

[. . .] une information soulevée, au sein de l'organisation, de bonne foi et sur la base de croyances raisonnables, par un ou

concerning a wrongdoing that someone has committed or intends to commit.

[54] “Wrongdoing” is defined in the policy as follows:

. . . an act or omission concerning:

- (a) a violation of any law or regulation; or
- (b) a breach of the *Values and Ethics for the Public Service*; or
- (c) misuse of public funds or assets; or
- (d) gross mismanagement; or
- (e) a substantial and specific danger to the life, health and safety of Canadians or the environment.

[55] This matter relates to a decision of the PSIO. The office of the PSIO is relatively new and *Chopra* is the only other reported decision to date to consider the role that it plays. However, that decision does not address the status of the PSIO as a “federal board, commission or other tribunal” or the availability of judicial review with respect to a decision by that office. For the reasons that follow, I find that the PSIO is a federal board, commission or other tribunal. However, I am of the view that the challenged decision and recommendations are not reviewable matters pursuant to section 18.1 of the *Federal Courts Act*.

[56] With respect to the status of the PSIO, I refer to the definition of “federal board, commission or other tribunal” set out in subsection 2(1) of the *Federal Courts Act* as follows:

2. (1) In this Act,

. . .

“federal board, commission or other tribunal” means any body, person or persons having, exercising or purporting to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament or by or under an order made pursuant to a prerogative of

plusieurs employés au sujet d’actes fautifs que quelqu’un a commis ou a l’intention de commettre.

[54] Les « actes fautifs » y sont définis comme suit :

[. . .] un acte ou une omission concernant :

- a) la violation d’une loi ou d’un règlement;
- b) une dérogation au *Code de valeurs et d’éthique de la fonction publique*;
- c) un usage abusif de fonds ou de biens publics;
- d) un cas flagrant de mauvaise gestion;
- e) une menace grave et particulière pour la vie, la santé ou la sécurité des Canadiens ou pour l’environnement.

[55] La présente affaire porte sur une décision rendue par l’AIFP. Le bureau de l’AIFP est relativement nouveau et la décision *Chopra* est la seule autre décision publiée jusqu’à maintenant qui examine son rôle. Toutefois, cette décision ne traite pas du statut de l’AIFP à titre d’« office fédéral » ni du fait qu’une demande de contrôle judiciaire puisse être autorisée à l’égard d’une décision de ce bureau. Pour les motifs énumérés ci-dessous, je conclus que l’AIFP est un office fédéral. Toutefois, je suis d’avis que la décision et les recommandations contestées ne sont pas susceptibles de contrôle judiciaire en vertu de l’article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[56] En ce qui concerne le statut de l’AIFP, je me reporte à la définition d’« office fédéral » énoncée au paragraphe 2(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* :

2. (1) Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

[. . .]

« office fédéral » Conseil, bureau, commission ou autre organisme, ou personne ou groupe de personnes, ayant, exerçant ou censé exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale ou par une ordonnance prise en vertu d’une prerogative royale,

the Crown, other than the Tax Court of Canada or any of its judges, any such body constituted or established by or under a law of a province or any such person or persons appointed under or in accordance with a law of a province or under section 96 of the *Constitution Act, 1867*;

[57] The language of this definition is broad. The PSIO is not excluded from the definition on the basis that he is only one person, or under any of the exceptions set out in the definition. In my opinion, the only question to be addressed in determining the status of the PSIO is whether, in conducting his investigation and issuing a final report, the PSIO was “exercising or purporting to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament or by or under an order made pursuant to a prerogative of the Crown.”

[58] All parties rely on the decision in *Puccini* in support of their submissions that the office of the PSIO meets the definition in subsection 2(1). In that case, the Court held that a supervisor acting pursuant to a Treasury Board harassment policy made under the authority of the *Financial Administration Act* was a federal board. In the present case, a similar question arises. Specifically, it is necessary to determine whether the PSIO as a federal investigative body acting pursuant to a Treasury Board disclosure policy made under the authority of the *Financial Administration Act* is a federal board. In my opinion, there is no basis to distinguish the present case from *Puccini*. I conclude that the PSIO fulfils the definition set forth in subsection 2(1) of the *Federal Courts Act* of a “federal board, commission or other tribunal”.

[59] This conclusion is also supported by the decision in *Gestion Complexe Cousineau (1989) Inc. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, [1995] 2 F.C. 694, where the Court of Appeal suggested that the words “powers conferred by or under an Act of Parliament” should be given a broad meaning.

[60] I turn now to the second issue relating to the jurisdiction of this Court, that is whether the report and

à l'exclusion de la Cour canadienne de l'impôt et ses juges, d'un organisme constitué sous le régime d'une loi provinciale ou d'une personne ou d'un groupe de personnes nommées aux termes d'une loi provinciale ou de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[57] Cette définition est formulée en termes larges. L'AIFP n'est pas exclu de la définition au motif qu'il n'est qu'une seule personne, ou qu'il est visé par l'une des exceptions énoncées dans la définition. À mon avis, la seule question à trancher afin de déterminer le statut de l'AIFP est de savoir si, en menant son enquête et en produisant un rapport final, l'AIFP « exerça[it] ou [était] censé exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale ou par une ordonnance prise en vertu d'une prerogative royale ».

[58] Toutes les parties se fondent sur la décision *Puccini* pour étayer leurs arguments que le bureau de l'AIFP répond à la définition du paragraphe 2(1). Dans cette affaire, la Cour a statué qu'un superviseur qui agit en vertu d'une politique sur le harcèlement du Conseil du Trésor prise en application de la *Loi sur la gestion des finances publiques* est un office fédéral. La présente affaire soulève une question semblable. Plus particulièrement, il est nécessaire de déterminer si l'AIFP, à titre d'organisme fédéral d'enquête agissant en vertu d'une politique sur la divulgation du Conseil du Trésor prise en application de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, est un office fédéral. À mon avis, il n'existe aucun fondement permettant d'établir une distinction entre la présente espèce et l'affaire *Puccini*. Je conclus que l'AIFP répond à la définition d'« office fédéral » énoncée au paragraphe 2(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[59] Cette conclusion trouve également appui dans l'arrêt *Gestion Complexe Cousineau (1989) Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux)*, 2 C.F. 694, dans laquelle la Cour d'appel a laissé entendre que les termes « pouvoirs prévus par une loi fédérale » devraient recevoir un sens large.

[60] J'examinerai maintenant la deuxième question concernant la compétence de la Cour : celle de savoir si

recommendations of the PSIO constitute a decision that is amenable to judicial review. The central issue in answering this question is whether the report and recommendations affect a party's substantive rights or carry legal consequences.

[61] In *Jada Fishing*, the Federal Court of Appeal adjudicated an appeal from an order dismissing an application for judicial review of a decision by the Groundfish Panel of the Pacific Region Licence Appeal Board, as adopted by the Minister of Fisheries and Oceans. The initial decision dealt with the appellants' allocated individual vessel "quotas" for a fishing licence.

[62] The Court of Appeal held that the decision of the Panel was not *prima facie* reviewable because the Panel [at paragraph 12] "was without statutory authority and merely made recommendations which the Minister was entitled to accept or reject." Ultimately, the Court did review the Panel's recommendations but only in so far as they were "inexorably connected" to the Minister's final decision that was made pursuant to section 7 of the *Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14.

[63] In my view, in *Jada Fishing* the Federal Court of Appeal determined that the Panel's recommendations and report were not reviewable primarily on the basis that they did not fall within the scope of reviewable matters set out in section 18 of the *Federal Courts Act*. The Court's observation that the Panel "merely made recommendations which the Minister was entitled to accept or reject" is central to its conclusion that those recommendations were not, in and of themselves, subject to judicial review.

[64] In *Larny Holdings*, this Court concluded that the decision of a Health Canada manager was subject to judicial review where the subject of the application for judicial review was a "direction" issued to the operator of a chain of convenience stores. The direction at issue

le rapport et les recommandations de l'AIFP constituent une décision susceptible de contrôle judiciaire. Pour répondre à cette question, il est essentiel de se demander si le rapport et les recommandations touchent aux droits substantiels d'une partie ou entraînent des conséquences juridiques.

[61] Dans l'arrêt *Jada Fishing*, la Cour d'appel fédérale s'est prononcée sur une ordonnance rejetant une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la formation responsable du poisson de fond de la Commission d'appel des permis du Pacifique, adoptée par le ministre des Pêches et des Océans. La décision initiale portait sur les « quotas » individuels de bateau alloués aux appelantes pour leur permis de pêche.

[62] La Cour d'appel a statué que la décision de la formation n'était pas, de par sa nature, susceptible de contrôle parce que la formation [au paragraphe 12] « n'avait pas cette compétence en vertu de la loi et elle a simplement formulé des recommandations que le ministre était en droit d'accepter ou de rejeter ». En fin de compte, la Cour a examiné les recommandations de la formation, mais seulement afin de déterminer si elles étaient « inexorablement liée[s] » à la décision définitive du ministre rendue en vertu de l'article 7 de la *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14.

[63] À mon avis, dans l'arrêt *Jada Fishing*, la Cour d'appel fédérale a déterminé que les recommandations et le rapport de la formation n'étaient pas susceptibles de contrôle principalement parce qu'ils n'étaient pas visés par les affaires susceptibles de contrôle prévues à l'article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales*. L'observation de la Cour selon laquelle la formation « a simplement formulé des recommandations que le ministre était en droit d'accepter ou de rejeter » constitue l'élément central sur lequel repose sa conclusion que ces recommandations n'étaient pas, en elles-mêmes, susceptibles de contrôle judiciaire.

[64] Dans la décision *Larny Holdings*, la Cour a conclu que la décision d'un gestionnaire de Santé Canada était susceptible de contrôle judiciaire étant donné que l'objet de la demande de contrôle judiciaire était une « directive » destinée à l'exploitant d'une

set out Health Canada's position that section 29 of the *Tobacco Act*, S.C. 1997, c. T-13 prohibits vendors from offering cash rebates on the purchase of multiple packs of cigarettes or other tobacco products. In holding that the decision was reviewable, this Court emphasized that a broad range of matters are subject to review pursuant to section 18 of the *Federal Courts Act*.

[65] However, the Court was equally clear that the scope of matters subject to judicial review under section 18 of the Act does not extend to all decisions, orders, Acts or proceedings by federal boards, commissions and tribunals. Rather, it suggested that those decisions and orders that [at paragraph 18] "determine a party's rights" will be subject to judicial review. With respect to the matter before it, the Court explained at paragraphs 24-25 how the decision at issue did determine a party's rights:

The direction sent by the respondents is, in my view, coercive, in that the purpose thereof is to threaten the applicant to immediately stop selling the multi-packs, failing which a charge would be laid and criminal prosecution might be commenced. I have no doubt that what the respondents hoped for was what in fact happened, i.e. that the applicant would stop selling multi-packs so as to avoid criminal prosecution. As I have already indicated, the applicant's decision to stop selling multi-packs has resulted in financial loss.

I am therefore of the view that the letter sent by Mr. Zawilinski is a "decision, order, act or proceeding" and is reviewable by this Court. I also have no hesitation in concluding that in sending the direction, Mr. Zawilinski was a "federal board, commission or other tribuna" within the meaning of subsection 2(1) of the Act. . . .

[66] Similarly, the result in *Rothmans* seemed to turn on the determination of whether the decision at issue meaningfully affected the party's substantive rights. That case involved a motion to strike an originating notice of motion, which in turn was seeking an order quashing an advance tax ruling issued by the Department of Revenue. The Court was of the view that the advance tax ruling did not have any meaningful

chaîne de dépanneurs. La directive en cause énonçait la position prise par Santé Canada, selon laquelle l'article 29 de la *Loi sur le tabac*, L.C. 1997, ch. T-13, interdit aux détaillants d'offrir des rabais à l'achat de plusieurs paquets de cigarettes ou de produits du tabac. En affirmant que la décision était susceptible de contrôle, la Cour a souligné qu'une grande gamme de questions sont susceptibles de contrôle judiciaire en vertu de l'article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[65] Toutefois, la Cour a aussi clairement indiqué que l'étendue des questions susceptibles de contrôle judiciaire en vertu de l'article 18 de la Loi ne couvre pas toutes les décisions, ordonnances, procédures ou autres actes d'un office fédéral. Elle a plutôt laissé entendre que les décisions et ordonnances qui [au paragraphe 18] « déterminent les droits d'une partie » seront susceptibles de contrôle judiciaire. En ce qui concerne la question dont elle était saisie, la Cour a expliqué aux paragraphes 24 et 25 comment la décision en cause a déterminé les droits d'une partie :

La directive envoyée par les défendeurs est à mon avis coercitive, et son but consiste à menacer le demandeur afin qu'il arrête immédiatement de vendre des multi-emballages à défaut de quoi une accusation serait portée, et une poursuite au criminel pourrait être intentée. Je suis convaincu que les défendeurs espéraient que se produise ce qui s'est effectivement produit, c'est-à-dire que le demandeur arrête de vendre des multi-emballages afin d'éviter une poursuite au criminel. Comme je l'ai déjà mentionné, la décision du demandeur d'arrêter de vendre des multi-emballages lui a causé des pertes d'argent.

Je suis donc d'avis que la lettre envoyée par M. Zawilinski constitue une « décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte » et qu'elle est susceptible d'examen par la Cour. Je n'ai également aucune hésitation à conclure qu'en envoyant la directive, M. Zawilinski était un « offic fédéral » au sens du sous-paragraphe 2(1) de la Loi [. . .]

[66] De même, l'issue de la décision *Rothmans* semble centré sur la question de savoir si la décision en cause touchait de façon significative les droits substantiels de la partie concernée. Cette affaire portait sur une requête visant à faire annuler un avis de requête introductive d'instance, laquelle avait été présentée afin d'obtenir une ordonnance annulant une décision fiscale anticipée rendue par le ministère du Revenu. La Cour

effect on the applicant's rights and said the following at paragraph 28:

The advance ruling does not grant or deny a right, nor does it have any legal consequences. . . . It does not have the legal effect of settling the matter or purport to do so. It is at the most a non-binding opinion. Moreover, there is no evidence that any tax has been levied on a product corresponding to the prototype of the product in the advance ruling. [References omitted.]

At paragraph 29, the Court went on to conclude "that the ruling in the letter from Revenue is not a 'decision' within the meaning of section 18.1 of the *Federal Court Act*."

[67] In the present case, the policy was adopted pursuant to subsection 11(2) of the *Financial Administration Act*. The focus of the policy is described in its preamble which explains that public servants are to balance their duty of loyalty to their employer and the public interest in using government information with making disclosures of wrongdoing in accordance with the policy. Under the policy, the PSIO's mandate is to "act as a neutral entity on matters of internal disclosure."

[68] However, at the end of the process, the PSIO is authorized only to make recommendations with respect to findings of wrongdoing. These recommendations are non-binding on the deputy head of the department involved, who is the actor that holds the actual decision-making authority. The PSIO's final report and recommendations do not determine the applicant's substantive rights or carry legal consequences as required by the jurisprudence, and are thus not matters subject to judicial review.

[69] The applicant has argued that the policy is without value if the PSIO is unable to give effect to the results of an investigation into wrongdoing in the workplace. The utility or the impotence of a government policy, as the case may be, is a subject beyond review by this Court. In this regard, I refer to *Carpenter Fishing*

était d'avis que la décision fiscale anticipée n'avait pas d'effet significatif sur les droits de la requérante et a déclaré ce qui suit au paragraphe 28 :

La décision anticipée n'a pour effet ni d'accorder ni de refuser un droit, et n'entraîne aucune conséquence juridique [. . .] Juridiquement, ce type de mesure n'a pas pour effet de régler la question et ce n'est d'ailleurs pas son objet. Il s'agit, tout au plus, d'un avis n'ayant aucune force obligatoire. D'ailleurs, rien n'indique qu'un produit correspondant au prototype dont il est question dans la décision anticipée ait été taxé. [Citations omises.]

Au paragraphe 29, la Cour a poursuivi en concluant « que la décision exposée dans la lettre de Revenu Canada n'est pas une "décision" au sens de l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale* ».

[67] En l'espèce, la politique a été adoptée en vertu du paragraphe 11(2) de la *Loi sur la gestion des finances publiques*. L'élément central de la politique est exposé dans son préambule qui explique que les fonctionnaires doivent établir un équilibre entre leur devoir de loyauté envers leur employeur et l'intérêt public lorsqu'ils utilisent des renseignements gouvernementaux dans la divulgation d'actes fautifs conformément à la politique. Aux termes de la politique, le mandat de l'AIFP est « d'agir à titre d'entité neutre dans les affaires de divulgation interne ».

[68] Toutefois, à l'issue du processus, l'AIFP n'est autorisé qu'à faire des recommandations portant sur les conclusions d'actes fautifs. Ces recommandations ne lient pas l'administrateur général du ministère visé, lequel détient le véritable pouvoir décisionnel. Le rapport final et les recommandations de l'AIFP ne déterminent pas les droits substantiels du demandeur ni n'entraînent des conséquences juridiques comme l'exige la jurisprudence; ils ne sont donc pas susceptibles de contrôle judiciaire.

[69] Le demandeur a fait valoir que la politique n'a aucune valeur si l'AIFP n'est pas en mesure de donner effet aux résultats d'une enquête sur des actes fautifs commis en milieu de travail. L'utilité ou l'impuissance d'une politique gouvernementale, selon le cas, est un sujet qui échappe au contrôle de la Cour. À cet égard, je

Corp. v. Canada, [1998] 2 F.C. 548 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, [1999] S.C.C.A. No. 349 (QL), and *Girard v. Canada* (1994), 79 F.T.R. 219 (F.C.T.D.). Accordingly, this application for judicial review cannot succeed.

[70] Nonetheless, I question whether the investigation conducted by the PSIO in this case met the standards of procedural fairness. Representatives of the IRB were intimately involved in the investigation undertaken by the PSIO in 2004. The active involvement of the IRB is demonstrated in certain e-mails and file memoranda. As illustration, an e-mail dated March 26, 2004 from counsel for the PSIO to certain members of the PSIO office reads:

Judith:

As discussed, you will find attached a summary of our (André and I) telephone conversation with Paul Aterman, General Counsel, IRB. The approach would be similar to DIAND where they will contract out the investigation of allegations 1 to 5, allowing PSIO (Judith) to meet with the investigator, review the terms of reference, and obtain progress report. On the other allegations 6 to 10, I indicated to Mr. Aterman that although Mr. Pieters had file [*sic*] an harassment complaint and an investigation under the Harassment Policy is being conducted, the PSIO still has to make a determination on the allegations of reprisal. They initially thought that PSIO would not deal with those allegations. I mentioned that Judith is reviewing them and will most probably need additional information from IRB and Pieters.

[71] In a later e-mail dated March 26, 2004 to certain members of the Public Service Integrity Office, counsel for the PSIO states:

Judith:

As discussed, IRB has to decide fairly quickly how to act with respect to the first 5 allegations to correct the breach of natural

renvoie aux décisions *Carpenter Fishing Corp. c. Canada*, [1998] 2 C.F. 548 (C.A.), autorisation de pourvoi devant la C.S.C. refusée, [1999] S.C.C.A. n° 349 (QL), et *Girard c. Canada*, [1994] A.C.F. n° 420 (1^{re} inst.) (QL). La présente demande de contrôle judiciaire ne peut donc être accueillie.

[70] Néanmoins, je me demande si l'enquête menée par l'AIFP dans la présente affaire satisfait aux normes de l'équité procédurale. Des représentants de la CISR ont participé étroitement à l'enquête menée par l'AIFP en 2004. La participation active de la CISR est établie par des courriels et des notes de service. À titre d'exemple, voici un courriel daté du 26 mars 2004 que le conseiller juridique de l'AIFP adressait à certains membres du Bureau de l'intégrité de la fonction publique :

[TRADUCTION]

Judith,

Tel que discuté, je vous envoie en pièce jointe un résumé de notre (André et moi) conversation téléphonique avec Paul Aterman, avocat général, à la CISR. La façon de faire serait semblable à celle du MAIN, qui est de donner en sous-traitance l'enquête portant sur les allégations 1 à 5, ce qui permettra à l'AIFP (Judith) de rencontrer l'enquêteur, d'examiner son mandat et d'obtenir un rapport d'étape. Quant aux allégations 6 à 10, j'ai indiqué à M. Aterman que même si M. Pieters avait déposé une plainte de harcèlement et qu'une enquête était menée en vertu de la politique sur le harcèlement, l'AIFP doit quand même rendre une décision sur les allégations de représailles. Ils ont d'abord cru que l'AIFP ne traiterai pas de ces allégations. J'ai mentionné que Judith les examine et qu'elle aura probablement besoin de renseignements supplémentaires de la part de la CISR et de M. Pieters.

[71] Dans un courriel ultérieur, en date du 26 mars 2004, adressé à certains membres du Bureau de l'intégrité de la fonction publique, le conseiller juridique de l'AIFP a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION]

Judith,

Tel que discuté, la CISR doit décider assez rapidement comment elle donnera suite aux cinq premières allégations

justice, if any. Once that is agreed on both sides (PSIO and IRB), we will have to communicate this to Mr. Pieters. This is, in my opinion, what we may want to discuss at the next Monday meeting.

[72] Counsel for the PSIO expressed some concerns about respect for procedural fairness, as is reflected from the following e-mail to the executive director of the Public Service Integrity Office and a senior investigator of the Public Service Integrity Office dated April 14, 2004, as follows:

Dear Judith and Pierre,

Martine and I discussed the request submitted by Jean Bélanger, DG, HR, IRB to receive a copy of M. Pieters' letter dated April 5 and enclosures. I fully agree with Martine that it would be unwise to agree to this request without first determining the relevance of the documents submitted by M. Pieters in the course of our investigation. Any hasty reply to the IRB request could tarnish the PSIO's reputation. Once the relevance of these documents has been established, a determination will have to be made as to whether or not the PSIO requires M. Pieters' consent to disclose the documents. In some cases, the rules of natural justice and procedural fairness would not require M. Pieters' consent; however, in other cases, especially those involving his private information, his consent may be required. We will only be able to make that determination as the investigation progresses and following and assessment of each document and of the information contained therein. Our process would therefore not be submitted to the will of the Board, in a similar way to what was decided with the Ratushny inquiry.

[73] In an earlier e-mail to counsel for the Public Service Integrity Office dated March 29, 2004, a senior investigator at the Public Service Integrity Office stated:

Before we make any agreement with the IRB I would like us to have had the chance to speak to Mr. Pieters about this and his other allegations, if only to make contact with him and hear him out a bit. As well, providing him with an indication that we have agreed with the IRB on anything, before we have had the chance to discuss his case, may not appear to him as though we are acting in a neutral fashion. I know that the

afin de pallier le manquement à la justice naturelle, le cas échéant. Une fois que les deux parties (l'AIFP et la CISR) se seront entendues sur ce point, nous communiquerons la décision à M. Pieters. À mon avis, nous devrions en discuter à la réunion de lundi prochain.

[72] Le conseiller juridique de l'AIFP a exprimé des inquiétudes concernant l'équité procédurale, tel qu'en fait foi le courriel suivant adressé au directeur exécutif de l'AIFP et à l'enquêtrice principale de l'AIFP le 14 avril 2004 :

[TRADUCTION]

Bonjour Judith et Pierre,

Martine et moi avons discuté de la demande de Jean Bélanger, DG, RH, CISR, pour obtenir une copie de la lettre de M. Pieters en date du 5 avril et des pièces jointes. Or, je suis tout à fait d'accord avec Martine qu'il serait dangereux de répondre positivement à cette demande sans avoir préalablement déterminé de la pertinence des documents soumis par M. Pieters dans le cadre de notre enquête. Tout [sic] réponse hâtive à la demande du CISR [sic] pourrait entacher la crédibilité de l'AIFP. Lorsque la détermination de la pertinence des documents sera établie, par la suite, il faudra considérer si l'AIFP a besoin du consentement de M. Pieters avant de communiquer les documents. Dans certains cas, les règles de justice naturelle et l'équité procédurale nous permettront de passer outre au consentement de M. Pieters, dans d'autres cas, par contre, surtout s'il s'agit d'information personnelle le concernant, son consentement pourrait être requis. Mais nous ne pourrons faire cette détermination que lorsque l'enquête sera plus avancée et suite à un examen de chacun des documents et de l'information qui y est contenue. Ainsi, nous ne soumettons pas notre processus à la volonté de la Commission, un peu comme il fut décidé pour l'enquête du Professeur Ratushny.

[73] Dans un courriel précédent adressé au conseiller juridique de l'AIFP le 29 mars 2004, un enquêteur principal de l'AIFP a écrit ce qui suit :

[TRADUCTION]

Avant de conclure une entente avec la CISR, j'aimerais que nous ayons eu l'occasion de nous entretenir avec M. Pieters de ce sujet et de ses autres allégations, si ce n'est que pour établir le contact avec lui et l'entendre un peu. De plus, si nous lui donnons l'impression d'avoir convenu quoi que ce soit avec la CISR, avant d'avoir eu la chance de discuter de son dossier, il pourrait lui sembler que nous n'agissons pas de manière

media circus adds pressure to these types of cases, however, acting prematurely and not allowing us to examine the allegations before acting may place us in a vulnerable position — i.e. having to defend the basis for our actions or acting outside of our established procedures.

[74] As well, the applicant referred to an e-mail, dated May 25, 2005, from the PSIO to Ms. Judith Buchanan, Senior Investigator with the Public Service Integrity Office which reads as follows:

I don't take at all kindly to yet another response from Pieters when he has already submitted his response to the preliminary draft and we considered all those points in the final version about be [*sic*] completed, with one more issue to be settled by your forthcoming [*sic*] trip to Toronto.

I am therefore not inclined to respond or consider all these additional points. He had his opportunity and we cannot keep re-opening his case and revising our report.

He has already practically tied up all our limited resources for months and I consider that the final report deals comprehensively [*sic*] and fairly with all the issues that can reasonably be considered relevant and within my jurisdiction.

Let's see if we can wrap the report up very soon before we receive yet more second, third and fourth thoughts from him.

[75] This expression of frustration by the Public Service Integrity Office may not, by itself, be sufficient to support a finding of breach of procedural fairness. However, in my opinion, the cumulative effect of the various communications noted above, together with this e-mail, casts doubt on the degree of impartiality with which this investigation was ultimately conducted.

[76] Notwithstanding these concerns, the above conclusions on jurisdiction are determinative and this application for judicial review is dismissed.

VI. Costs

[77] If the applicant and the respondent cannot agree on costs, they may make brief submissions on the matter

neutre. Je sais que le cirque médiatique ajoute de la pression dans ce genre d'affaires; toutefois, si nous agissons prématurément et ne prenons pas le temps d'examiner les allégations avant d'agir, nous pourrions nous retrouver dans une position vulnérable — c.-à-d. qui serait de justifier le bien-fondé de nos actes ou la décision d'agir au-delà de nos procédures établies.

[74] En outre, le demandeur a mentionné un courriel daté du 25 mai 2005, de l'AIFP à M^{me} Judith Buchanan, enquêteuse principale de l'AIFP, qui affirme ce qui suit :

[TRADUCTION]

Je n'accepte pas du tout de bonne grâce cette autre réponse de M. Pieters vu qu'il a déjà présenté sa réponse au rapport préliminaire, que nous avons pris en considération tous ces points dans la version finale qui est presque terminée, et qu'il ne reste qu'une question à régler au cours de votre prochain voyage à Toronto.

Je ne suis donc pas disposée à répondre à tous ces points additionnels ni à en tenir compte. Il a déjà eu l'occasion de se faire entendre et nous ne pouvons pas constamment rouvrir son dossier et réviser notre rapport.

Il a déjà pratiquement monopolisé toutes nos ressources limitées pendant des mois et je suis d'avis que le rapport final traite de façon exhaustive et équitable de toutes les questions qui peuvent raisonnablement être jugées pertinentes et qui relèvent de ma compétence.

Voyons voir si nous pouvons terminer le rapport très bientôt avant de recevoir d'autres réflexions, doutes ou questions de sa part.

[75] La frustration exprimée par l'AIFP n'est peut-être pas, en soi, suffisante pour appuyer une conclusion de manquement à l'équité procédurale. Toutefois, à mon avis, l'effet cumulatif des diverses communications susmentionnées, ainsi que ce courriel, m'amènent à douter du degré d'impartialité avec lequel cette enquête a été menée.

[76] Malgré ces préoccupations, les conclusions susmentionnées sur la compétence sont déterminantes et la présente demande de contrôle judiciaire est rejetée.

VI. Dépens

[77] Si le demandeur et le défendeur ne peuvent s'entendre sur les dépens, ils peuvent présenter de

according to the following schedule:

(i) The applicant shall serve and file his submissions on costs within two weeks of the date of this order;

(ii) The respondent shall serve and file his submissions within ten days of the receipt of the applicant's submissions; and

(iii) The applicant may file a brief reply within five days of receipt of the respondent's submissions.

[78] There shall be no costs for or against the intervener.

ORDER

The application for judicial review is dismissed. If the parties cannot agree on costs, submissions may be made in accordance with the schedule outlined in paragraph 77 of the reasons for order.

brèves observations sur le sujet selon le calendrier suivant :

i) le demandeur doit signifier et déposer ses observations concernant les dépens dans les deux semaines suivant la date de la présente ordonnance;

ii) le défendeur doit signifier et déposer ses observations concernant les dépens dans les dix jours suivant la réception des observations du demandeur;

iii) le demandeur peut déposer une brève réponse dans les cinq jours suivant la réception des observations du défendeur.

[78] Je n'adjugerai aucuns dépens en faveur de l'intervenant ou contre celui-ci.

ORDONNANCE

La demande de contrôle judiciaire est rejetée. Si les parties ne parviennent pas à s'entendre sur les dépens, elles peuvent déposer leurs observations conformément au calendrier établi au paragraphe 77 des motifs de l'ordonnance.

2007 FC 725
IMM-6266-06
IMM-6267-06

2007 CF 725
IMM-6266-06
IMM-6267-06

Eric Hernandez (*Applicant*)

Eric Hernandez (*demandeur*)

v.

c.

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

Le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (*défendeur*)

INDEXED AS: HERNANDEZ v. CANADA (MINISTER OF PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS) (F.C.)

RÉPERTORIÉ : HERNANDEZ c. CANADA (MINISTRE DE LA SÉCURITÉ PUBLIQUE ET DE LA PROTECTION CIVILE) (C.F.)

Federal Court, Hughes J.—Winnipeg, July 4; Toronto, July 6, 2007.

Cour fédérale, juge Hughes—Winnipeg, 4 juillet; Toronto, 6 juillet 2007.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Judicial review of enforcement officer's decision to report applicant under Immigration and Refugee Protection Act, s. 44(1) as inadmissible on grounds of serious criminality, Minister's delegate's decision referring applicant to admissibility hearing — Report, decision sent to applicant, but further document entitled "Recommendation", prepared for Minister's delegate, not sent — Creation of Recommendation, fact sent to Minister's delegate, relevance to report raising requirement to provide it to applicant prior to admissibility hearing — Procedural fairness breached — Application allowed; not necessary to review referral decision — Question certified as to what constitutes Act, s. 44(1) report, disclosure requirements relating thereto.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Contrôle judiciaire de la décision de l'agent d'exécution d'établir un rapport conformément à l'art. 44(1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés indiquant que le demandeur est interdit de territoire pour grande criminalité et de la décision du délégué du ministre de déférer l'affaire pour enquête — Le rapport et la décision ont été communiqués au demandeur, mais un autre document intitulé « Recommandation » préparé pour le délégué du ministre, n'a pas été communiqué au demandeur — Étant donné que la recommandation a été préparée, qu'elle a été communiquée au délégué du ministre et qu'elle était pertinente pour le rapport, elle aurait dû être transmise au demandeur avant l'enquête — Manquement à l'obligation d'équité procédurale — Demande accueillie; il n'était pas nécessaire d'instruire la demande relative à la décision de déférer l'affaire — La question de savoir en quoi doit consister le rapport prévu à l'art. 44(1) de la Loi et dans quels cas les documents qui font partie de ce rapport doivent être communiqués a été certifiée.

Administrative Law — Judicial Review — Grounds of Review — Procedural fairness requiring that once document relevant to report on inadmissibility under Immigration and Refugee Protection Act, s. 44(1) created, delivered to Minister's delegate, cannot be withheld from applicant.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Motifs — Selon l'obligation d'équité procédurale, dès qu'un document qui est pertinent pour le rapport prévu à l'art. 44(1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés est préparé et communiqué au délégué du ministre, il doit être communiqué au demandeur.

Construction of Statutes — Immigration and Refugee Protection Act, s. 44(1) — Immigration guidelines, case law considered to determine required content of report on inadmissibility under s. 44(1).

Interprétation des lois — Art. 44(1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — Examen des lignes directrices de Citoyenneté et Immigration Canada et de la jurisprudence pour établir le contenu du rapport relatif à l'interdiction de territoire prévu à l'art. 44(1).

These were applications for judicial review of an enforcement officer's decision to report the applicant under subsection 44(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act* as inadmissible on grounds of serious criminality (IMM-6266-06), and of the decision of the Minister's delegate to refer the applicant to an admissibility hearing under subsection 44(2) of the Act (IMM-6267-06). The report was sent to the applicant along with the decision to refer him to an admissibility hearing. However, the officer who had prepared the report had also prepared a further document for the Minister's delegate entitled "Recommendation". This document, which contained a detailed consideration of the applicant's circumstances along with a number of appendixes, was not disclosed to the applicant. At issue was whether this "Recommendation" formed part of the subsection 44(1) report and whether it should have been disclosed to the applicant.

Held, the application in IMM-6266-06 should be allowed. It is unnecessary to consider the application in IMM-6267-06.

Neither the Act nor the *Immigration and Refugee Protection Regulations* specify what a report under subsection 44(1) should contain. That subsection requires that the report set out "the relevant facts." Section 12.1 of the Citizenship and Immigration guidelines provides that all reports "must include a narrative that justifies the inadmissibility opinion and cites the facts upon which the opinion is based." The report herein met these requirements. However, the officer prepared and delivered to the Minister's delegate not only the report, but also the detailed "Recommendation". No breach of procedural fairness would have occurred if this document had not been created. However, once the Recommendation was created, delivered to the Minister's delegate, and given its relevance to the report, it should have been provided to the applicant prior to the admissibility hearing, especially in light of the specific request for reasons made by the applicant's lawyer.

It was unnecessary to consider the decision to refer the applicant to an admissibility hearing. A question was certified as to what constitutes the report under subsection 44(1) of the Act, whether that material should be given to an applicant and if so, when?

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 36(1)(a), 44(1), (2), 45(d).

Il s'agissait de demandes de contrôle judiciaire de la décision de l'agent d'exécution d'établir un rapport conformément au paragraphe 44(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la Loi) indiquant que le demandeur est interdit de territoire pour grande criminalité (IMM-6266-06) et de la décision du délégué du ministre de déférer l'affaire à la Section de l'immigration pour enquête en vertu du paragraphe 44(2) de la Loi (IMM-6267-06). Le rapport a été communiqué au demandeur avec la décision de déférer l'affaire pour enquête. Cependant, l'agent qui a préparé le rapport a aussi communiqué au délégué du ministre un autre document intitulé « Recommandation ». Ce document, qui renfermait un examen détaillé de la situation du demandeur ainsi que de nombreuses annexes, n'a pas été communiqué au demandeur. La question à trancher était celle de savoir si cette « Recommandation » faisait partie du rapport prévu au paragraphe 44(1) et s'il aurait dû être communiqué au demandeur.

Jugement : la demande IMM-6266-06 doit être accueillie; il n'était pas nécessaire d'instruire la demande IMM-6267-06.

Ni la Loi ni le *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* ne précisent en quoi doit consister le rapport prévu au paragraphe 44(1). Ce paragraphe exige que le rapport soit « circonstancié ». Selon le paragraphe 12.1 des lignes directrices de Citoyenneté et Immigration Canada, tous les rapports « doivent comprendre un exposé des faits justifiant l'avis d'interdiction et indiquant les faits sur lesquels cet avis se fonde ». Le rapport en l'espèce était conforme à ces conditions. Toutefois, l'agent a établi et communiqué au délégué du ministre non seulement le rapport, mais aussi une « Recommandation » détaillée. Il n'y aurait pas eu de manquement à l'obligation d'équité procédurale si ce document n'avait pas été créé. Cependant, étant donné que la recommandation a été préparée, qu'elle a été communiquée au délégué du ministre et qu'elle était pertinente pour le rapport, elle aurait dû être transmise au demandeur avant l'enquête, surtout que l'avocat du demandeur avait expressément demandé communication des motifs.

Il n'était pas nécessaire d'instruire la demande relative à la décision de déférer l'affaire pour enquête. La question de savoir en quoi doit consister le rapport prévu au paragraphe 44(1) de la Loi et dans quels cas, s'il en est, doit-on communiquer les documents qui font partie de ce rapport au demandeur a été certifiée.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 36(1)a), 44(1), (2), 45d).

Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227.
Teachers' Federation Act (The), R.S.S. 1978, c. T-7, s. 37(c).

Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227.
Teachers' Federation Act (The), R.S.S. 1978, c. T-7, art. 37c.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Hernandez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2006] 1 F.C.R. 3; (2005), 271 F.T.R. 257; 45 Imm. L.R. (3d) 249; 2005 FC 429; *Lee v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2006), 54 Imm. L.R. (3d) 145; 2006 FC 158; *Spencer v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2006), 298 F.T.R. 267; 2006 FC 990.

CONSIDERED:

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; *Cha v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 F.C.R. 409; (2006), 267 D.L.R. (4th) 324; 42 Admin. L.R. (4th) 204; 53 Imm. L.R. (3d) 1; 349 N.R. 233; 2006 FCA 126; revg [2005] 2 F.C.R. 503; (2004), 25 Admin. L.R. (4th) 198; 258 F.T.R. 54; 46 Imm. L.R. (3d) 27; 2004 FC 1507; *Casavant v. Saskatchewan Teachers' Federation*, [2005] 6 W.W.R. 31; (2005), 262 Sask. R. 195; 2005 SKCA 52; *VIA Rail Canada Inc. v. National Transportation Agency*, [2001] 2 F.C. 25; (2000), 26 Admin. L.R. (3d) 1; 261 N.R. 184 (C.A.).

AUTHORS CITED

Citizenship and Immigration Canada. *Enforcement Manual (ENF)*. Chapter ENF 5: Writing 44(1) Reports, online: <<http://www.cic.gc.ca/english/resources/manuals/enf/enf05e.pdf>>.
Nouveau Petit Robert: dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. Paris: Dictionnaires Le Robert, 1996, "circonstancié".

APPLICATION for judicial review of the decision to report the applicant under subsection 44(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act* as inadmissible on grounds of serious criminality, and to refer applicant to an admissibility hearing. First application allowed; secon application not dealt with.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Hernandez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2006] 1 R.C.F. 3; 2005 CF 429; *Lee c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 158; *Spencer c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 990.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 2 R.C.S. 817; *Cha c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 1 R.C.F. 409; 2006 CAF 126; infirmant [2005] 2 R.C.F. 503; 2004 CF 1507; *Casavant v. Saskatchewan Teachers' Federation*, [2005] 6 W.W.R. 31; (2005), 262 Sask. R. 195; 2005 SKCA 52; *VIA Rail Canada Inc. c. Office national des transports*, [2001] 2 C.F. 25 (C.A.).

DOCTRINE CITÉE

Citoyenneté et Immigration Canada. *Guide de l'exécution de la loi (ENF)*. Chapitre ENF 5 : Rédaction des rapports en vertu du L44(1), en ligne : <<http://www.cic.gc.ca/français/ressources/guides/enf/enf05f.pdf>>.
Nouveau Petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. Paris : Dictionnaires Le Robert, 1996, « circonstancié ».

DEMANDES de contrôle judiciaire de la décision d'établir un rapport conformément au paragraphe 44(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* indiquant que le demandeur est interdit de territoire pour grande criminalité et de la décision de déférer l'affaire à la Section de l'immigration pour enquête. La première demande a été accueillie; la deuxième demande n'a pas été instruite.

APPEARANCES:

David Matas for applicant.
Aliyah Rahaman for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

David Matas, Winnipeg, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

[1] HUGHES J.: The applicant, Eric Hernandez is an adult male citizen of the Philippines. He arrived in Canada when he was 12 years old and was granted landed immigrant status on June 14, 1989. He is classified as a permanent resident. On September 3, 2003, the applicant was convicted of an indictable offence, trafficking drugs, and was sentenced to 30 months' imprisonment.

[2] On August 10, 2004, the applicant was deported to the Philippines. The decision to deport him involved the provisions of subsections 44(1) and (2) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the IRPA). Judicial review of the decision involving subsection 44(1) was taken. As a result the subsection 44(1) report was set aside by a determination of this Court in *Hernandez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] 1 F.C.R. 3 (F.C.). The Applicant returned to Canada on November 1, 2005, and was given a permanent resident interview by the Canada Border Services Agency on December 6, 2005. Further submissions were made by the applicant's lawyer on December 28, 2005. Yet further submissions from the applicant were received shortly thereafter.

[3] On February 7, 2006, an enforcement officer of Canada Border Services Agency made what the respondent characterizes as a report under subsection 44(1) of the IRPA stating that the applicant was inadmissible to Canada pursuant to paragraph 36(1)(a)

ONT COMPARU :

David Matas pour le demandeur.
Aliyah Rahaman pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

David Matas, Winnipeg, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE HUGHES : Le demandeur, M. Eric Hernandez, est un citoyen philippin de sexe masculin et d'âge adulte. Il est arrivé au Canada à l'âge de 12 ans et y a obtenu le droit d'établissement le 14 juin 1989. Il a le statut de résident permanent. Le 3 septembre 2003, il a été déclaré coupable d'une infraction punissable par mise en accusation, soit le trafic de stupéfiants, et a été condamné à une peine d'emprisonnement de 30 mois.

[2] Le 10 août 2004, le demandeur a été expulsé vers les Philippines, à la suite de décisions rendues respectivement sous le régime des paragraphes 44(1) et (2) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR). M. Hernandez a alors demandé le contrôle judiciaire de la décision relevant du paragraphe 44(1). À l'issue de cette demande, la Cour a annulé, dans la décision *Hernandez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] 1 R.C.F. 3 (C.F.), le rapport établi sous le régime du paragraphe 44(1). Le demandeur est revenu au Canada le 1^{er} novembre 2005, et l'Agence des services frontaliers du Canada lui a fait passer une entrevue relative à la résidence permanente le 6 décembre 2005. L'avocat du demandeur a présenté des observations supplémentaires le 28 décembre 2005. Le demandeur a en outre déposé peu après de nouvelles observations.

[3] Le 7 février 2006, un agent d'exécution de l'Agence des services frontaliers du Canada a établi ce que le défendeur décrit comme étant un rapport relevant du paragraphe 44(1) de la LIPR, rapport selon lequel le demandeur était interdit de territoire au Canada en vertu

of the IRPA. The “report” said:

In accordance with subsection 44(1) of the Immigration and Refugee Protection Act, I hereby report that:

Eric [M]agpantay Hernandez Born 06 Jan 1973 in Philippines

Is a person who is:

A permanent resident

And who, in my opinion is inadmissible pursuant to:

Paragraph 36(1)(a) in that there are reasonable grounds to believe is a permanent resident or a foreign national who is inadmissible on grounds of serious criminality for having been convicted in Canada of an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years.

This report is based on the following information:

That Eric Magpantay Hernandez:

- Is a permanent resident in that he was granted landed immigrant status on 14 June 1985 at Winnipeg International Airport;

- Was convicted by indictment on 08 September 2003 at Winnipeg, Manitoba of possession for purpose of trafficking contrary to section 5(2) of the Controlled Drugs and Substance[s] Act for which a term of imprisonment of 30 months was imposed and for which a term of life imprisonment may be imposed

[4] This “report” was not sent to the applicant or his lawyer until October 23, 2006, at which time a “disclosure package” was sent to the applicant and his lawyer which package contained among other things, the subsection 44(1) “report” of February 7, 2006. The reason for delivering the disclosure package to the applicant was that on June 19, 2006 the Minister’s delegate had made a decision under subsection 44(2) of the IRPA that an admissibility hearing should be held to

de l’alinéa 36(1)a) de la même Loi. Ce « rapport » était libellé comme suit :

[TRADUCTION]

En vertu du paragraphe 44(1) de la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés, je signale que la personne suivante :

Eric [M]agpantay Hernandez, née le 6 janvier 1973 aux Philippines,

qui a qualité :

De résident permanent,

est, à mon avis, interdite de territoire en vertu du :

Paragraphe 36(1)a), parce qu’il y a des motifs raisonnables de croire qu’elle tombe sous le coup de l’interdiction de territoire pour grande criminalité dont font l’objet les résidents permanents ou les étrangers déclarés coupables au Canada d’une infraction à une loi fédérale punissable d’un emprisonnement maximal d’au moins dix ans.

Le présent rapport a été établi sur la foi des renseignements suivants, selon lesquels :

Eric Magpantay Hernandez :

- Est résident permanent, ayant obtenu le droit d’établissement le 14 juin 1985 à l’aéroport international de Winnipeg;

- Été déclaré coupable par mise en accusation, le 8 septembre 2003, à Winnipeg (Manitoba), de possession de stupéfiants en vue d’en faire le trafic sous le régime du paragraphe 5(2) de la Loi réglementant certaines drogues et autres substances, délit punissable d’une peine d’emprisonnement à perpétuité et sanctionné dans son cas d’une peine d’emprisonnement de 30 mois.

[4] Le « rapport », daté du 7 février 2006 et établi sous le régime du paragraphe 44(1), n’a pas été communiqué au demandeur ou à son avocat avant le 23 octobre 2006, date à laquelle on leur a envoyé un [TRADUCTION] « ensemble de documents à divulguer » qui comprenait ce rapport. La raison pour laquelle on a communiqué cet ensemble de documents au demandeur était que le délégué du ministre avait décidé le 19 juin 2006, conformément au paragraphe 44(2) de la LIPR,

determine if the applicant is a person described in paragraph 36(1)(a) of the IRPA. This subsection 44(2) decision, printed on a one-page standard form, was also part of the package sent to the applicant in October 23, 2006. Thus, about a month and a half prior to the admissibility hearing the applicant and his lawyer had a package of documents containing both the subsection 44(1) “report” and the subsection 44(2) decision.

[5] On November 24, 2006 the applicant’s counsel wrote to the “officer in charge” at the respondent’s office saying:

I request reasons for the decision to report Eric Hernandez under section 44(1) of the Immigration and Refugee Protection Act and to refer Mr. Hernandez for an admissibility hearing attached.

[6] On December 5, 2006, the enforcement officer replied:

As per your letter dated 24 November 2006. Please be advised that we will not be proving [*sic*] the reasons for the decision at this time.

[7] An admissibility hearing was held on December 8, 2006, and a removal order was issued requiring that the applicant be deported. An application for leave to seek judicial review of that order is still pending at the time of this hearing.

[8] The applicant brings two applications for judicial review in respect of the foregoing to be heard at this time. The first, IMM-6266-06, seeks review of the decision of the enforcement officer dated February 7, 2006, to report the applicant under subsection 44(1) of the IRPA. The second, IMM-6267-06, seeks review of the decision of the Minister’s delegate dated July 19, 2006, to refer the applicant to an admissibility hearing under subsection 44(2) of the IRPA.

qu’il y avait lieu de tenir une enquête pour établir si le demandeur tombait sous le coup de l’alinéa 36(1)a) de la même Loi. Cette décision relevant du paragraphe 44(2), imprimée sur une formule d’une seule page, faisait aussi partie de l’ensemble de documents envoyé au demandeur le 23 octobre 2006. Par conséquent, environ un mois et demi avant l’enquête, le demandeur et son avocat avaient reçu un ensemble de documents contenant à la fois le « rapport » établi sous le régime du paragraphe 44(1) et la décision rendue en vertu du paragraphe 44(2).

[5] Le 24 novembre 2006, l’avocat du demandeur a écrit à « l’agent responsable » aux bureaux du défendeur une lettre contenant le passage suivant :

[TRADUCTION] Veuillez me communiquer l’exposé des motifs de la décision d’établir un rapport sur M. Eric Hernandez sous le régime du paragraphe 44(1) de la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés et de déférer l’affaire à la Section de l’immigration pour enquête.

[6] L’agent d’exécution lui a répondu le 5 décembre 2006 dans les termes suivants :

[TRADUCTION] En réponse à votre lettre du 24 novembre 2006, je vous informe que nous ne prouverons [*sic*] pas les motifs de cette décision pour l’instant.

[7] Une enquête a été tenue le 8 décembre 2006, à la suite de quoi une mesure de renvoi, prévoyant une déportation, a été prise contre le demandeur. Celui-ci a déposé une demande d’autorisation de demander un contrôle judiciaire de cette mesure, demande qui était encore en instance au moment de la présente audience.

[8] La Cour est saisie en l’espèce de deux demandes de contrôle judiciaire relativement aux événements que nous venons de relater. Par la première (dossier IMM-6266-06), le demandeur sollicite le contrôle de la décision de l’agent d’exécution, en date du 7 février 2006, d’établir un rapport conformément au paragraphe 44(1) de la LIPR. La deuxième demande (dossier IMM-6267-06) vise la décision du délégué du ministre, en date du 19 juillet 2006, de déférer l’affaire à la Section de l’immigration pour enquête en vertu du paragraphe 44(2) de la LIPR.

[9] What was not disclosed to the applicant or his lawyer until applications for judicial review were taken was that, in addition to the “report” of February 7, 2006, the enforcement officer provided to the Minister’s delegate a further document entitled “Recommendation”. This document comprised five typewritten pages that began:

Recommendation:

I have written a 44 report for the above noted subject. I also recommend a referral for admissibility hearing be forwarded to Case Management Branch NHQ for final determination as subject is a long term permanent resident of Canada. I have considered Appendix A-X and the following:

[10] The “following” consisted of a detailed consideration of the applicant’s circumstances under these headings:

- Seriousness of the Offence
- Possibility of Rehabilitation
- Length of Time Spent in Canada and Degree of Establishment
- Family in Canada and the Dislocation to the Family that Deportation of the Subject Would Cause.
- The Family and Community Support for Subject
- The Degree of Hardship that Would be Caused to Subject by Returning the His [*sic*] Country of Nationality
- Best Interest of Child

[11] For brevity I have not reproduced the whole of this document. Suffice it to say that detailed consideration was given by the officer to each of these matters with reference on occasion to some of the materials provided at appendixes A to X.

[9] Ce dont le défendeur n’avait pas informé le demandeur ou son avocat avant qu’ils n’eussent formé les présentes demandes de contrôle judiciaire est que, en plus du « rapport » du 7 février 2006, l’agent d’exécution avait communiqué au délégué du ministre un document intitulé [TRADUCTION] « Recommandation ». Ce document de cinq pages dactylographiées commençait ainsi :

[TRADUCTION]

Recommandation

J’ai établi un rapport 44 sur le susnommé. Comme celui-ci a depuis longtemps statut de résident permanent du Canada, je recommande en outre que l’affaire soit déferée pour enquête et décision finale à la Direction générale du règlement des cas (AC). J’ai pris en considération les annexes A à X, ainsi que les facteurs suivants :

[10] Suivait un examen détaillé des points suivants concernant la situation du demandeur :

- Gravité de l’infraction
- Possibilité de réinsertion sociale
- Temps passé au Canada et degré d’établissement
- Présence de la famille de l’intéressé au Canada et bouleversements que son expulsion causerait à celle-ci
- Soutien dont l’intéressé bénéficie de la part de sa famille et de sa communauté
- Difficultés auxquelles l’intéressé aurait à faire face s’il retournait dans son pays de nationalité
- Intérêt supérieur de l’enfant

[11] Par souci de concision, je n’ai pas reproduit l’intégralité de ce document. Qu’il me suffise de dire que l’agent y rend compte d’un examen détaillé de chacun de ces points, renvoyant à l’occasion le lecteur à l’une ou l’autre des annexes A à X.

[12] Counsel for the respondent was asked at the hearing as to why the “Recommendation” was not given to the applicant with the package of documents delivered to the applicant and his lawyer on October 23, 2006, or why it was not delivered when the applicants’ lawyers specifically requested such material by the letter of November 24, 2006. Respondent’s counsel replied that the “Recommendation” was not the “report” contemplated by subsection 44(1) and that there was no obligation in law for the respondent to disclose the “Recommendation” prior to or at the admissibility hearing.

[13] For the reasons that follow, I find that the application in IMM-6266-06 is allowed and the subsection 44(1) report must be set aside.

[14] Subsection 44(1) of the IRPA provides, in the case of a permanent resident such as the applicant here, that an officer who finds such person to be inadmissible, may prepare a report setting out the relevant facts and transmit the report to the Minister. One of the grounds for inadmissibility is that described in paragraph 36(1)(a) namely, where a permanent resident has committed an offence in Canada for which a sentence of more than six months has been imposed. Subsection 44(2) of the IRPA provides, among other things that, if the Minister is of the opinion that the report is well founded, an admissibility hearing may be held. In particular these sections say:

36. (1) A permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of serious criminality for

(a) having been convicted in Canada of an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years, or of an offence under an Act of Parliament for which a term of imprisonment of more than six months has been imposed;

...

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

[12] À la question, posée à l’audience, de savoir pourquoi on n’avait pas joint la [TRADUCTION] « Recommandation » à l’ensemble de documents communiqué au demandeur et à son avocat le 23 octobre 2006 ou pourquoi on ne l’avait pas envoyée aux avocats du demandeur lorsqu’ils avaient expressément demandé communication des documents de cette nature dans leur lettre en date du 24 novembre 2006, l’avocat du défendeur a répondu que la « Recommandation » n’était pas le « rapport » prévu au paragraphe 44(1) et que le défendeur n’était pas légalement tenu de communiquer ce document, que ce soit avant l’enquête ou au moment de celle-ci.

[13] Pour les motifs qui suivent, je conclus que la demande IMM-6266-06 doit être accueillie et que le rapport établi sous le régime du paragraphe 44(1) doit être annulé.

[14] Le paragraphe 44(1) de la LIPR dispose que, s’il estime qu’est interdit de territoire un résident permanent tel que le demandeur, l’agent peut établir un rapport circonstancié, qu’il transmet au ministre. L’un des motifs d’interdiction de territoire est celui que prévoit l’alinéa 36(1)a), à savoir le fait pour un résident permanent d’avoir perpétré au Canada une infraction pour laquelle un emprisonnement de plus de six mois est infligé. Le paragraphe 44(2) de la LIPR prévoit, entre autres, que si le ministre estime le rapport bien fondé, une enquête peut être tenue. Voici le texte de ces dispositions :

36. (1) Emportent interdiction de territoire pour grande criminalité les faits suivants :

a) être déclaré coupable au Canada d’une infraction à une loi fédérale punissable d’un emprisonnement maximal d’au moins dix ans ou d’une infraction à une loi fédérale pour laquelle un emprisonnement de plus de six mois est infligé;

[. . .]

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

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

[15] Once an admissibility hearing is held and it is determined that the person is within the provisions of paragraph 36(1)(a), paragraph 45(d) of the IRPA makes it mandatory that a removal order shall be made. That section says:

45. The Immigration Division, at the conclusion of an admissibility hearing, shall make one of the following decisions:

...

(d) make the applicable removal order against a foreign national who has not been authorized to enter Canada, if it is not satisfied that the foreign national is not inadmissible, or against a foreign national who has been authorized to enter Canada or a permanent resident, if it is satisfied that the foreign national or the permanent resident is inadmissible.

[16] These provisions, taken together and read on their face therefore provide, in the case of a permanent resident such as the applicant:

44(1) An officer “may” provide a report setting out the relevant facts, which report “shall” be transmitted to the Minister.

44(2) If the Minister is of the opinion that the report is well founded, the Minister “may” refer the report for an admissibility hearing.

45(d) If the person is inadmissible for having been convicted of an indictable offence punishable by imprisonment of six months or more, that person “shall” be removed from Canada.

[17] The effect of these provisions was considered by Justice Snider of this Court in the first proceeding involving this same applicant, Hernandez in *Hernandez*

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

[15] Si, après enquête, il est établi que l’intéressé tombe sous le coup de l’alinéa 36(1)a) de la LIPR, l’alinéa 45d) de cette même Loi, rédigé comme suit, oblige la Section de l’immigration à prendre une mesure de renvoi.

45. Après avoir procédé à une enquête, la Section de l’immigration rend telles des décisions suivantes :

[...]

d) prendre la mesure de renvoi applicable contre l’étranger non autorisé à entrer au Canada et dont il n’est pas prouvé qu’il n’est pas interdit de territoire, ou contre l’étranger autorisé à y entrer ou le résident permanent sur preuve qu’il est interdit de territoire.

[16] Ces dispositions, considérées ensemble et selon leur sens manifeste, prévoient donc ce qui suit à l’égard des résidents permanents comme le demandeur :

44(1) L’agent « peut » établir un rapport circonstancié, qu’il « transmet » au ministre.

44(2) S’il estime le rapport bien fondé, le ministre « peut » déférer l’affaire à la Section de l’immigration pour enquête.

45d) Si l’intéressé est interdit de territoire pour avoir été déclaré coupable d’un acte criminel punissable d’un emprisonnement d’au moins six mois, il « doit » faire l’objet d’une mesure de renvoi.

[17] Ma collègue la juge Snider a examiné l’effet de ces dispositions dans le cadre de la première demande de contrôle judiciaire formée par le demandeur dans la

v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration). I repeat paragraphs 27, 38, 39, 41 and 42 of her reasons to show that the use of the word “may” in subsections 44(1) and (2) import some level of discretion in the officer and Minister and that, to some extent, humanitarian and compassionate considerations may come into play.

Subsection 44(1) of the IRPA involves a two-step process; first the officer must form an opinion as to admissibility and, second, he or she must decide whether to prepare a report.

...

The result, when an officer determines that he or she is not going to prepare a report, does not change the fact that the person is inadmissible, as defined by the IRPA; it does not mean the person is “admissible”. The practical effect of a decision by the officer not to prepare a report is that, in spite of being “inadmissible”, as defined in IRPA, there are compelling reasons to allow that person to remain in Canada.

My reasoning is the same with respect to the decision to be made by the Minister’s delegate as to whether a report is well-founded, pursuant to subsection 44(2) of the IRPA.

...

It is one side of the delicate balance to argue that all the individual circumstances must be considered before a removal. However, the other side is the consequence flowing from the CIC interpretation that persons convicted of serious crimes may be allowed to stay in Canada with only a notation in the CIC file.

While acknowledging this concern, I conclude that the scope of the discretion of an immigration officer under subsection 44(1) and of the Minister’s delegate under subsection 44(2) is broad enough for them to consider the factors outlined in the relevant sections of the CIC procedural Manual. To the extent that some of these factors may touch upon humanitarian and compassionate considerations, I see no issue.

[18] Next, Justice Snider considered what level of procedural fairness is owed to an applicant. She said at paragraph 43:

décision *Hernandez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*. Je reproduis ci-dessous les paragraphes 27, 38, 39, 41 et 42 de ses motifs afin de montrer que l’emploi du terme « peut » aux paragraphes 44(1) et (2) confère une certaine latitude à l’agent et au ministre et que des considérations humanitaires peuvent, dans une certaine mesure, entrer en ligne de compte dans leurs décisions :

Le paragraphe 44(1) de la LIPR met en place un processus en deux étapes. Premièrement, l’agent se forme une opinion sur l’interdiction de territoire et, deuxièmement, il décide s’il doit ou non établir un rapport.

[...]

Lorsqu’un agent décide de ne pas préparer de rapport, cela ne change pas le fait que l’intéressé est interdit de territoire au sens de la LIPR; cela ne signifie pas qu’elle devient « admissible ». L’effet pratique d’une telle décision est de mettre l’accent, en dépit de l’interdiction de territoire prévue par la LIPR, sur l’existence de motifs sérieux d’autoriser l’intéressé à demeurer au Canada.

Ce raisonnement s’applique aussi à l’égard de la décision que doit prendre le représentant du ministre relativement au bien-fondé du rapport, sous le régime du paragraphe 44(2) de la LIPR.

[...]

On fait valoir d’un côté que toutes les circonstances d’une affaire doivent être prises en considération pour décider du renvoi, mais la conséquence découlant par ailleurs de l’interprétation de CIC est que des personnes déclarées coupables de crimes graves peuvent être autorisées à demeurer au Canada sur une seule inscription dans le dossier de CIC.

En dépit de cette préoccupation réelle, je conclus que l’agent d’immigration, sous le régime du paragraphe 44(1), et le représentant du ministre, sous celui du paragraphe 44(2), jouissent d’un pouvoir discrétionnaire suffisant pour leur permettre d’examiner les facteurs énumérés dans les sections applicables du Guide de CIC en matière de procédure. Dans la mesure où ces facteurs peuvent faire intervenir des questions d’ordre humanitaire, je ne vois pas de problème.

[18] La juge Snider se demande ensuite quelle est l’étendue de l’obligation d’équité procédurale envers un demandeur. Elle écrit ce qui suit, au paragraphe 43 :

Having concluded that the scope of the officer's or Minister's delegate's discretion extends beyond considering the fact of a conviction, the next question is one of the extent of the procedural fairness owed to an applicant as the officials carry out their functions under subsections 44(1) and (2).

[19] After reviewing the matter, with considerable emphasis put on the Supreme Court of Canada decision in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, she concluded that a "more relaxed duty of fairness" was owed to an applicant. That duty, however did extend to providing a copy of the report to the applicant, not for the purposes of making further submissions, but for the purpose of determining whether to seek judicial review. She said in paragraphs 70 and 72:

Balancing all of these factors, I find that they point toward a more relaxed duty of fairness, similar to that found by the Supreme Court in *Baker*. In my view, the duty of fairness implicitly adopted by CIC for purposes of the subsection 44(1) report is appropriate. Although these are administrative decisions (rather than quasi-judicial) and although the person affected has some other rights to seek to remain in Canada, these are serious decisions affecting his rights. CIC, whose choice of procedures should be respected, has elected to give the affected person a right to make submissions, either orally or in writing and to obtain a copy of the report. Having a copy of the report would allow the affected person to decide whether he wishes to seek judicial review of the immigration officer's report to this Court. This, I conclude is the duty of fairness owed the applicant and others in his position with respect to the officer's report.

...

Given my conclusion that the duty of fairness is "relaxed", there are a number of procedures that are not essential. As was concluded in *Baker*, I would agree that an oral interview by the immigration officer is not always required, as long as the affected person is given an opportunity to make submissions and to know the case against him. Nor do I believe that the duty requires that the officer's report be put to the applicant for a further opportunity to respond prior to the subsection 44(2) referral. The duty of fairness in this case does not reach the same level as in *Bhagwandass v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 3 F.C. 3 (C.A.).

Ayant conclu que le pouvoir discrétionnaire de l'agent d'immigration ou du représentant du ministre englobe l'examen de facteurs autres que la seule déclaration de culpabilité, je dois passer la question suivante, celle de l'étendue de l'obligation d'équité procédurale assumée par les fonctionnaires dans l'accomplissement des fonctions prévues aux paragraphes 44(1) et (2) de la LIPR.

[19] De l'examen de cette question, pour lequel elle s'inspire largement de l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, elle conclut à l'existence d'une « obligation d'équité moins stricte ». Cette obligation comporte néanmoins le droit pour le demandeur d'obtenir copie du rapport, non aux fins de présenter de nouvelles observations, mais plutôt de décider s'il demandera le contrôle judiciaire. La juge a écrit, aux paragraphes 70 et 72 :

Après examen de tous ces facteurs, j'estime qu'ils indiquent une obligation d'équité moins stricte, analogue à celle qui a été décrite dans l'arrêt *Baker*. À mon avis, l'obligation d'équité implicitement assumée par CIC en ce qui concerne le rapport prévu au paragraphe 44(1) est adéquate. Bien qu'elles soient de nature administrative (et non quasi-judiciaire) et que les intéressés disposent de recours pour demeurer au Canada, il s'agit de décisions graves ayant des incidences sur leurs droits. CIC, dont le choix en matière de procédure doit être respecté, a décidé de donner aux intéressés le droit de présenter des observations, oralement ou par écrit, et d'obtenir copie du rapport. L'obtention du rapport permet à l'intéressé de décider s'il demandera le contrôle judiciaire du rapport de l'agent d'immigration. Je conclus que, relativement au rapport de l'agent d'immigration, il s'agit là de l'obligation d'équité que CIC assume envers le demandeur et les autres personnes se trouvant dans sa situation.

[...]

Compte tenu de ma conclusion selon laquelle l'obligation d'équité est « moins stricte », certaines procédures ne sont pas essentielles. Comme la Cour suprême l'a conclu dans l'arrêt *Baker*, il n'est pas toujours nécessaire de procéder à une entrevue, du moment que l'intéressé a la possibilité de présenter des observations et de connaître les allégations faites contre lui. Je ne crois pas non plus qu'il faille communiquer le rapport de l'agent d'immigration pour lui donner une autre possibilité de répondre avant le renvoi pour enquête prévu au paragraphe 44(2). L'obligation d'équité, en l'espèce, n'est pas aussi exigeante que dans l'affaire *Bhagwandass c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] 3 C.F. 3 (C.A.).

[20] She concluded that there were three errors committed in the circumstances before her at paragraph 76:

On the basis of the evidence before me, I am not satisfied that the immigration officer provided the applicant with the appropriate level of procedure fairness. There were three errors:

1. The applicant was not advised of the purpose of the interview;
2. He was not allowed to make submissions; and
3. He was not given a copy of the officer's report.

[21] Of these, only the third error, failure to provide a copy of the report, is at issue in the present proceedings.

[22] Justice Snider's determination that the provision of the report is required has been considered in at least two subsequent decisions of this Court. In *Lee v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2006), 54 Imm.L.R. (3d) 145 (F.C.), Justice Shore, at paragraph 32 concluded that the subsection 44(1) report does not need to be put to the applicant prior to a subsection 44(2) referral:

Madam Justice Snider also held that the duty of fairness does not require that the subsection 44(1) report be put to the applicant prior to the subsection 44(2) referral nor does it require an oral interview by an immigration officer. (*Hernandez* above, at para. 72)

[23] Justice Blais made the same determination in *Spencer v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2006), 298 F.T.R. 267 (F.C.), at paragraph 20:

The applicant asserts a breach in the duty of fairness because she did not receive a copy of the report until her admissibility hearing. I disagree with this position. Justice Snider held that the duty of fairness does not require that the subsection 44(1) report be put to the applicant prior to the subsection 44(2) referral (*Hernandez* above at paragraph 72). The applicant received the report on September 29, 2005, at the first sitting of her admissibility hearing. Her right to seek judicial review of the report was not lost. Furthermore, as far

[20] La juge Snider a conclu, au paragraphe 76, que trois erreurs avaient été commises :

La preuve ne me convainc pas que l'agent d'immigration a observé à l'égard du demandeur les règles d'équité procédurale applicables. Trois erreurs ont été commises :

1. Le demandeur n'a pas été informé de l'objet de l'entrevue;
2. Il n'a pas eu la possibilité de présenter des observations;
3. Il n'a pas obtenu copie du rapport de l'agent.

[21] Seule la troisième de ces erreurs, soit le fait de ne pas avoir communiqué copie du rapport, est en question dans la présente espèce.

[22] La conclusion de la juge Snider selon laquelle la communication du rapport est obligatoire a été examinée dans au moins deux décisions ultérieures de la Cour. Le juge Shore a conclu, dans *Lee c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 158, au paragraphe 32, qu'il n'est pas nécessaire de communiquer au demandeur le rapport visé au paragraphe 44(1) avant le renvoi pour enquête prévu au paragraphe 44(2) :

La juge Snider a également statué que l'obligation d'équité ne rendait pas nécessaire de communiquer au demandeur le rapport visé au paragraphe 44(1) avant le renvoi pour enquête prévu au paragraphe 44(2), non plus que de lui faire passer une entrevue par un agent d'immigration (*Hernandez*, précitée, au paragraphe 72).

[23] Le juge Blais formule la même conclusion dans *Spencer c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 990, au paragraphe 20 :

La demanderesse prétend qu'il y a eu violation de l'obligation d'équité parce qu'elle n'a pas reçu une copie du rapport avant l'enquête. Je ne suis pas d'accord. La juge Snider a décidé que l'obligation d'équité n'exige pas que le rapport établi en vertu du paragraphe 44(1) soit remis à un demandeur avant que l'affaire ne soit déferée en vertu du paragraphe 44(2) (*Hernandez*, précitée, au paragraphe 72). La demanderesse a reçu le rapport le 29 septembre 2005 lors de la première séance de l'enquête la concernant. Elle avait

as the admissibility hearing was concerned, the member adjourned the hearing, in order to provide the applicant with the opportunity to be represented by counsel. At the next sitting, the member once again adjourned the hearing in order to accommodate counsel's request to prepare for the case. There has been no breach regarding the applicant's right to receive a copy of the report.

[24] Applicant's counsel in these proceedings attempted to distinguish Justice Snider's findings at paragraph 72 of *Hernandez* by limiting her finding to provisions of the report "for a further opportunity to respond." He argued that the report must nonetheless be provided before a subsection 44(2) determination is made, just that there is no further opportunity to respond. I do not accept this interpretation. Provision of the report would be pointless except to afford an early opportunity to seek judicial review. That opportunity is still available after a subsection 44(2) determination, if unfavourable to the applicant. There is no procedural unfairness in failing to afford an even earlier opportunity to seek judicial review. I agree with the interpretation given by Justices Shore and Blais.

[25] The next consideration is as to when exactly must the report be provided. The evidence before this Court as set out in the affidavits of Hernandez and Horoshok is that the "report", made February 7, 2006 was sent out to the applicant Hernandez in a package of documents on October 23, 2006, that is, about six weeks before the admissibility hearing and after the subsection 44(2) decision had been made. The Hernandez affidavit, at paragraph 8, states that this was done "in exactly the same manner I had received the same sort of documents for my previous admissibility hearing."

[26] I find that the timing of the provision of the materials, after the subsection 44(2) determination and several weeks before the admissibility hearing is not a ground for setting the subsection 44(1) or report the subsection 44(2) determination aside. The timing is

toujours le droit de demander le contrôle judiciaire du rapport. En outre, pour ce qui concerne l'enquête, le commissaire l'a ajournée afin de permettre à la demanderesse d'être représentée par un avocat. Lors de la deuxième séance, le commissaire a de nouveau reporté l'enquête afin de satisfaire à la demande de l'avocat de se préparer. Il n'y a eu aucune violation du droit de la demanderesse de recevoir une copie du rapport.

[24] L'avocat du demandeur dans la présente instance a essayé d'établir une distinction d'avec les conclusions formulées par la juge Snider au paragraphe 72 de la décision *Hernandez* en limitant celles-ci à la communication du rapport pour « donner une autre possibilité de répondre ». Il a fait valoir que le rapport doit néanmoins être communiqué avant que ne soit rendue la décision prévue au paragraphe 44(2), à la seule réserve qu'il n'est pas donné d'autre possibilité de réponse. Je rejette cette interprétation. La communication du rapport n'aurait pas de sens, sinon pour ouvrir plus tôt la possibilité de demander un contrôle judiciaire. Cette possibilité reste ouverte après la décision prévue au paragraphe 44(2), dans le cas où elle est défavorable au demandeur. On ne manque pas à l'équité procédurale en n'offrant pas encore plus tôt la possibilité de demander un contrôle judiciaire. Je souscris à cet égard à l'interprétation des juges Shore et Blais.

[25] La question suivante à examiner est celle de savoir quand exactement le rapport doit être communiqué. Selon la preuve dont nous disposons, c'est-à-dire les affidavits de Hernandez et Horoshok, le « rapport », établi le 7 février 2006, a été envoyé au demandeur Hernandez avec un ensemble de documents le 23 octobre 2006, soit environ six semaines avant l'enquête et après qu'eut été rendue la décision prévue au paragraphe 44(2). M. Hernandez déclare au paragraphe 8 de son affidavit que cela s'est fait [TRADUCTION] « exactement de la même manière que lorsqu'on [lui] avait communiqué des documents de même nature pour [son] enquête antérieure ».

[26] Je conclus que le moment de la communication des documents en question, soit après la décision prévue au paragraphe 44(2) et plusieurs semaines avant l'enquête, ne justifie l'annulation ni du rapport rendue sous le régime du paragraphe 44(1) ni de la décision qui

consistent with the determination of Justices Shore and Blais previously referred to. Reference must also be made to the unanimous decision of the Federal Court of Appeal in *Cha v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 F.C.R. 409. I fully appreciate that only counsel for the Minister filed submissions and opposed to argue that case on appeal and that the person in that case was not a permanent resident but only present in Canada under a temporary student visa. Nonetheless the reasons are instructive, the decision of Justice Snider in *Hernandez* was considered, and the circumstances including a criminal conviction are similar. At paragraphs 23 to 25 the Federal Court of Appeal emphasizes that immigration is a privilege, not a right, that criminality of non-citizens is a major concern and that one of the conditions that Parliament has imposed on a non-citizen's right to remain in Canada is that he or she not be convicted of certain criminal offences. At paragraphs 61 to 66 the Federal Court of Appeal agreed with the trial Judge [[2005] 2 F.C.R. 503 (F.C.)] that failure to notify the person as to the purpose of an interview amounted to breach of a duty of fairness. However, at paragraph 67, the Court emphasized that the matter does not end there, breaches of the duty of fairness do not automatically lead to the setting aside of the decision:

This is not, however, the end of the matter. Breaches of the duty of fairness do not automatically lead to the setting aside of an administrative decision (see *Mobil Oil Canada Ltd. v. Canada Newfoundland Offshore Petroleum Board* [1994] 1 S.C.R. 202, at page 228; *Correia*, at paragraph 36). Mr. Cha was represented by counsel in the Federal Court. In the affidavit he filed in support of his application for judicial review, he recognized that he had been convicted because he "was over the legal limit for alcohol" (appeal book at page 13). He or his counsel did not suggest that he had been pardoned, that the offence fell under the *Young Offenders Act* or that he was under 18 years of age or unable to appreciate the nature of the proceeding. As a new hearing before a different Minister's delegate could only result, again, in the issuance of a deportation order, to order a new hearing would be an exercise in futility.

relève du paragraphe 44(2). Le moment de cette communication est conforme aux conclusions précitées des juges Shore et Blais. Il convient aussi de rappeler à ce sujet l'arrêt unanime *Cha c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 1 R.C.F. 409, de la Cour d'appel fédérale. Je me rends parfaitement compte du fait que, dans cet appel, seul l'avocat du ministre avait déposé des observations écrites et s'était présenté à l'audience pour plaider, et que l'intimé n'était pas un résident permanent. Il ne séjournait au Canada qu'en vertu d'un visa d'étudiant. Les motifs de cet arrêt n'en restent pas moins instructifs : on y a pris en considération la décision *Hernandez* rendue par la juge Snider, et la situation examinée, qui comportait aussi une déclaration de culpabilité au criminel, était semblable à celle qui nous occupe ici. La Cour d'appel fédérale souligne, aux paragraphes 23 à 25, que l'immigration est un privilège et non un droit, que la criminalité des non-citoyens est un important sujet de préoccupation et que l'une des conditions auxquelles le législateur subordonne le droit du non-citoyen de rester au Canada est de ne pas être déclaré coupable de certaines infractions criminelles. Aux paragraphes 61 à 66, la Cour fédérale d'appel exprime son accord avec le juge de première instance, [[2005] 2 R.C.F. 503 (C.F.)] selon qui le fait de ne pas avoir informé l'intimé de l'objet de l'entrevue constituait un manquement à l'obligation d'agir équitablement. Cependant, elle fait remarquer, au paragraphe 67, que le débat n'en est pas pour autant clos, c'est-à-dire que les manquements à l'obligation d'agir équitablement n'entraînent pas automatiquement l'annulation de la décision en cause :

Cela ne clôt toutefois pas la question. Les manquements à l'obligation d'agir équitablement n'entraînent pas automatiquement l'annulation de la décision administrative en cause (voir *Mobil Oil Canada Ltd. c. Office Canada-Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers*, [1994] 1 R.C.S. 202, à la page 228; *Correia*, au paragraphe 36). M. Cha était représenté par un avocat devant la Cour fédérale. Dans l'affidavit qu'il a déposé à l'appui de sa demande de contrôle judiciaire, il a reconnu avoir été déclaré coupable parce que [TRADUCTION] « son alcoolémie était supérieure au taux autorisé par la loi » (dossier d'appel, page 13). Ni M. Cha ni son avocat n'ont donné à entendre que l'intimé avait été réhabilité, que l'infraction était visée par la *Loi sur les jeunes contrevenants*, ou que l'intimé était âgé de moins de 18 ans ou ne pouvait comprendre la nature de la procédure. Comme une nouvelle audience devant un autre agent d'immigration ne pourrait qu'aboutir, encore une fois, à la prise d'une mesure

[27] The pertinence of the *Cha* decision to the present circumstance is that in the present case the officer making a determination under subsection 44(1) prepared and delivered to the Minister not only a “report” which consisted of the few paragraphs as reproduced at the beginning of these reasons, but also prepared and delivered what was characterized as a “Recommendation” comprising five typewritten pages together with appendixes A to X. This recommendation with appendixes was never given to the applicant or his lawyer prior to or at the hearing despite the request of his lawyer for “reasons.”

[28] Two questions arise. The first is: what exactly constitutes the “report” contemplated by subsection 44(1)? The second is: does the failure to provide the “Recommendation and appendixes” constitute a breach of fairness that can provide a basis for setting aside the subsection 44(1) or 44(2) decisions?

[29] Neither the IRPA nor its regulations [*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227] define what a “report” under subsection 44(1) is to comprise. No decision of which this Court is aware has considered the matter. Under the guidelines provided to those administering the IRPA and the Regulations, such as an officer making a subsection 44(1) determination, section 12.1 of the 2007-04-12 version provides [*Enforcement Manual (ENF)*, Chapter ENF 5: Writing 44(1) Reports]:

12.1 Report requirements

The authority of the Minister’s delegate to cause an admissibility hearing or issue a removal order cannot be exercised unless the form and content of a report under A44(1) are in accordance with the *Act* governing such procedures.

d’expulsion, il serait totalement inutile d’ordonner la tenue d’une nouvelle audience.

[27] La pertinence de l’arrêt *Cha* pour la situation qui nous occupe consiste en ceci que, dans la présente espèce, l’agent chargé de rendre la décision prévue au paragraphe 44(1) a établi et communiqué au ministre non seulement le « rapport » de quelques paragraphes reproduit au début des présents motifs, mais aussi un document intitulé [TRADUCTION] « Recommandation », qui comprenait cinq pages dactylographiées et des annexes cotées A à X. Or, ni le demandeur ni son avocat n’ont reçu communication de ce document étoffé d’annexes avant l’enquête ou pendant celle-ci, bien que l’avocat eût demandé des « motifs » au défendeur.

[28] Deux questions se posent. Premièrement, en quoi consiste exactement le « rapport » prévu au paragraphe 44(1)? Deuxièmement, l’omission de communiquer le document « Recommandation » et ses annexes constitue-t-elle un manquement à l’obligation d’agir équitablement susceptible de justifier l’annulation des décisions rendues en vertu des paragraphes 44(1) ou 44(2)?

[29] Ni la LIPR ni son règlement d’application [*Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227] ne précisent en quoi doit consister le rapport prévu au paragraphe 44(1). Cette question n’est examinée non plus dans aucune décision judiciaire dont notre Cour ait connaissance. On peut lire ce qui suit au paragraphe 12.1 de la version du 12 avril 2007 des lignes directrices à l’intention des fonctionnaires chargés d’administrer la LIPR et son règlement d’application, dont les agents qui doivent rendre des décisions du type que prévoit le paragraphe 44(1) [*Guide de l’exécution de la loi (ENF)*, chapitre ENF 5 : Rédaction des rapports en vertu du L44(1)] :

12.1 Exigences de rapport

L’autorité du délégué du ministre lui permettant d’appeler une enquête ou de prendre une mesure de renvoi ne peut s’exercer que si le formulaire et le contenu du rapport en vertu du L44(1) de la *Loi* sont conformes à la *Loi* régissant de telles procédures.

When an officer is of the opinion that a permanent resident or foreign national in Canada is inadmissible, then that officer may prepare a report under the provisions of A44(1).

The report shall then be transmitted to the Minister's delegate, along with the officer's disposition recommendation and rationale. This is most easily accomplished by preparing an A44(1) case highlights form. All A44(1) reports:

- must be in writing and must indicate the place and date of issue;
- must be addressed to the Minister of PS or the Minister of CIC and be signed by the officer who conducted the examination or is otherwise making the report;
- must contain the complete name (correctly spelled) of the person who is being reported;
- must contain the exact section and particulars of the *Act* upon which the officer based the opinion that the person, who is the subject of the report, is inadmissible;
- must in all cases, and especially in those cases where the sections of the *Act* are not specific in themselves, indicate the exact grounds for applying the particular inadmissibility section(s).

These grounds are to be explained in the narrative section of the report below the words "REPORT IS BASED ON THE FOLLOWING INFORMATION."

All A44(1) reports must include a narrative that justifies the inadmissibility opinion and cites the facts upon which that opinion is based.

For example, in applying A36(2)(b), it is not sufficient to state that the person has been convicted of an offence. The report must fully specify the grounds of inadmissibility in the following manner:

THIS REPORT IS BASED ON THE FOLLOWING INFORMATION:

That [person's name]:

- has been convicted of an offence; namely, [Possession of Cocaine] on or about [22 November 1982] at or near [Pontiac, Michigan, USA]. This offence, if committed in Canada, would constitute an offence that may be

Quand un agent est d'avis qu'un résident permanent ou un étranger au Canada est interdit de territoire, alors cet agent peut préparer un rapport en vertu des clauses du L44(1).

Le rapport doit ensuite être transmis au délégué du ministre, accompagné de la décision de recommandation de l'agent et d'une justification. Cette procédure est facilitée par la préparation d'un formulaire L44(1) des faits marquants du cas. Tous les rapports en vertu du L44(1) doivent :

- être écrits et doivent indiquer le lieu et la date de l'émission;
- être adressés au ministre de SP ou de CIC et être signés par l'agent qui a procédé au contrôle ou de toute façon a rédigé le rapport;
- contenir le nom complet (correctement épilé) de la personne qui fait l'objet du rapport;
- contenir l'article et les particularités exacts de la *Loi* en vertu de laquelle [*sic*] l'agent s'est forgé l'opinion que la personne, qui est l'objet du rapport, est interdite de territoire;
- dans tous les cas, et particulièrement dans les cas où les articles de la *Loi* ne sont pas spécifiques en eux-mêmes, indiquer les raisons précises pour appliquer le ou les articles qui motivent l'interdiction de territoire.

Ces raisons doivent être expliquées dans la partie narrative du rapport, sous l'énoncé « CE RAPPORT EST BASÉ SUR L'INFORMATION SUIVANTE ».

Tous les rapports en vertu du L44(1) doivent comprendre un exposé des faits justifiant l'avis d'interdiction de territoire et indiquant les faits sur lesquels cet avis se fonde.

Par exemple, en appliquant le L36(2)(b), il ne suffit pas de déclarer que la personne a été accusée d'une infraction. Le rapport doit donner entièrement les raisons de l'interdiction de territoire de la façon suivante :

CE RAPPORT EST BASÉ SUR L'INFORMATION SUIVANTE :

Madame, Monsieur [nom de la personne] :

- a été accusé d'une infraction; nommément [possession de cocaïne] le ou aux environs du [22 novembre 1982] à ou près de [Pontiac, Michigan, USA]. Cette infraction, commise au Canada, constituerait un délit punissable par

punishable by way of indictment under paragraph 4(3)(a) of the *Controlled Drugs and Substances Act* and for which a maximum term of imprisonment [not exceeding seven years] may be imposed; and

- has not obtained the authorization of the Minister for entry to Canada.

See also ENF 1, Inadmissibility, and ENF 2 Evaluating inadmissibility.

[30] Subsection 44(1) of the IRPA requires that the report shall set out “the relevant” facts and in the French language shall be “*un rapport circonstancié*” that is, as set out in *Le Nouveau Petit Robert* “*qui comporte de nombreux détails*”. Section 12.1 of the guidelines requires that all reports “must include a narrative that justifies the inadmissibility opinion and cites the facts upon which the opinion is based.” Following this statement there is in the guidelines an example as to what a “report” is to comprise. I find that the “report” recited at the beginning of these reasons is in conformity with that example.

[31] A unanimous decision of the Saskatchewan Court of Appeal in *Casavant v. Saskatchewan Teachers’ Federation*, [2005] 6 W.W.R. 31 provides some useful instruction. That Court was considering a provision of *The Teachers’ Federation Act*, R.S.S. 1978, c. T-7 dealing with a disciplinary hearing and the requirement that a “report” be provided. Clause 37(c) of that Act requires that the committee hearing the matter shall:

37. . . .

(c) report to the executive its findings and such recommendations as it may deem advisable in a written report, signed by the members taking part in the hearing and concurring in the report, together with minutes of the proceedings before the committee and of the evidence adduced and all exhibits produced or copies thereof; and such report if signed by a majority of the members taking part in the hearing, shall be deemed to be the report of the committee.

des accusations portées en vertu de l’alinéa 4(3)a) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* et pour laquelle une peine maximale d’emprisonnement [ne dépassant pas sept ans] peut être imposée;

- n’a pas obtenu l’autorisation du ministre d’entrer au Canada.

Consultez aussi les chapitres ENF 1, Interdiction de territoire, et ENF 2, Évaluation de l’interdiction de territoire.

[30] Le paragraphe 44(1) de la LIPR exige que le rapport soit « circonstancié », adjectif que *Le Nouveau Petit Robert* définit ainsi : « qui comporte de nombreux détails ». Quant au texte anglais de ce paragraphe, il porte que ce rapport doit énoncer les *relevant facts* (les faits pertinents). Selon le paragraphe 12.1 des lignes directrices précitées, tous les rapports « doivent comprendre un exposé des faits justifiant l’avis d’interdiction de territoire et indiquant les faits sur lesquels cet avis se fonde ». Après l’énoncé de cette règle, les lignes directrices proposent un exemple de ce que doit contenir le « rapport ». Je constate que le « rapport » cité au début du présent exposé est conforme à cet exemple.

[31] L’arrêt *Casavant v. Saskatchewan Teachers’ Federation*, [2005] 6 W.W.R. 31, rendu à l’unanimité par la Cour d’appel de la Saskatchewan, contient des indications utiles aux fins qui nous intéressent. La Cour y examine une disposition de *The Teachers’ Federation Act*, R.S.S. 1978, ch. T-7, concernant les audiences disciplinaires et l’obligation de communication d’un « rapport ». L’alinéa 37c) de cette Loi prescrit au comité chargé d’instruire l’affaire disciplinaire de :

[TRADUCTION]

37. [. . .]

c) communiquer au bureau [de la Fédération des enseignants de la Saskatchewan] ses constatations et les recommandations qu’il juge opportunes dans un rapport écrit, signé par ses membres ayant siégé à l’audience qui souscrivent au contenu de ce rapport, ainsi que le procès-verbal de l’audience, un état de la preuve produite et les originaux ou des copies des pièces déposées, ledit rapport, à condition qu’il soit signé par la majorité des membres du comité ayant siégé à l’audience, étant réputé être le rapport du comité.

[32] The committee issued a “report” which is set out at paragraph 18 of the reasons which will not be repeated. It was more fulsome than the “report” in this case.

[33] At paragraph 23 the Court considered the “grammatical and ordinary” meaning of the word “report”:

Grammatical and Ordinary Meaning

The Concise Oxford Dictionary defines “report” as *inter alia*, “account given or opinion formally expressed after investigation or consideration.” Webster’s Third New International Dictionary is to the same effect in that it describes “report” as meaning, *inter alia*, “formal account of the results of an investigation given by a person or group authorized or delegated to make the investigation.” These definitions indicate, at minimum, that there is enough scope in the regular meaning of the term “report” to accommodate an interpretation which requires the Committee to provide an explanation of its decision. In this regard, the fact that s. 37(c) refers to a report of “findings” tends to suggest that the meaning of “report” involves more than just the statement of a conclusion.

[34] The Court then proceeded to consider the word “report” in the legislative context and scheme of the Act. It concluded at paragraph 29:

Accordingly, consideration of the scheme of the Act and the relevant statutory context suggests that the “report” contemplated by s. 37(c) must involve a meaningful explanation of the basis and rationale of the Committee’s decision.

[35] Next the Court considered the object of the Act and legislative intent and concluded at paragraph 37:

Thus, considering the working of s. 37(c) of the Act and the approach referred to in *Rizzo Shoes*, *supra*, it is apparent that a report prepared pursuant to s. 37(c) must involve something more than a recitation of the evidence and the statement of a conclusion. As explained more fully below, a report must provide a meaningful explanation of the

[32] Le comité en question a établi un « rapport », reproduit au paragraphe 18 des motifs de la Cour d’appel, mais que je ne reproduirai pas ici, lequel était plus substantiel que le « rapport » de la présente espèce.

[33] Au paragraphe 23 de ses motifs, la Cour d’appel a examiné le [TRADUCTION] « sens ordinaire et grammatical » du terme « rapport ».

[TRADUCTION]

Sens ordinaire et grammatical

Selon le Concise Oxford Dictionary, le mot « *report* » [rapport] s’entend entre autres d’un « compte rendu établi ou d’une opinion exprimée en bonne et due forme à la suite d’une enquête ou d’un examen ». Le Webster’s Third New International Dictionary propose, parmi les divers sens du terme, une définition semblable : « compte rendu des résultats d’une enquête établi en bonne et due forme par une personne ou un groupe autorisé à mener cette enquête ou mandaté pour ce faire ». Ces définitions indiquent, au minimum, que le sens ordinaire du mot « rapport » est assez large pour autoriser une interprétation selon laquelle le Comité est tenu d’expliquer sa décision. En outre, le fait que l’alinéa 37c) prescrive au Comité de rendre compte de ses constatations donne à penser que le sens du terme « rapport » comporte plus que le simple exposé d’une conclusion.

[34] La Cour d’appel a ensuite analysé le terme « rapport » dans le cadre du contexte législatif et du dispositif de la loi en question. Elle a tiré la conclusion suivante, au paragraphe 29 :

[TRADUCTION] Par conséquent, l’examen du dispositif de la Loi et de son contexte législatif donne à penser que le « rapport » prévu à l’alinéa 37c) doit comporter une explication valable du fondement et des motifs de la décision du Comité.

[35] La Cour d’appel a ensuite examiné l’objet de la loi en question et l’intention du législateur pour conclure ce qui suit, au paragraphe 37 :

[TRADUCTION] Ainsi, étant donné le fonctionnement de l’alinéa 37c) de la Loi et l’approche exposée dans *Rizzo Shoes*, précité, il appert que le rapport établi sous le régime de cet alinéa doit faire plus que d’énumérer les éléments de preuve et formuler une conclusion. Comme nous l’expliquons plus en détail ci-dessous, ce rapport doit comporter une

Committee's decision and of the facts on which it is based.

[36] Then the Court considered some of the case law including the Federal Court of Appeal decision in *VIA Rail Canada Inc. v. National Transportation Agency*, [2001] 2 F.C. 25.

[37] The conclusion reached by the Court was set out at paragraphs 46 to 48:

All of that said, a report written by the Committee pursuant to s. 37(c) must meet basic threshold requirements. Most fundamentally, it must be prepared with sufficient detail and clarity that the parties, the STF executive or a reviewing court can understand the basis and rationale of the Committee's decision. The essential nature of a report should be explanatory.

In general terms, this means that a report should summarize the evidence which bears on the issues. This need not be done in elaborate detail but should capture the key features of what was presented to the Committee. As well, a report should set out the findings of fact necessary to resolve the complaint. In cases where there is contradictory evidence, the Committee should explain why it chose one version of events over another. If credibility is a factor, the report should indicate why the evidence of a particular witness was preferred or rejected as the case might be. This need not involve an expansive analysis. However, the Committee's reasoning should be presented in a manner which allows the parties and the Court to understand its assessment of the evidence and the facts on which its findings are based.

In terms of the decision itself, a report should reveal the reasoning employed by the Committee in sufficient detail and with sufficient clarity to allow the reader to understand how or why the conduct in issue was considered to be (or not to be) professional misconduct or conduct unbecoming to a teacher. In doing so, it is preferable that the report deal with the main lines of argument or key submissions of the parties. There is unlikely to be any case where it will be sufficient for the Committee to simply recite the evidence and state a conclusion.

[38] Using the criteria established by Saskatchewan Court of Appeal the subsection 44(1) "report" provided

explication valable de la décision du Comité et des faits sur lesquels il la fonde.

[36] La Cour d'appel a enfin examiné une partie de la jurisprudence applicable, notamment l'arrêt de la Cour d'appel fédérale *VIA Rail Canada Inc. c. Office National des transports*, [2001] 2 C.F. 25.

[37] La Cour saskatchewanaise a exposé, aux paragraphes 46 à 48, sa conclusion générale :

[TRADUCTION] Compte tenu de tout ce qui précède, il s'ensuit que le rapport établi par le Comité sous le régime de l'alinéa 37c) doit remplir certaines conditions minimales. La plus importante de ces conditions est qu'il doit être suffisamment clair et détaillé pour que les parties, le bureau de la Fédération des enseignants de la Saskatchewan ou le tribunal judiciaire saisi d'une demande en révision puissent comprendre le fondement et les motifs de la décision du Comité. Le rapport, par essence, doit être explicatif.

Il s'ensuit, d'un point de vue général, que le rapport doit récapituler les éléments de preuve qui se rapportent aux questions en litige. Il n'est pas nécessaire d'exposer dans le plus grand détail la preuve présentée au Comité, mais il faut rendre compte de ses caractéristiques principales. En outre, le rapport doit énoncer les conclusions de fait nécessaires au règlement de la plainte. Si on lui a présenté des éléments de preuve contradictoires, le Comité doit expliquer pourquoi il a retenu telle version des événements de préférence à telle autre. Si la crédibilité entre en ligne de compte, le rapport doit montrer pourquoi on a retenu ou rejeté, selon le cas, la preuve d'un témoin donné. Le Comité n'a pas à étayer tout cela par une longue et minutieuse analyse; cependant, il doit présenter son raisonnement de manière à ce que les parties et la Cour puissent comprendre son appréciation de la preuve et les faits qui fondent ses conclusions.

Pour ce qui concerne la décision proprement dite, le rapport doit rendre compte du raisonnement du Comité de manière suffisamment claire et détaillée pour permettre au lecteur de comprendre comment ou pourquoi il est arrivé à la conclusion que le comportement en question était (ou n'était pas) une faute professionnelle ou une conduite indigne d'un enseignant. À cette fin, il est préférable que le rapport examine les principaux arguments ou les principales prétentions des parties. Il est peu probable qu'il se présente jamais un cas où il suffirait au Comité de récapituler la preuve et de formuler sa conclusion.

[38] Si on lui applique les critères exposés par la Cour d'appel de la Saskatchewan, le « rapport » établi sous le

to the applicant in this case, as set out at the beginning of these reasons would not meet the criteria. However that “report” together with the “Recommendation” and appendixes would meet the criteria.

[39] Is the scheme of subsection 44(1) of the IRPA and the context of that Act as a whole such as to require a detailed “report” of the Saskatchewan type? The decisions of Justice Shore in *Lee*, previously cited, which dealt with subsection 44(2) said that a very “low level” of procedural fairness was owed in decisions under subsection 44(2), given that such decisions are administrative in nature. Notes of an immigration officer setting out a “narrative and recommendation” that was given to the Minister was sufficient in that case. Justice Shore said at paragraphs 39 to 43 of the *Lee* decision:

Written reasons are not required given that a low level of procedural fairness is owed in decisions under subsection 44(2) of IRPA and given that such decisions are administrative in nature. In any event, the narrative, prepared by the Immigration Officer and his recommendation to the Minister to refer Mr. Lee’s case to an admissibility hearing, is sufficient to satisfy the reasons requirements.

When this application was commenced, the decision-maker indicated that “no reasons” were given for the decision, in its response to the Court’s request under Rule 9 of the *Federal Court Immigration Rules*, SOR/2002-232. The Rule 9 letter is, in a sense, accurate—the Minister’s Delegate did not issue written reasons for the decision.

In October 2005, in response to Mr. Lee’s motion for a stay of the admissibility hearing, the Minister filed the notes of an Immigration Officer setting out the narrative report and a recommendation that was ultimately delivered to the Minister. The Minister indicated that it would rely on the notes as reasons for the decision. It is important to specify the in-depth nature of the notes which, actually, constitute a report; the extensive explanations of the situation of Mr. Lee in the recommendation of the Immigration Officer must, itself, be carefully examined for the detail that was submitted for consideration.

régime du paragraphe 44(1) et communiqué au demandeur en l’espèce, que nous avons reproduit au début dans les présents motifs, se révèle insuffisant. Cependant, l’ensemble constitué par ce « rapport », la « Recommandation » et les annexes remplirait ces critères.

[39] Le régime du paragraphe 44(1) de la LIPR et le contexte de cette Loi considérée dans son ensemble sont-ils tels qu’il faille poser l’obligation d’établir un « rapport » détaillé du type envisagé par la Cour d’appel de la Saskatchewan? Le juge Shore, dans la décision *Lee*, précitée, qui portait sur le paragraphe 44(2), a écrit que les décisions relevant de ce paragraphe mettent en jeu une obligation d’équité procédurale de « caractère peu contraignant », étant donné leur caractère administratif. Il a estimé suffisantes, aux fins de l’affaire dont il était saisi, les notes d’un agent d’immigration où étaient consignés « son compte rendu ainsi qu’une recommandation » présentée au ministre. Il a écrit, aux paragraphes 39 à 43 :

Il n’est pas requis de fournir des motifs écrits étant donné le caractère peu contraignant de l’obligation d’équité procédurale applicable aux décisions prises en vertu du paragraphe 44(2) de la LIPR et étant donné la nature administrative de ces décisions. Quoiqu’il en soit, le compte rendu établi par l’agent d’immigration et la recommandation qu’il a faite au ministre de déférer l’affaire de M. Lee pour enquête suffisent pour satisfaire aux exigences en matière de motifs.

Lorsque la présente demande a été introduite, le décideur a précisé [TRADUCTION] qu’« aucun motif » n’avait été donné pour la décision, en réponse à la demande formulée par la Cour en vertu de l’article 9 des *Règles de la Cour fédérale en matière d’immigration*, DORS/2002-232. La lettre de réponse en lien avec l’article 9 est exacte en un sens—le représentant du ministre n’a pas donné de motifs écrits pour sa décision.

En octobre 2005, en réponse la requête de M. Lee pour suspension de l’enquête, le ministre a produit les notes d’un agent d’immigration où étaient consignés son compte rendu ainsi qu’une recommandation finalement présentée au ministre. Ce dernier a déclaré qu’il considérait ces notes comme des motifs de la décision. Il importe ici de mentionner le caractère exhaustif de ces notes, qui constituent en fait un rapport, et les longues explications sur la situation de M. Lee figurant dans la recommandation de l’agent d’immigration doivent quant à elles être examinées avec soin en raison de leur caractère détaillé.

The Supreme Court of Canada has clearly indicated that this sort of recommending memorandum can be relied on by the Minister as reasons for the decision. The Court routinely treats this sort of recommending memorandum as reasons in various contexts. (*Baker* above; *Hernandez* above; *Leong*...

Mr. Lee was notified in October 2005 that the Minister is relying on the notes as the reasons for decision. There is no reason for this Court to treat these notes differently than the notes and recommending memoranda in numerous other cases.

[40] In the circumstances of the present case the officer prepared and delivered to the Minister not only the “report” but also a detailed “Recommendation” with many appendixes. These latter documents were undoubtedly intended to provide to the Minister details as to what was contained in the report and substantiation as to its conclusions. Having been prepared, having been sent to the Minister, being pertinent to the “report” and substantiating what is in the “report”, they must be considered to be part of the “report”. The issue is not whether there was any requirement to create the “Recommendation” and appendixes. Rather, the issue is whether having created them, having delivered them to the Minister, and given their pertinence to the “report”, they should have been delivered to the applicant. In particular, as a clear and specific request for delivery of such material was made by the applicant’s lawyer before the admissibility hearing, there was no proper basis for withholding that material.

[41] I agree that there may have been no reason to create the material and that no “breach of fairness” would have occurred if such material had not been created. However, once created and delivered to the Minister, it must be provided to the applicant prior to the admissibility hearing. Particularly this is so when a specific request has been made.

[42] I am fully aware that the applicant was well aware of the case to be put against him. He had been convicted of serious offences. While applicant’s counsel challenges some of the officer’s findings as set out in the “Recommendation”, I see no basis for setting the matter

La Cour suprême du Canada a clairement déclaré que le ministre peut considérer ce type de document de recommandation comme des motifs de décision. La Cour, par ailleurs, tient couramment pour des motifs, dans divers contextes, ce type de document de recommandation (*Baker*, précité; *Hernandez*, précitée; *Leong* [. . .]

On a informé M. Lee en octobre 2005 que le ministre considérait les notes comme les motifs de la décision. Il n’y a aucune raison pour que la Cour traite ces notes différemment de la façon dont les notes et les documents de recommandation sont traités dans de nombreuses autres affaires.

[40] Dans la présente espèce, l’agent a établi et communiqué au ministre non seulement le « rapport », mais aussi une « Recommandation » détaillée accompagnée de nombreuses annexes. Ces derniers documents avaient sans aucun doute pour objet d’étouffer le contenu du rapport et d’en justifier les conclusions pour le ministre. Étant donné qu’ils ont été préparés, qu’ils ont été communiqués au ministre, qu’ils sont pertinents pour le « rapport » et qu’ils en étayaient le contenu, ces documents doivent être considérés comme faisant partie de ce « rapport ». La question n’est pas de savoir s’il y avait obligation d’établir la « Recommandation » et ses annexes, mais plutôt de savoir si, une fois qu’on les a préparées et communiquées au ministre et étant donné leur pertinence pour le « rapport », on aurait dû les transmettre au demandeur. Si l’on considère de surcroît que l’avocat du demandeur avait expressément demandé communication de documents de cette nature avant l’enquête, on ne voit aucune raison légitime au refus de les communiquer.

[41] Je conviens qu’il peut n’y avoir eu aucune nécessité de préparer ces documents et qu’il n’y aurait pas eu « manquement à l’obligation d’agir équitablement » s’ils n’avaient pas existé. Cependant, une fois qu’ils sont préparés et communiqués au ministre, ils doivent être transmis au demandeur avant l’enquête—d’autant plus lorsqu’on en a fait la demande expresse.

[42] Je me rends parfaitement compte que le demandeur était au courant des arguments qui seraient invoqués contre lui. Il avait en effet été déclaré coupable d’infractions graves. L’avocat du demandeur conteste certaines conclusions de l’agent formulées dans sa

aside on that basis. Applicant's counsel agreed that the findings can only be set aside if unreasonable. I find no patent unreasonableness in any of the findings challenged. That is not the critical issue.

[43] The issue here is not whether the applicant is a "criminal" and "ought to be deported anyway." The issue has to do with how Canada's officials in the administration of the IRPA carry out their duties. Here there was not a simple administrative task that, even if found to be unfair can be overlooked. Here we have a case where a relevant document was created and put before the Minister, yet withheld from the applicant. This is sufficient so as to require that the subsection 44(1) report be set aside and done again, this time properly.

[44] The applicant's counsel has asked that one or more questions be certified. I will certify the following question:

What constitutes the report under section 44(1) of IRPA and when, if at all, should that material be given to an applicant?

[45] There are no special circumstances that would warrant an award of costs.

[46] The parties are agreed that if the applicant is successful in IMM-6266-06 it is unnecessary to consider IMM-6267-06.

JUDGMENT

THIS COURT ADJUDGES that:

1. The application in IMM-6266-06 is allowed and the matter is returned for redetermination by a different officer under subsection 44(1) of the IRPA;

« Recommandation », mais je ne vois aucune raison d'annuler la décision sur cette base. L'avocat du demandeur a reconnu que les conclusions ne peuvent être annulées que si elles sont déraisonnables. Or, je constate qu'aucune des conclusions contestées n'est manifestement déraisonnable. Ce n'est pas là la question cruciale.

[43] La question en l'occurrence n'est pas de savoir si le demandeur est un « criminel » et « devrait être expulsé de toute façon », mais concerne plutôt la manière dont les fonctionnaires fédéraux chargés de l'application de la LIPR s'acquittent de leur tâche. Il ne s'agit pas ici d'une simple mesure administrative sur laquelle, même si l'on concluait à son injustice, on pourrait fermer les yeux. Nous nous trouvons devant le cas où un document pertinent a été préparé et soumis au ministre, mais n'a pas été communiqué au demandeur. Ce fait suffit à justifier que la Cour annule la décision rendue sous le régime du paragraphe 44(1) et ordonne qu'on recommence la procédure, en suivant les règles cette fois.

[44] L'avocat du demandeur a demandé à la Cour de certifier au moins une question. Je certifierai la question suivante :

[TRADUCTION] En quoi doit consister le rapport prévu au paragraphe 44(1) de la LIPR et dans quels cas, s'il en est, doit-on communiquer les documents qui font partie de ce rapport au demandeur?

[45] Il n'existe pas en l'espèce de circonstances spéciales qui justifieraient une condamnation aux dépens.

[46] Les parties ont convenu que si la demande IMM-6266-06 est accueillie, il n'est pas nécessaire d'instruire la demande IMM-6267-06.

JUGEMENT

LA COUR STATUE QUE :

1. La demande IMM-6266-06 est accueillie et l'affaire est renvoyée pour réexamen par un agent différent sous le régime du paragraphe 44(1) de la LIPR.

-
- | | |
|---|--|
| 2. It is not necessary to consider the application in IMM-6267-06; | 2. Il n'est pas nécessaire d'instruire la demande IMM-6267-06. |
| 3. There is no order as to costs; | 3. Aucuns dépens ne sont adjugés. |
| 4. The following question is certified: "What constitutes the report under section 44(1) of IRPA and when, if at all, should that material be given to an applicant?" | 4. La question suivante est certifiée : [TRADUCTION]
« En quoi doit consister le rapport prévu au paragraphe 44(1) de la LIPR et dans quels cas, s'il en est, doit-on communiquer les documents qui font partie de ce rapport au demandeur? » |

T-1996-05
2007 FC 764

T-1996-05
2007 CF 764

Chief Lloyd Chicot suing on his own behalf and on behalf of all Members of the Ka'a'Gee Tu First Nation and the Ka'a'Gee Tu First Nation (*Applicants*)

Le Chef Lloyd Chicot, agissant en son nom et au nom de tous les membres de la Première nation Ka'a'Gee Tu et la Première nation Ka'a'Gee Tu (*demandeurs*)

v.

c.

Minister of Indian and Northern Affairs Canada, Paramount Resources Ltd. (*Respondents*)

Le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien et Paramount Resources Ltd. (*défendeurs*)

INDEXED AS: KA'A'GEE TU FIRST NATION v. CANADA (MINISTER OF INDIAN AND NORTHERN AFFAIRS) (F.C.)

RÉPERTORIÉ : PREMIÈRE NATION KA'A'GEE TU c. CANADA (MINISTRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN) (C.F.)

Federal Court, Blanchard J.—Vancouver, June 19, 20; Ottawa, July 20, 2007.

Cour fédérale, juge Blanchard —Vancouver, 19 et 20 juin; Ottawa, 20 juillet 2007.

Aboriginal Peoples — Duty to consult — Judicial review of Mackenzie Valley Land and Water Board decision issuing amended land use permit to Paramount Resources Ltd. under Mackenzie Valley Resource Management Act following approval of extension to oil and gas development project — Federal Court having concurrent jurisdiction with Supreme Court of the Northwest Territories to hear application for prerogative relief from Board's decision — In related application, Crown found to have breached duty to consult, accommodate applicants with respect to approval of extension project — Crown thus not taking into account concerns of Aboriginal people as required by Act, s. 114 — As a result, Board prevented, pursuant to Act, s. 62, from issuing amended land use permit — Application allowed.

Peuples autochtones — Obligation de consultation — Contrôle judiciaire de la décision de l'Office des terres et des eaux de la vallée du Mackenzie de délivrer un permis d'utilisation des terres modifié à Paramount Resources Ltd. en vertu de la Loi sur la gestion des ressources de la vallée du Mackenzie à la suite de l'approbation de l'expansion d'un projet de mise en valeur de ressources pétrolières et gazières — La Cour fédérale a une compétence concurrente avec la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest à l'égard des demandes de réparation extraordinaire contre les décisions de l'Office — Dans une demande connexe, la Cour a conclu que la Couronne ne s'était pas acquittée de son obligation de consultation et d'accommodement quant à l'approbation du projet d'expansion — La Couronne n'a donc pas tenu compte des préoccupations des Autochtones, comme le prescrit l'art. 114 de la Loi — En conséquence, l'Office ne pouvait, en vertu de l'art. 62 de la Loi, délivrer le permis d'utilisation des terres modifié — Demande accueillie.

Federal Court Jurisdiction — Judicial review of Mackenzie Valley Land and Water Board decision to issue amended land use permit — Mackenzie Valley Resource Management Act, s. 32(1) granting Supreme Court of the Northwest Territories concurrent jurisdiction with Federal Court to hear applications for any prerogative relief against Board, whereas Act, s. 32(2) granting Supreme Court of the Northwest Territories exclusive jurisdiction with respect to action, proceeding concerning jurisdiction of Mackenzie Valley Land and Water Board, Mackenzie Valley Environmental Impact Review Board — "Jurisdiction" conferred by Act, s. 32(2) not including "any relief against a board", but limited to matters concerning loss, lack of

Compétence de la Cour fédérale — Contrôle judiciaire de la décision de l'Office des terres et des eaux de la vallée du Mackenzie de délivrer un permis d'utilisation des terres modifié — L'art. 32(1) de la Loi sur la gestion des ressources de la vallée du Mackenzie accorde à la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest une compétence concurrente avec la Cour fédérale à l'égard des demandes de réparation extraordinaire contre l'Office alors que l'art. 32(2) de la Loi lui confère la compétence exclusive de connaître de toute question relative à la compétence de l'Office des terres et des eaux de la vallée du Mackenzie ou de l'Office d'examen des répercussions environnementales de la vallée du Mackenzie — La « compétence » que confère l'art. 32(2) n'inclut pas

statutory authority to act — S. 32 not vacating Federal Court's jurisdiction herein.

Environment — Judicial review of Mackenzie Valley Land and Water Board decision issuing amended land use permit to Paramount Resources Ltd. under Mackenzie Valley Resource Management Act following approval of extension to oil and gas development project—Board initiating investigation following environmental assessment to determine whether Crown conducted appropriate consultation, accommodation with applicants—Subsequently issuing land use permit, stating not within its authority to evaluate accuracy of Crown's consultation, accommodation — Act, s. 114 providing purpose of Act, Part 5 (pertaining to Mackenzie Valley Environmental Impact Review Board) to, inter alia, “ensure that the concerns of aboriginal people and the general public are taken into account” in process related to proposals for development—Crown not taking such concerns into account before approving project—Board thus prevented by Act, s. 62 from issuing amended land use permit.

This was an amended application for judicial review of the decision of the Mackenzie Valley Land and Water Board (the Board) to issue an amended land use permit (the permit) to Paramount Resources Ltd. (Paramount) under the *Mackenzie Valley Resource Management Act* (the Act). The permit was issued following the approval of an “extension project” representing the third phase of oil and gas development in the Mackenzie Valley. The applicants objected to this decision, alleging that it was made in breach of the federal Crown's duty to consult and accommodate. (That decision was challenged in a separate application for judicial review (docket T-1379-05) heard concurrently.) The Board considered the amended application and, after having received submissions from the interested parties (the Minister of Indian and Northern Affairs, Paramount, and the applicants), rendered the decision at issue herein, stating, *inter alia*, that it was not within its authority to evaluate the accuracy of the Crown's consultation and accommodation. The issues were: (1) whether the Court had jurisdiction to hear the application; and (2) whether the Crown's failure to consult with and accommodate the applicant First Nation constituted a failure to comply with the requirements of the Act.

« contre l'office, toute réparation », mais se limite aux questions relatives à la perte ou à l'absence du pouvoir législatif d'agir — L'art. 32 n'exclut pas la compétence de la Cour fédérale en l'espèce.

Environnement — Contrôle judiciaire de la décision de l'Office des terres et des eaux de la vallée du Mackenzie de délivrer un permis d'utilisation des terres modifié à Paramount Resources Ltd. en vertu de la Loi sur la gestion des ressources de la vallée du Mackenzie à la suite de l'approbation de l'expansion d'un projet de mise en valeur de ressources pétrolières et gazières — L'Office a effectué une enquête après l'évaluation environnementale pour savoir si la Couronne avait pris des mesures de consultation et d'accommodement appropriées auprès des demandeurs — Par la suite, il a délivré le permis d'utilisation des terres, affirmant qu'il n'était pas de son ressort d'évaluer le caractère approprié des mesures de consultation et d'accommodement de la Couronne — L'art. 114 de la Loi expose l'objet de la partie 5 (qui a trait à l'Office d'examen des répercussions environnementales de la vallée du Mackenzie), soit, entre autres, de veiller à ce qu'il soit tenu compte, dans le cadre du processus des projets de développement, des préoccupations des Autochtones et du public en général — La Couronne n'a pas tenu compte de ces préoccupations avant d'approuver le projet — En conséquence, l'Office ne pouvait, en vertu de l'art. 62 de la Loi, délivrer le permis d'utilisation des terres modifié.

Il s'agissait d'une demande modifiée de contrôle judiciaire de la décision de l'Office des terres et des eaux de la vallée du Mackenzie (l'Office) de délivrer un permis d'utilisation des terres modifié (le permis) à Paramount Resources Ltd. (Paramount) en vertu de la *Loi sur la gestion des ressources de la vallée du Mackenzie* (la Loi). Le permis a été délivré à la suite de l'approbation du « projet d'expansion », soit la troisième étape d'un projet de mise en valeur de ressources pétrolières et gazières dans la vallée du Mackenzie. Les demandeurs ont contesté cette décision, soutenant qu'elle enfreignait l'obligation de consultation et d'accommodement qui incombait à la Couronne fédérale. (Cette décision a été contestée dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire distincte (n° de dossier T-1379-05) entendue en même temps que les présentes.) L'Office a examiné la demande modifiée et, après avoir reçu des observations des parties intéressées (le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, Paramount et les demandeurs), a rendu la décision en cause en l'espèce déclarant, entre autres, qu'il n'était pas de son ressort d'évaluer le caractère approprié des mesures de consultation et d'accommodement de la Couronne. Les questions litigieuses étaient celles de savoir si : 1) la Cour avait compétence pour entendre la demande; et 2) le fait que la Couronne n'ait pas consulté la demanderesse, la Première nation, ni pris de mesures d'accommodement à son endroit

Held, the application should be allowed.

(1) The question of the Court's jurisdiction engaged the interpretation of section 32 of the Act. Subsection 32(1) grants the Supreme Court of the Northwest Territories concurrent jurisdiction with the Federal Court in respect of applications for prerogative relief against the Board. But subsection 32(2) confers exclusive jurisdiction upon the Supreme Court of the Northwest Territories to hear and determine any action or proceeding "concerning the jurisdiction" of the Mackenzie Valley Land and Water Board or the Mackenzie Valley Environmental Impact Review Board. The word jurisdiction here does not include "any relief against a board by way of an order in the nature of *certiorari*, *mandamus*, *quo warranto* or prohibition" as provided for in subsection 32(1). Had Parliament intended to vacate the Federal Court's jurisdiction entirely, it would have used clear language to that effect. The exclusive jurisdiction conferred in subsection 32(2) is limited to matters concerning the two boards' loss or lack of statutory authority to act. As such, section 32 of the Act does not vacate the Federal Court's concurrent jurisdiction with respect to matters involving natural justice and procedural fairness. The Court could therefore hear and decide the matters at issue in the present instance.

(2) The purpose of Part 5 of the Act, which pertains to the Mackenzie Valley Environmental Impact Review Board, is set out in section 114. It is "to establish a process comprising a preliminary screening, an environmental assessment and an environmental impact review in relation to proposals for developments" and, *inter alia*, "to ensure that the concerns of aboriginal people and the general public are taken into account in that process." In application T-1379-05, the Crown was found to have failed to discharge its duty to consult and accommodate before making a final decision on the approval of the extension project. Inherent in the Crown's duty to consult is the obligation to ensure that the concerns of the Aboriginal people are taken into account. By failing to meet its duty to consult and accommodate in the circumstances of this case, the Crown could not, therefore, be said to have taken into account the concerns of the Aboriginal people, as required by section 114 of the Act, before making its decision to approve the extension project. As the requirements of Part 5 were not complied with, the Board was prevented, pursuant to section 62 of the Act, from issuing the permit at issue in these proceedings. The Board's decision was therefore set aside. However, because an immediate order quashing the permit might have been counter-productive to the overall

constituait un défaut de remplir les conditions prévues par la Loi.

Jugement : la demande doit être accueillie.

1) Pour répondre à la question de la compétence de la Cour, il fallait procéder à une interprétation de l'article 32 de la Loi. Le paragraphe 32(1) accorde à la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest une compétence concurrente avec la Cour fédérale à l'égard des demandes de réparation extraordinaire contre l'Office. Cependant, le paragraphe 32(2) confère à la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest la compétence exclusive de connaître de toute question relative à la « compétence » de l'Office des terres et des eaux de la vallée du Mackenzie ou de l'Office d'examen des répercussions environnementales de la vallée du Mackenzie. Le mot « compétence » ici n'inclut pas « contre l'office, toute réparation » comme le dit le paragraphe 32(1) « par voie de bref - *certiorari*, *mandamus*, *quo warranto* ou prohibition — ou d'ordonnance de même nature ». Si le législateur avait voulu exclure totalement la compétence de la Cour fédérale, il l'aurait indiqué clairement. La compétence exclusive que confère le paragraphe 32(2) se limite aux questions relatives à la perte ou à l'absence du pouvoir législatif d'agir des deux offices. À ce titre, l'article 32 de la Loi n'exclut pas la compétence concurrente de la Cour fédérale à l'égard de questions mettant en cause la justice naturelle et l'équité procédurale. La Cour avait donc compétence pour connaître des questions qui étaient en litige en l'espèce.

2) L'article 114 de la Loi expose l'objet de la partie 5, qui a trait à l'Office d'examen des répercussions environnementales de la vallée du Mackenzie, soit d'« instaurer un processus comprenant un examen préalable, une évaluation environnementale et une étude d'impact relativement aux projets de développement » pour, entre autres, « veiller à ce qu'il soit tenu compte, dans le cadre du processus, des préoccupations des Autochtones et du public en général ». Dans la demande n° T-1379-05, la Cour a conclu que la Couronne ne s'était pas acquittée de son obligation de consultation et d'accommodement avant de prendre une décision finale quant à l'approbation du projet d'expansion. L'obligation de consultation de la Couronne comporte en soi l'obligation de veiller à ce que l'on tienne compte des préoccupations des Autochtones. On ne peut donc pas dire que la Couronne, en omettant de s'acquitter de son obligation de consultation et d'accommodement dans les circonstances de l'espèce, a tenu compte des préoccupations des Autochtones, comme le prescrit l'article 114 de la Loi, avant de décider d'approuver le projet d'expansion. Comme les conditions prévues par la partie 5 n'ont pas été remplies, l'Office ne pouvait, selon l'article 62 de la Loi, délivrer le permis en cause en l'espèce. La décision de l'Office a donc été annulée.

process, the parties were given an opportunity to address the question of whether the effect of such an order should be stayed for a period of time to allow for consultation.

Cependant, étant donné que le prononcé immédiat d'une ordonnance qui annulerait le permis aurait peut-être un effet contre-productif pour l'ensemble du processus, les parties ont eu l'occasion de traiter de la question de savoir s'il convenait de suspendre pendant un certain temps l'effet d'une ordonnance annulant le permis afin qu'elles puissent tenir des consultations.

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].

Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 35.

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 26), 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27), 50.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 16; 2002, c. 8, s. 47).

Mackenzie Valley Land Use Regulations, SOR/98-429, s. 22(2)(b).

Mackenzie Valley Resource Management Act, S.C. 1998, c. 25, ss. 9, 9.1, 12, 32 (as am. by S.C. 2005, c. 1, s. 28), 62, 101.1 (as enacted *idem*, s. 58), 102 (as am. *idem*), 114.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Canada 3000 Inc. (Re); Inter-Canadian (1991) Inc. (Trustee of), [2006] 1 S.C.R. 865; (2006), 269 D.L.R. (4th) 79; 20 C.B.R. (5th) 1; 349 N.R. 1; 212 O.A.C. 338; 10 P.P.S.A.C. (3d) 66; 2006 SCC 24.

CONSIDERED:

Ka'a'Gee Tu First Nation v. Canada (Attorney General) (2007), 30 C.E.L.R. (3d) 166; 2007 FC 763; *Canada Labour Relations Board v. Transair Ltd.*, [1977] 1 S.C.R. 722; (1976), 67 D.L.R. (3d) 421; 76 CLLC 14,024; 9 N.R. 181; *Northwestern Utilities Ltd. et al. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684; (1978), 12 A.R. 449; 89 D.L.R. (3d) 161; 7 Alta. L.R. (2d) 370; 23 N.R. 565; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, [2004] 3 S.C.R. 511; (2004), 245 D.L.R. (4th) 33; [2005] 3 W.W.R. 419; 206 B.C.A.C. 52; 36 B.C.L.R. (4th) 282; 19 Admin. L.R. (4th) 195; 11 C.E.L.R. (3d) 1; [2005] 1 C.N.L.R. 72; 327 N.R. 53; 26 R.P.R. (4th) 1; 2004 SCC 73.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].

Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], s. 35.

Loi sur la gestion des ressources de la vallée du Mackenzie, L.C. 1998, ch. 25, art. 9, 9.1, 12, 32 (mod. par L.C. 2005, ch. 1, art. 28), 62, 101.1 (édicte, *idem*, art. 58), 102 (mod., *idem*), 114.

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 26), 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27), 50.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 16; 2002, ch. 8, art. 47).

Règlement sur l'utilisation des terres de la vallée du Mackenzie, DORS/98-429, art. 22(2)b).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Canada 3000 Inc. (Re); Inter-Canadien (1991) Inc. (Syndic de), [2006] 1 R.C.S. 865; 2006 CSC 24.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Première nation Ka'a'Gee Tu c. Canada (Procureur général), 2007 CF 763; *Conseil canadien des relations du travail c. Transair Ltd.*, [1977] 1 R.C.S. 722; *Northwestern Utilities Ltd. et autre c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511; 2004 CSC 73.

REFERRED TO:

R. v. McIntosh, [1995] 1 S.C.R. 686; (1995), 95 C.C.C. (3d) 481; 36 C.R. (4th) 171; 178 N.R. 161; 79 O.A.C. 81; *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.

AUTHORS CITED

Canada. Parliament. Standing Senate Committee on Aboriginal Peoples. *Proceedings*, 36th Parliament, 1st Session, No. 10 (June 17, 1997).
House of Commons Debates, Vol. 135, No. 023, 36th Parliament, 1st Session (October 29, 1998).

APPLICATION for judicial review of the decision of the Mackenzie Valley Land and Water Board to issue an amended land use permit to Paramount Resources Ltd. under the *Mackenzie Valley Resource Management Act*. Application allowed.

APPEARANCES:

Timothy J. Howard for applicants.
Donna Tomljanovic and *Maria A. Mendola-Dow* for respondent Minister of Indian and Northern Affairs Canada.
Everett L. Bunnell, Q.C. and *E. Jung Lee* for respondent Paramount Resources Ltd.
Ronald M. Kruhlak for respondent Mackenzie Land and Water Board.

SOLICITORS OF RECORD:

Mandell Pinder, Vancouver, for applicants.
Deputy Attorney General of Canada for respondent Minister of Indian and Northern Affairs Canada.
Macleod Dixon LLP, Calgary, for respondent Paramount Resources Ltd.
McLennan Ross LLP, Edmonton, for Mackenzie Land and Water Board.

The following are the reasons for order rendered in English by

DÉCISIONS CITÉES :

R. c. McIntosh, [1995] 1 R.C.S. 686; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559; 2002 CSC 42.

DOCTRINE CITÉE

Canada. Parlement. Comité sénatorial permanent des Peuples autochtones. *Délibérations*, 36^e législature, 1^{re} session, n° 10 (17 juin 1998).
Débats de la Chambre des communes, vol. 135, n° 023, 36^e législature, 1^{re} session (29 octobre 1997).

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision de l'Office des terres et des eaux de la vallée du Mackenzie de délivrer un permis d'utilisation des terres modifié à Paramount Resources Ltd. en vertu de la *Loi sur la gestion des ressources de la vallée du Mackenzie*. Demande accueillie.

ONT COMPARU :

Timothy J. Howard pour les demandeurs.
Donna Tomljanovic et *Maria A. Mendola-Dow* pour le défendeur le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien.
Everett L. Bunnell, c.r. et *E. Jung Lee* pour la défenderesse Paramount Resources Ltd.
Ronald M. Kruhlak pour le défendeur l'Office des terres et des eaux de la vallée du Mackenzie.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Mandell Pinder, Vancouver, pour les demandeurs.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien.
Macleod Dixon LLP, Calgary, pour la défenderesse Paramount Resources Ltd.
McLennan Ross LLP, Edmonton, pour le défendeur l'Office des terres et des eaux de la vallée du Mackenzie.

Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance rendus par

BLANCHARD J.:

1. Introduction

[1] The applicants bring this amended application for judicial review in respect of the decision of the Mackenzie Valley Land and Water Board (the Land and Water Board [or the Board]) to issue an amended land use permit MV2002A0046 (the LUP) to Paramount Resources Ltd. (Paramount) on September 29, 2005 pursuant to its powers under the *Mackenzie Valley Resource Management Act* [S.C. 1998, c. 25] (the Act) and associated regulations.

2. Background Facts

[2] The LUP was issued following the approval of the “extension project.” The extension project represents the third phase of oil and gas development in the Mackenzie Valley, in an area known as the Cameron Hills and signaled the beginning of production work. The applicants in a separate application for judicial review, T-1379-05, challenged the decision to approve the extension project alleging that the Crown had failed to meet its duty to consult and accommodate. That matter was scheduled to be heard at the same time as the within application. The issues raised in application T-1379-05 have now been decided and my reasons for order are filed concurrently with these reasons [(2007), 30 C.E.L.R. (3d) 166 (F.C.)]. A comprehensive review of the background facts including the history of oil and gas development in the Mackenzie Valley, a review of the regulatory process and applicable treaties is set out in my reasons in application T-1379-05. I will not repeat here all of those facts which are also material to the within application. I will limit my summary of the facts here to those circumstances not covered earlier and which bear on the issues raised in this application.

Mr. Todd Burlingame’s Appointment

[3] Mr. Todd Burlingame was the chairperson of the Mackenzie Valley Environmental Impact Review Board (the Review Board) during the environmental

LE JUGE BLANCHARD :

1. Introduction

[1] Les demandeurs introduisent la présente demande modifiée de contrôle judiciaire en rapport avec la décision de l’Office des terres et des eaux de la vallée du Mackenzie (l’Office des terres et des eaux [ou l’Office]) de délivrer un permis d’utilisation des terres modifié MV2002A0046 (le PUT) à Paramount Resources Ltd. (Paramount) le 29 septembre 2005, conformément aux pouvoirs que lui confère la *Loi sur la gestion des ressources de la vallée du Mackenzie* [L.C. 1998, ch. 25] (la Loi) et ses règlements d’application.

2. Le contexte

[2] Le PUT a été délivré à la suite de l’approbation du « projet d’expansion ». Ce dernier, la troisième étape d’un projet de mise en valeur de ressources pétrolières et gazières dans la vallée du Mackenzie, dans une région connue sous le nom de « collines Cameron », a marqué le début des travaux de production. Dans une demande de contrôle judiciaire distincte, portant le n° T-1379-05, les demandeurs ont contesté la décision d’approuver le projet d’expansion, alléguant que la Couronne ne s’était pas acquittée de l’obligation de consultation et d’accommodement qui lui incombait. L’audition de cette affaire a été fixée au même moment que celle de la présente demande. Les questions soulevées dans la demande n° T-1379-05 sont maintenant tranchées, et mes motifs d’ordonnance sont déposés en même temps que les présents motifs [2007 CF 763]. Dans mes motifs concernant la demande n° T-1379-05, j’expose en détail le contexte factuel, y compris l’historique du projet de mise en valeur de ressources pétrolières et gazières dans la vallée du Mackenzie et j’examine le processus réglementaire et les traités applicables. Je ne répéterai pas ici tous les faits qui sont également importants pour la présente demande, et je me limiterai aux circonstances dont il n’a pas été question antérieurement et qui ont une incidence sur les questions soulevées en l’espèce.

La nomination de M. Todd Burlingame

[3] M. Todd Burlingame était le président de l’Office d’examen des répercussions environnementales de la vallée du Mackenzie (l’Office d’examen) à l’époque de

assessment of the extension project. This appointment ended effective February 1, 2005.

[4] On January 21, 2005, the Land and Water Board provided to the Minister of Indian and Northern Affairs Canada (INAC) a list of three recommended candidates for the position of chairperson of that Board, pursuant to subsection 12(1) of the Act. Mr. Burlingame's name was not among them. On February 25, 2005, the Board again wrote to the Minister, expressing concern that he was contemplating appointing a chairperson who was not among the Board's recommended nominees. The Board stressed that it had used a fair process and requested that the Minister collaborate with it in making the appointment.

[5] The Minister did not respond to the Board's letters of January 21 and February 25. On or about March 9, 2005, the Minister appointed Mr. Burlingame as chairperson of the Land and Water Board. The Board was informed of this by a fax dated March 10, 2005.

Land Use Permit Amendment

[6] Paramount sought to amend its LUP on June 21, 2005. The Land and Water Board advised that it would not process the amended application until approval from the responsible ministers was received. The ministers issued their decision to approve the extension project subject to certain mitigation measures on July 5, 2005.

[7] By letters dated July 20 and July 28, 2005, the applicants wrote to the Land and Water Board and informed it that the ministers' decision was made in breach of the federal Crown's duty to consult and accommodate and that there had yet to be proper consultation with the applicants.

[8] On July 22, 2005, the Land and Water Board sought input on the amended application from stakeholders, including the applicants. On July 26, 2005, the Land and Water Board responded to the applicants' July 20, 2005 letter informing the applicants that Paramount's applications were the subject of an

l'évaluation environnementale du projet d'expansion. Cette nomination a pris fin le 1^{er} février 2005.

[4] Le 21 janvier 2005, l'Office des terres et des eaux a fourni au ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien (AINC) une liste de trois candidats recommandés pour le poste de président de l'Office, comme le prévoit le paragraphe 12(1) de la Loi. Le nom de M. Burlingame n'y figurait pas. Le 25 février 2005, l'Office a écrit une fois de plus au ministre, lui faisant part de son inquiétude à l'égard du fait qu'il envisageait de nommer un président ne faisant pas partie des candidats que l'Office recommandait. L'Office a souligné qu'il avait appliqué un processus équitable et il a demandé que le ministre collabore avec lui pour procéder à la nomination.

[5] Le ministre n'a pas répondu aux lettres de l'Office datées du 21 janvier et du 25 février. Le 9 mars 2005, ou aux environs de cette date, le ministre a nommé M. Burlingame au poste de président de l'Office des terres et des eaux. L'Office en a été informé par télécopieur, le 10 mars 2005.

Modification du permis d'utilisation des terres

[6] Paramount a cherché à faire modifier son PUT le 21 janvier 2005. L'Office des terres et des eaux a fait savoir qu'il ne traiterait la demande modifiée qu'après avoir obtenu l'accord des ministres compétents. Ceux-ci ont rendu leur décision d'approuver le projet d'expansion, sous réserve de certaines mesures d'atténuation, le 5 juillet 2005.

[7] Par des lettres datées du 20 et du 28 juillet 2005, les demandeurs ont informé l'Office des terres et des eaux que la décision des ministres enfreignait l'obligation de consultation et d'accommodement qui incombait à la Couronne fédérale et qu'on ne les avait pas encore consultés de manière appropriée.

[8] Le 22 juillet 2005, l'Office des terres et des eaux a demandé aux intervenants, dont les demandeurs faisaient partie, quel était leur point de vue sur la demande modifiée. Le 26 juillet 2005, l'Office des terres et des eaux a répondu à la lettre des demandeurs du 20 juillet 2005, informant ces derniers que les

environmental assessment which was now completed. The Land and Water Board informed the applicants that it would notify the communities and parties to the permit review process of the results of the environmental assessment, and subject to comments received would then proceed to complete the licensing process.

[9] In a letter dated July 29, 2005 to the Board, the Minister provided his input on the amended application. He inquired into certain technical aspects of the project and expressed the view that all project components were consistent with the original application and that no additional operations were proposed. He also opined that the recommended measures from the environmental assessment should be maintained for the amended project.

[10] On August 10, 2005, the Land and Water Board met to consider the amended application and all of the submissions made, including letters submitted by counsel on behalf of the applicants.

[11] By letter dated August 3, 2005, and faxed on August 11, 2005 to the Regional Director General of INAC, the Land and Water Board advised the Minister that it was exercising its powers under paragraph 22(2)(b) of the *Mackenzie Valley Land Use Regulations*, SOR/98-429 (the Regulations) to initiate an investigation into whether the federal Crown had conducted appropriate consultation and accommodation with the applicants. It further advised the Minister that it would not be issuing the amended LUP until it had received a detailed summary of the Crown's consultation efforts in relation to the applicants.

[12] On August 29, 2005, the Minister advised the Land and Water Board that it believed that the Crown's legal duty to consult had been met in these circumstances, but was unable to provide further information about the duty since the information requested was the subject of litigation.

demandes de Paramount avaient été l'objet d'une évaluation environnementale qui était maintenant terminée. L'Office des terres et des eaux a informé les demandeurs qu'il ferait part des résultats de l'évaluation environnementale aux collectivités et aux parties ayant participé au processus d'examen de permis et que, sous réserve des commentaires reçus, il procéderait ensuite à la conclusion du processus d'octroi de permis.

[9] Dans une lettre datée du 29 juillet 2005 et adressée à l'Office, le ministre a fait part de son point de vue sur la demande modifiée. Il s'est enquis de certains aspects techniques du projet et a exprimé l'avis que tous les éléments de ce dernier concordaient avec la demande initiale et qu'aucune activité additionnelle n'était proposée. Il a également exprimé l'opinion que l'on conserve, pour le projet modifié, les mesures recommandées à la suite de l'évaluation environnementale.

[10] Le 10 août 2005, l'Office des terres et des eaux a tenu une réunion en vue d'examiner la demande de modification ainsi que la totalité des observations soumise, y compris les lettres transmises par avocat pour le compte des demandeurs.

[11] Par une lettre datée du 3 août 2005 et transmise par télécopieur le 11 août suivant au directeur général régional d'AINC, l'Office des terres et des eaux a informé le ministre qu'il exerçait les pouvoirs que lui conférait l'alinéa 22(2)b) du *Règlement sur l'utilisation des terres de la vallée du Mackenzie*, DORS/98-429 (le Règlement) pour effectuer une enquête afin de savoir si la Couronne fédérale avait pris des mesures de consultation et d'accommodement appropriées auprès des demandeurs. Il a de plus indiqué au ministre qu'il ne délivrerait pas le PUT modifié avant d'avoir reçu un sommaire détaillé des efforts de consultation faits par la Couronne en rapport avec les demandeurs.

[12] Le 29 août 2005, le ministre a informé l'Office des terres et des eaux qu'il croyait que, dans les circonstances, la Couronne s'était acquittée de son obligation légale de consultation, mais qu'il lui était impossible de fournir plus de renseignements sur cette obligation car les renseignements demandés faisaient l'objet d'un litige.

[13] On August 31, 2005, Paramount, responding to the Minister's letter of August 29, wrote to the Board objecting to any delay in the regulatory approvals process in view of the fact that ministerial approval had already been received.

[14] On September 13, 2005, the applicants, responding to the Minister's August 29, 2005 letter, wrote to the Board indicating that INAC had not responded to the Board's request for information and asked that the Board not issue the amended LUP until assurances had been received that appropriate consultation had taken place.

[15] The Board met on September 22, 2005, to discuss Paramount's amended application. Mr. Burlingame was present at this meeting. On September 29, 2005, on behalf of the Land and Water Board, Mr. Burlingame issued land use permit No. MV2002A0046, the LUP at issue in this application, and water licence No. MV2002L1-00007 for the five wells mentioned in the application. On October 11, 2005, on behalf of the Land and Water Board, Mr. Burlingame issued reasons in support of the decision.

[16] By letter to the Land and Water Board dated October 17, 2005, the applicants expressed disagreement with the decision and requested that the Board suspend the operation of the amended permits. The Land and Water Board responded by letter on October 31, 2005. It stated that it was not "within the board's authority to evaluate the accuracy of the Crown's consultation and accommodation towards Ka'a'Gee Tu First Nation (KTFN), particularly when this issue is before the courts." The letter also confirmed that the Board had received assurances from INAC that the Crown's duty to consult with the KTFN about Paramount's proposed activities in the Cameron Hills had been met.

[17] The applicants filed the within application challenging the validity of the decision of the Land and

[13] Le 31 août 2005, répondant à la lettre du ministre datée du 29 août, Paramount a écrit à l'Office pour indiquer qu'elle s'opposait à tout délai dans le processus d'autorisation réglementaire étant donné que l'autorisation ministérielle requise avait déjà été reçue.

[14] Le 13 septembre 2005, répondant à la lettre du ministre datée du 29 août 2005, les demandeurs ont écrit à l'Office pour dire qu'AINC n'avait pas répondu à la demande de renseignements de l'Office et ils ont demandé que l'Office ne délivre pas le PUT modifié avant d'avoir reçu l'assurance que des consultations appropriées avaient eu lieu.

[15] L'Office a tenu une réunion le 22 septembre 2005 afin de discuter de la demande modifiée de Paramount. M. Burlingame était présent. Le 29 septembre 2005, au nom de l'Office des terres et des eaux, M. Burlingame a délivré le permis d'utilisation des terres n°MV2002A0046, c'est-à-dire le PUT qui est en litige dans la présente demande, de même que le permis d'utilisation des eaux n°MV2002L1-00007, pour les cinq puits mentionnés dans la demande. Le 11 octobre 2005, au nom de l'Office des terres et des eaux, M. Burlingame a fait connaître les motifs étayant la décision.

[16] Par une lettre datée du 17 octobre 2005 et destinée à l'Office des terres et des eaux, les demandeurs ont exprimé leur désaccord à l'égard de la décision et ont demandé que l'Office suspende l'application des permis modifiés. L'Office des terres et des eaux a répondu par une lettre datée du 31 octobre 2005 dans laquelle il a affirmé qu'il n'était pas de son [TRADUCTION] « ressort d'évaluer le caractère approprié des mesures de consultation et d'accommodement de la Couronne envers la Première nation Ka'a'Gee Tu (la PNKT), d'autant plus que la question a été soumise aux tribunaux ». La lettre confirmait également que l'Office avait obtenu d'AINC l'assurance que la Couronne s'était acquittée de son obligation de consulter la PNKT au sujet des activités que Paramount se proposait d'exécuter dans les collines Cameron.

[17] Par la présente demande, les demandeurs contestent la validité de la décision de l'Office des terres

Water Board to issue the land use permit for the five wells. The applicants have not challenged the decision to issue the water licence.

Procedural History of Application T-1996-05

[18] Application T-1996-05 was filed on November 4, 2005. Upon being informed that the respondents adopted the position that the issues raised in T-1996-05 fell outside the jurisdiction of the Federal Court by virtue of subsection 32(2) [as am. by S.C. 2005, c. 1, s. 28] of the Act, the applicants filed an identical application enjoining the same parties in the Northwest Territories Supreme Court, action No. S-0001-CV-2005-000326. This proceeding has been adjourned *sine die* pending the disposition of the within application.

[19] The applicants then sought by motion to amend their application by deleting the request for a declaration that the Minister acted *ultra vires* his powers under subsection 12(2) of the Act in appointing Mr. Burlingame to the position of chairperson. The applicants also sought the removal of the Land and Water Board and Mr. Burlingame in his capacity as chairperson, as respondents.

[20] The respondents moved to have application T-1996-05 struck for want of jurisdiction or alternatively stayed pursuant to section 50.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 16; 2002, c. 8, s. 47] of the *Federal Courts Act* [R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. *idem*, s. 14)].

[21] The motions were heard together before Prothonotary Lafrenière on February 7, 2006.

[22] The motion to amend the notice of application was granted and the respondents' motion was dismissed. In dismissing the motion to strike and/or stay the application, the learned Prothonotary concluded that in the absence of case law dealing with the proper interpretation of subsection 32(2), the respondents had failed to establish that this proceeding was "bereft of any possibility of success" or that this was an exceptional

et des eaux de délivrer le permis d'utilisation des terres qui se rapporte aux cinq puits. Ils ne contestent pas la décision de délivrer le permis d'utilisation des eaux.

Historique des procédures entourant la demande T-1996-05

[18] La demande n° T-1996-05 a été déposée le 4 novembre 2005. Après avoir été informés que les défendeurs étaient d'avis que les questions soulevées dans cette demande ne relevaient pas de la compétence de la Cour fédérale du fait du paragraphe 32(2) [mod. par L.C. 2005, ch. 1, art. 28] de la Loi, les demandeurs ont déposé une demande identique liant les mêmes parties devant la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest, dans le cadre de l'action n° S-0001-CV-2005-000326. Cette instance a été ajournée *sine die* en attendant que la présente demande soit tranchée.

[19] Les demandeurs ont ensuite demandé par voie de requête de modifier leur demande en supprimant la demande visant l'obtention d'une déclaration portant que le ministre avait outrepassé les pouvoirs que lui confèrait le paragraphe 12(2) de la Loi en nommant M. Burlingame au poste de président. Ils ont demandé que l'Office des terres et des eaux et M. Burlingame, en sa qualité de président, soient radiés à titre de défendeurs.

[20] Les défendeurs ont demandé que la demande n° T-1996-05 soit radiée pour absence de compétence ou, subsidiairement, qu'elle soit suspendue en application de l'article 50.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 16; 2002, ch. 8, art. 47] de la *Loi sur les Cours fédérales* [L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod., *idem*, art. 14)].

[21] Les requêtes ont été entendues ensemble devant le protonotaire Lafrenière le 7 février 2006.

[22] La requête en modification de l'avis de demande a été accordée et la requête des défendeurs a été rejetée. En rejetant la requête en radiation ou en suspension de la demande, le protonotaire a conclu que, en l'absence de jurisprudence concernant l'interprétation correcte du paragraphe 32(2), les défendeurs n'étaient pas parvenus à établir que l'instance était [TRADUCTION] « dépourvue de toute possibilité de succès » ou qu'il s'agissait là

case in which the originating notice should be struck. He concluded that the matter should be raised at the hearing of the application.

d'une affaire exceptionnelle dans laquelle il convenait de radier l'avis de demande introductif. Il a conclu qu'il fallait soulever l'affaire à l'audition de la demande.

3. Issues

3. Les questions en litige

[23] The applicants raise the following issues in their application:

[23] Les demandeurs soulèvent les questions suivantes dans leur demande :

A. Does the federal Crown's failure to consult with and accommodate the Ka'a'Gee Tu First Nation constitute a failure to comply with the requirements of Part 5 of the Act?

A. Le fait que la Couronne fédérale n'ait pas consulté la Première nation Ka'a'Gee Tu ni pris de mesures d'accommodement à son endroit constitue-t-il un défaut de remplir les conditions prévues par la partie 5 de la Loi?

B. Did the Minister act illegally and *ultra vires* his powers under section 12 of the Act in appointing Mr. Burlingame with the result that the decision to issue the LUP in which Mr. Burlingame participated is void?

B. Le ministre a-t-il agit illégalement et outrepassé les pouvoirs que lui confèrent l'article 12 de la Loi en nommant M. Burlingame, avec le résultat que la décision de délivrer la PUT, à laquelle ce dernier a pris part, est nulle?

C. Did the Land and Water Board breach the rules of procedural fairness and natural justice by permitting Mr. Burlingame to participate in the determination of the investigation initiated by the Land and Water Board under paragraph 22(2)(b) of the Regulations to determine whether or not the Federal Crown had fulfilled its obligation to consult and accommodate?

C. L'Office des terres et des eaux a-t-il manqué aux règles de l'équité procédurale et de la justice naturelle en permettant à M. Burlingame de prendre part à la décision relative à l'enquête entreprise par l'Office des terres et des eaux en vertu de l'alinéa 22(2)b) du Règlement en vue de décider si la Cour fédérale s'était acquittée ou non de son obligation de consultation et d'accommodement?

D. Did the Land and Water Board breach the rules of procedural fairness and natural justice by permitting Mr. Burlingame to participate in the decision to approve and issue the amended LUP?

D. L'Office des terres et des eaux a-t-il manqué aux règles de l'équité procédurale et de la justice naturelle en permettant à M. Burlingame de prendre part à la décision d'autoriser et de délivrer le PUT modifié?

4. Jurisdiction

4. Compétence

[24] Before proceeding to consider the arguments of the parties with respect to the issues raised in this application, I must first be satisfied that I have jurisdiction to hear the application. It is the respondents' position that the Court does not have the jurisdiction to hear the application. They contend that jurisdiction properly rests with the Northwest Territories Supreme Court pursuant to the provisions of subsection 32(2) of the Act.

[24] Avant d'examiner les arguments des parties au sujet des questions soulevées en l'espèce, il me faut d'abord vérifier si j'ai compétence pour entendre la demande. Les défendeurs sont d'avis que la Cour n'est pas compétente pour entendre la demande. Ils soutiennent qu'aux termes du paragraphe 32(2) de la Loi, c'est la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest qui l'est.

[25] In considering whether this Court has jurisdiction to entertain the application, it is necessary to consider whether the nature of the relief sought falls within the subject-matter or matters over which this Court has jurisdiction. In doing so it must be borne in mind that the Federal Court is a statutory court and its jurisdiction is dependent on that conferred by an Act of the Parliament of Canada.

[26] The within amended application is in respect of a decision of the Land and Water Board to issue a land use permit under the Act wherein the applicants seek the following relief:

- (a) a declaration that the breach by the Responsible Ministers of their constitutional and legal obligation to consult with the Ka'a'Gee Tu First Nation (the "Ka'a'Gee Tu") and accommodate the Ka'a'Gee Tu's Aboriginal and Treaty Rights is a failure to comply with Part 5 of the Act;
- (b) an order directing the Responsible Ministers to consult with the Ka'a'Gee Tu and accommodate the Ka'a'Gee Tu's Aboriginal and Treaty Rights before allowing the Extension Project, as defined below, to proceed;
- (c) an order quashing and setting aside the Amended Land Use Permit;
- (d) [deleted]
- (e) [deleted]
- (f) a declaration that Mr. Burlingame's participation in the decision to issue the Amended Land Use Permit renders that decision contrary to law;
- (g) a declaration that the issuance of the Amended Land Use Permit was made in breach of the duties of procedural fairness and natural justice;
- (h) an order staying the Amended Land Use Permit and restraining Paramount from proceeding with any activities authorized pursuant to the Amended Land Use Permit pending the disposition of this application;

[25] Pour déterminer si la présente Cour a compétence pour entendre la demande, il est nécessaire de vérifier si la nature de la réparation demandée s'inscrit dans le cadre du ou des objets à l'égard desquels la présente Cour est compétente. Pour ce faire, il faut garder à l'esprit que la Cour fédérale est un tribunal d'origine législative et que sa compétence dépend de celle que lui confère une loi fédérale.

[26] La présente demande modifiée concerne une décision de l'Office des terres et des eaux de délivrer un permis d'utilisation des terres en vertu de la Loi, et les demandeurs sollicitent la réparation suivante :

[TRANSLATION]

- a) une déclaration portant que le manquement des ministres responsables à l'égard de leur obligation constitutionnelle et légale de consulter la Première nation Ka'a'Gee Tu (la PNKT) et de prendre des mesures d'accommodement à l'égard des droits ancestraux et issus de traités de la PNKT constitue une violation de la partie 5 de la Loi;
- b) une ordonnance prescrivant aux ministres responsables de consulter la PNKT et de prendre des mesures d'accommodement à l'égard de ses droits ancestraux et issus de traités avant d'autoriser la poursuite du projet d'expansion, tel que défini ci-après;
- c) une ordonnance annulant le permis d'utilisation des terres modifié;
- d) [supprimé]
- e) [supprimé]
- f) une déclaration portant que, à cause de la participation de M. Burlingame à la décision de délivrer le permis d'utilisation des terres modifié, cette décision est contraire à la loi;
- g) une déclaration portant que le permis d'utilisation des terres modifié a été délivré en violation des obligations d'équité procédurale et de justice naturelle;
- h) une ordonnance suspendant le permis d'utilisation des terres modifié et empêchant Paramount de procéder à toute activité autorisée par ce permis en attendant que la présente demande soit tranchée;

- | | |
|--|--|
| (i) costs; and | i) les dépens; |
| (j) such further and other relief as this Honourable Court may deem appropriate. | j) toute autre réparation que la Cour estime appropriée. |

[27] The applicants essentially seek declaratory relief and an order quashing the land use permit and staying any activities permitted by the permit.

[27] Les demandeurs sollicitent essentiellement un jugement déclaratoire et une ordonnance annulant le permis d'utilisation des terres et suspendant toutes les activités que celui-ci autorise.

[28] It is not disputed that the applicants' claim is based on existing and applicable federal law, the *Mackenzie Valley Resource Management Act*, which is within the legislative competence of the Parliament of Canada. It follows, therefore, that the Federal Court would have jurisdiction to hear the application, unless an Act of Parliament provides otherwise.

[28] Il n'est pas contesté que la demande des demandeurs est fondée sur une loi fédérale existante et applicable, la *Loi sur la gestion des ressources de la vallée du Mackenzie*, qui relève de la compétence législative du Parlement du Canada. Il s'ensuit donc que la Cour fédérale a compétence pour entendre la demande, à moins qu'une loi fédérale n'indique le contraire.

[29] It is the respondents position that by enacting subsection 32(2) of the Act, Parliament conferred exclusive jurisdiction with respect to the relief sought in this amended application to the Supreme Court of the Northwest Territories, thereby depriving the Federal Court of any jurisdiction to hear the application.

[29] Les défendeurs sont d'avis que, en adoptant le paragraphe 32(2) de la Loi, le législateur a conféré à la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest une compétence exclusive à l'égard de la réparation sollicitée dans la présente demande modifiée, privant ainsi la Cour fédérale de toute compétence pour ce qui est d'entendre la demande.

[30] Section 32 of the Act provides as follows [s. 32(1) (as am. by S.C. 2005, c. 1, s. 28)]:

[30] L'article 32 de la Loi prévoit ce qui suit [art. 32(1) (mod. par L.C. 2005, ch. 1, art. 28)]:

32. (1) Notwithstanding the exclusive jurisdiction referred to in section 18 of the *Federal Courts Act*, the Attorney General of Canada or anyone directly affected by the matter in respect of which relief is sought may make an application to the Supreme Court of the Northwest Territories for any relief against a board by way of an injunction or declaration or by way of an order in the nature of *certiorari*, *mandamus*, *quo warranto* or prohibition.

32. (1) Indépendamment de la compétence exclusive accordée par l'article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales*, le procureur général du Canada ou quiconque est directement touché par l'affaire peut présenter une demande à la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest afin d'obtenir, contre l'office, toute réparation par voie d'injonction, de jugement déclaratoire, de bref—*certiorari*, *mandamus*, *quo warranto* ou prohibition—ou d'ordonnance de même nature.

(2) Despite subsection (1) and section 18 of the *Federal Courts Act*, the Supreme Court of the Northwest Territories has exclusive original jurisdiction to hear and determine any action or proceeding, whether or not by way of an application of a type referred to in subsection (1), concerning the jurisdiction of the Mackenzie Valley Land and Water Board or the Mackenzie Valley Environmental Impact Review Board.

(2) Malgré le paragraphe (1) et l'article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales*, la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest a compétence exclusive en première instance pour connaître de toute question relative à la compétence de l'Office des terres et des eaux de la vallée du Mackenzie ou de l'Office d'examen des répercussions environnementales de la vallée du Mackenzie, qu'elle soit soulevée ou non par une demande du même type que celle visée au paragraphe (1).

[31] Answering the jurisdictional question in the circumstances of this case engages an exercise in statutory interpretation of subsection 32(2) of the Act. In interpreting the above provisions I am guided by the modern principle of statutory construction restated by Mr. Justice Binnie in *Canada 3000 Inc. (Re); Inter-Canadian (1991) Inc. (Trustee of)*, [2006] 1 S.C.R. 865. At paragraph 36 of his reasons, the learned Judge writes:

In a more modern and elaborate formulation, it is said that “the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament” (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87).

[32] It is useful, at the outset, to consider section 18 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 26] of the *Federal Courts Act*, which is expressly referred to in the Act. I will also consider the interplay between sections 18 and 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act*; a factor relied on by the applicants.

[33] Section 18 of the *Federal Courts Act* confers jurisdiction to the Federal Court in respect of the prerogative relief sought in this application. That section provides as follows:

18. (1) Subject to section 28, the Federal Court has exclusive original jurisdiction

(a) to issue an injunction, writ of *certiorari*, writ of prohibition, writ of *mandamus* or writ of *quo warranto*, or grant declaratory relief, against any federal board, commission or other tribunal; and

(b) to hear and determine any application or other proceeding for relief in the nature of relief contemplated by paragraph (a), including any proceeding brought against the Attorney General of Canada, to obtain relief against a federal board, commission or other tribunal.

(2) *The Federal Court* has exclusive original jurisdiction to hear and determine every application for a writ of *habeas corpus ad subjiciendum*, writ of *certiorari*, writ of prohibition or writ of *mandamus* in relation to any member of the Canadian Forces serving outside Canada.

[31] Pour répondre à la question de la compétence dans les circonstances de l'espèce, il est nécessaire de procéder à une interprétation législative du paragraphe 32(2) de la Loi et, pour ce faire, je me fie au principe moderne de l'interprétation des lois qu'a réitéré le juge Binnie dans l'arrêt *Canada 3000 Inc. (Re); Inter-Canadien (1991) Inc. (Syndic de)*, [2006] 1 R.C.S. 865. Au paragraphe 36 de ses motifs, le juge Binnie mentionne ce qui suit :

Suivant une formulation plus moderne et plus exhaustive, on dit qu'[TRADUCTION] « il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global et en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87).

[32] Il est utile, tout d'abord, d'examiner l'article 18 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 26] de la *Loi sur les Cours fédérales*, auquel il est fait expressément référence dans la Loi. J'examinerai aussi la relation qui existe entre les articles 18 et 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales*, un facteur sur lequel les demandeurs se sont fondés.

[33] L'article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales* donne compétence à la Cour fédérale pour accorder la réparation extraordinaire qui est sollicitée en l'espèce. Le texte de cet article est le suivant :

18. (1) Sous réserve de l'article 28, la Cour fédérale a compétence exclusive, en première instance, pour :

a) décerner une injonction, un bref de *certiorari*, de *mandamus*, de prohibition ou de *quo warranto*, ou pour rendre un jugement déclaratoire contre tout office fédéral.

b) connaître de toute demande de réparation de la nature visée par l'alinéa a), et notamment de toute procédure engagée contre le procureur général du Canada afin d'obtenir réparation de la part d'un office fédéral.

(2) Elle a compétence exclusive, en première instance, dans le cas des demandes suivantes visant un membre des Forces canadiennes en poste à l'étranger : bref d'*habeas corpus ad subjiciendum*, de *certiorari*, de prohibition ou de *mandamus*.

(3) The remedies provided for in subsections (1) and (2) may be obtained only on an application for judicial review made under section 18.1.

[34] By operation of section 18 of the *Federal Courts Act*, the Federal Court has exclusive jurisdiction to hear and determine any application for relief by way of prerogative remedies against a federal board, commission or other tribunal. Subsection 18(3) provides that this relief can only be obtained on application for judicial review under section 18.1. Subsection 18.1(4) sets out the grounds of review for which the Court can grant relief, namely where the Court is satisfied that the federal board, commission or other tribunal acted without or beyond its jurisdiction or failed to observe a principle of natural justice, procedural fairness or other procedure that it was required by law to observe.

[35] In the respondents' submission, regard must be had to the relationship between sections 18 and 18.1 of the *Federal Courts Act* in considering the subject-matter of the jurisdiction conferred upon the Supreme Court of the Northwest Territories. The respondents contend that the effect of subsection 32(1) of the Act is to grant concurrent jurisdiction to the Supreme Court of the Northwest Territories in respect of prerogative relief against boards created by the Act, where the grounds pertain to excess, loss or lack of statutory authority and to allegations of failure to observe a principle of natural justice or procedural fairness. The respondents further contend that the opening word "despite" of subsection 32(2) of the Act operates to remove both the concurrent and exclusive jurisdiction of the Federal Court in respect of prerogative relief against either of the two boards where the grounds pertain to excess, loss or lack of statutory authority or allegations of failure to observe a principle of natural justice or procedural fairness.

[36] The applicants contend that the exclusive jurisdiction conferred upon the Supreme Court of the Northwest Territories by subsection 32(2) of the Act should be interpreted more narrowly. With respect to the relationship between sections 18 and 18.1 of the *Federal Courts Act*, the applicants argue that subsection 18.1(4) of the *Federal Courts Act* sets out separate and distinct

(3) Les recours prévus aux paragraphes (1) ou (2) sont exercés par présentation d'une demande de contrôle judiciaire.

[34] Par application de l'article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales*, la Cour fédérale a compétence exclusive pour connaître de toute demande de réparation par voie de recours extraordinaires contre tout office fédéral. Aux termes du paragraphe 18(3), cette réparation ne peut être obtenue que par présentation d'une demande de contrôle judiciaire visée à l'article 18.1. Le paragraphe 18.1(4) énonce les motifs de contrôle pour lesquels la Cour peut accorder réparation, notamment si cette dernière est convaincue que l'office fédéral a agi sans compétence ou a outrepassé celle-ci, ou alors n'a pas observé un principe de justice naturelle ou d'équité procédurale ou toute autre procédure qu'il était légalement tenu de respecter.

[35] Au dire des défendeurs, il faut tenir compte de la relation qui existe entre les articles 18 et 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* lorsqu'on examine l'objet de la compétence conférée à la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest. Au dire des défendeurs, le paragraphe 32(1) de la Loi a pour effet d'accorder une compétence concurrente à la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest à l'égard d'un recours extraordinaire contre un office créé par la Loi, lorsque les motifs sont liés à un excès, une perte ou une absence de pouvoir législatif et à des allégations de manquement à un principe de justice naturelle ou d'équité procédurale. Ils soutiennent par ailleurs que la présence du mot « malgré » au début du paragraphe 32(2) de la Loi a pour effet d'éliminer la compétence à la fois concurrente et exclusive de la Cour fédérale à l'égard d'un recours extraordinaire contre l'un ou l'autre des deux offices lorsque les motifs sont liés à un excès, une perte ou une absence de pouvoir législatif ou à des allégations de manquement à un principe de justice naturelle ou d'équité procédurale.

[36] Les demandeurs sont d'avis qu'il convient d'interpréter de manière plus restrictive la compétence exclusive que le paragraphe 32(2) de la Loi confère à la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest. S'agissant de la relation entre les articles 18 et 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, ils sont d'avis que le paragraphe 18.1(4) de la *Loi sur les Cours fédérales* prévoit des

grounds of review. The applicants maintain that acting without, beyond or refusing to exercise jurisdiction under paragraph 18.1(4)(a), is a separate ground of review than that provided for in paragraph 18.1(4)(b) which deals with failure to observe the principles of natural justice or procedural fairness. Since subsection 32(2) only confers exclusive jurisdiction upon the Supreme Court of the Northwest Territories to “hear and determine any action or proceeding . . . concerning the jurisdiction of the Mackenzie Valley Land and Water Board” (my emphasis), it therefore follows, according to the applicants, that the exclusive jurisdiction conferred by subsection 32(2) does not include matters involving natural justice and procedural fairness issues or for that matter any matters involving the other enumerated grounds in subsection 18.1(4) of the *Federal Courts Act*.

[37] In interpreting the exclusive jurisdiction conferred upon the Supreme Court of the Northwest Territories, the applicants contend that the Federal Court retains its jurisdiction, although concurrently with the Supreme Court of the Northwest Territories, to hear the subject-matters of the within application and grant the relief sought, since the issues raised are not strictly speaking subject-matters concerning the Land and Water Board’s statutory authority.

[38] In support of their position, the applicants submit the following cases of the Supreme Court of Canada, *Canada Labour Relations Board v. Transair Ltd.*, [1977] 1 S.C.R. 722, and *Northwestern Utilities Ltd. et al. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684. Both cases involve the principle that an administrative tribunal should be made party to a *certiorari* proceeding and has the right of appeal of any other party in order to defend its jurisdiction. The issue was whether “jurisdiction” in the sense the term was used in those cases, included transgressions of the tribunal by its failure to adhere to the rules of natural justice or procedural fairness. In *Transair* [at page 747], the Supreme Court viewed the issue as “mere matter of technique in determining the jurisdiction of the Court to exercise the remedy of *certiorari* and . . . not a matter of

motifs de contrôle distincts. Ils estiment que le fait d’avoir agi sans compétence, outrepassé celle-ci ou refusé de l’exercer, aux termes de l’alinéa 18.1(4)a), constitue un motif de contrôle distinct de celui qui est prévu à l’alinéa 18.1(4)b), où il est question de ne pas avoir observé les principes de justice naturelle ou d’équité procédurale. Comme le paragraphe 32(2) ne confère une compétence exclusive à la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest que pour « connaître de toute question relative à la compétence de l’Office des terres et des eaux de la vallée du Mackenzie » (non souligné dans l’original), il s’ensuit donc, d’après les demandeurs, que la compétence exclusive que confère le paragraphe 32(2) n’englobe pas les affaires qui mettent en cause des questions de justice naturelle et d’équité procédurale ou, du reste, celles qui mettent en cause les autres motifs énumérés au paragraphe 18.1(4) de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[37] Pour ce qui est d’interpréter la compétence exclusive qui est conférée à la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest, les demandeurs soutiennent que la Cour fédérale conserve sa compétence, quoique de façon concurrente avec la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest, pour entendre les objets visés par la présente demande et accorder la réparation demandée car, à strictement parler, les questions soulevées ne sont pas des objets qui concernent le pouvoir que la loi confère à l’Office des terres et des eaux.

[38] À l’appui de leur position, les demandeurs invoquent les arrêts suivants de la Cour suprême du Canada : *Conseil canadien des relations du travail c. Transair Ltd.*, [1977] 1 R.C.S. 722 et *Northwestern Utilities Ltd. et autre c. Ville d’Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684. Ces deux arrêts ont trait au principe qu’il faudrait qu’un tribunal administratif soit constitué partie à une procédure de *certiorari* et que ce dernier bénéficie du droit d’appel dont jouit n’importe quelle autre partie pour défendre sa compétence. La question en litige consistait à savoir si la « compétence », dans le sens où ce mot était employé dans ces arrêts, incluait toute transgression de la part du tribunal par l’inobservation des règles de justice naturelle ou d’équité procédurale. Dans *Transair* [à la page 747], la Cour suprême a considéré la question comme étant « simplement une

the tribunal's defence of its jurisdiction." In deciding that such a breach of procedural fairness is not a matter of the tribunal's defence of its jurisdiction, Mr. Justice Estey writing for the Court in *Northwestern Utilities Ltd.*, stated at page 710:

In the sense the term has been employed by me here, "jurisdiction" does not include the transgression of the authority of a tribunal by its failure to adhere to the rules of natural justice. In such an issue, when it is joined by a party to proceedings before that tribunal in a review process, it is the tribunal which finds itself under examination. To allow an administrative board the opportunity to justify its action and indeed to vindicate itself would produce a spectacle not ordinarily contemplated in our judicial traditions. In *Canada Labour Relations Board v. Transair Ltd. et al.*, Spence J. speaking on this point, stated at pp. 746-7:

It is true that the finding that an administrative tribunal has not acted in accord with the principles of natural justice has been used frequently to determine that the Board has declined to exercise its jurisdiction and therefore has had no jurisdiction to make the decision which it has purported to make. I am of the opinion, however, that this is a mere matter of technique in determining the jurisdiction of the Court to exercise the remedy of *certiorari* and is not a matter of the tribunal's defence of its jurisdiction. The issue of whether or not a board has acted in accordance with the principles of natural justice is surely not a matter upon which the Board, whose exercise of its function is under attack, should debate, in appeal, as a protagonist and that issue should be fought out before the appellate or reviewing Court by the parties and not by the tribunal whose actions are under review. [Footnotes omitted.]

[39] While the issue before the Supreme Court was quite different than that which occupies us in this application, it is clear that the Court in the circumstances was not prepared to equate a tribunal's failure to adhere to the principles of natural justice with the Tribunal's authority or jurisdiction to act.

[40] I now turn to the principle of statutory interpretation referred to earlier in these reasons. It is

façon de permettre à la Cour d'avoir recours au *certiorari* et non une question qui touche à la compétence que le tribunal prétend avoir ». En décidant qu'un tel manquement à l'équité procédurale n'est pas une question qui touche à la compétence que le tribunal prétend avoir, le juge Estey, s'exprimant au nom de la Cour dans l'arrêt *Northwestern Utilities Ltd.*, a écrit ce qui suit, à la page 710 du recueil :

Au sens où j'ai employé ce mot ici, la « compétence » n'inclut pas la transgression du pouvoir d'un tribunal par l'inobservation des règles de justice naturelle. Dans un tel cas, lorsqu'une partie aux procédures devant ce tribunal est également partie aux procédures de révision, c'est le tribunal lui-même qui fait l'objet de l'examen. Accorder au tribunal administratif la possibilité de défendre sa conduite et en fait de se justifier donnerait lieu à un spectacle auquel nos traditions judiciaires ne nous ont pas habitués. Dans l'arrêt *Re Conseil canadien des relations du travail c. Transair Ltd. et autres*, [1977] 1 R.C.S. 722, le juge Spence a écrit à ce sujet (pp. 746-7) :

Il est exact qu'on a souvent utilisé la conclusion selon laquelle un tribunal administratif a manqué aux principes de justice naturelle pour décider qu'il a renoncé à l'exercice de sa compétence et par conséquent qu'il se trouvait dans l'impossibilité de statuer, comme il prétendait le faire. Cependant, j'estime que c'est là simplement une façon de permettre à la Cour d'avoir recours au *certiorari* et non une question qui touche à la compétence que le tribunal prétend avoir. Il est évident qu'il n'appartient pas au Conseil qui voit sa façon d'exercer ses fonctions contestée, de plaider en appel, à titre d'intéressé, sur la question de savoir s'il a ou non agi conformément aux principes de justice naturelle; c'est là un point dont doivent débattre en appel les parties et non le tribunal dont les actions sont soumises à examen. [Renvois omis.]

[39] Bien que la question soumise à la Cour suprême fût nettement différente de celle qui nous occupe en l'espèce, il est évident que la Cour, dans les circonstances, n'était pas disposée à assimiler un défaut du tribunal d'agir conformément aux principes de justice naturelle au pouvoir ou à la compétence d'agir du tribunal.

[40] Examinons maintenant le principe de l'interprétation législative dont il a été question plus tôt

necessary to first examine the words of the Act in their ordinary sense and in their entire context. The words of subsection 32(1) confer upon the Supreme Court of the Northwest Territories jurisdiction to entertain applications in respect of “any” prerogative relief against a “board”. “Board” is defined by section 9 of the Act as any board established by that Act. For our purposes, this would include the Land and Water Board. This jurisdiction is conferred “notwithstanding” the Federal Court’s exclusive jurisdiction in this area conferred by section 18 of the *Federal Courts Act*. Therefore, by application of subsection 32(1) of the Act, the Supreme Court of the Northwest Territories has concurrent jurisdiction with the Federal Court in respect of applications for prerogative relief against the Land and Water Board. This is not disputed by the parties.

[41] The words of subsection 32(2) of the Act confer “exclusive” jurisdiction to hear and determine any action or proceeding concerning the “jurisdiction” of the Mackenzie Valley Land and Water Board or the Mackenzie Valley Environmental Impact Review Board to the Supreme Court of the Northwest Territories.

[42] The words of the Act must be read harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act and the intention of Parliament.

[43] The recitals in the preamble of the Act refer to the Gwich’in Comprehensive Land Claim Agreement and the Sahtu Dene and Metis Comprehensive Land Claim Agreement. These agreements provide that certain boards be established as institutions of public government to address land use planning, land, water and environmental impact review. The intent of these agreements is stated to be the establishment of those boards for the purpose of regulating all land and water uses, including deposits of waste, in the settlement areas for which they are established in the Mackenzie Valley.

dans les présents motifs. Il est nécessaire d’examiner tout d’abord le libellé de la Loi dans son sens ordinaire et dans son contexte tout entier. Le texte du paragraphe 32(1) confère à la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest la compétence d’instruire les demandes concernant « toute » réparation extraordinaire contre un « office ». Selon l’article 9 de la Loi, le mot « office » s’entend de n’importe quel office constitué en vertu de cette Loi. Dans le cas qui nous occupe, cela engloberait l’Office des terres et des eaux. Cette compétence est conférée « indépendamment » de la compétence exclusive qu’accorde l’article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales* en ce domaine. Par conséquent, par l’application du paragraphe 32(1) de la Loi, la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest a compétence concurrente avec la Cour fédérale à l’égard des demandes de réparation extraordinaire contre l’Office des terres et des eaux. Cela, les parties ne le contestent pas.

[41] Le libellé du paragraphe 32(2) de la Loi confère à la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest la compétence « exclusive » de connaître de toute question relative à la « compétence » de l’Office des terres et des eaux de la vallée du Mackenzie ou de l’Office d’examen des répercussions environnementales de la vallée du Mackenzie.

[42] Le libellé de la Loi doit être interprété en harmonie avec l’économie de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur.

[43] Dans le préambule de la Loi, les attendus font référence à l’Entente sur la revendication territoriale globale des Gwich’in et à l’Entente sur la revendication territoriale globale des Dénés et des Métis du Sahtu. Ces ententes prévoient la mise en place d’offices à titre d’organismes gouvernementaux dans le but de régir la planification de l’utilisation des terres, les terres, les eaux et l’examen des impacts environnementaux. Elles ont pour objet d’établir ces offices dans le but de réglementer toute forme d’utilisation des terres et des eaux, y compris le dépôt de déchets, dans les régions pour lesquelles ils ont été établis dans la vallée du Mackenzie.

[44] Committee debates with respect to the composition of the boards to be set up under the Act and the role of board members help shed light on the intention of Parliament. Excerpts from the Debates (Hansard) of Wednesday, October 29, 1997, read as follows [*House of Commons Debates*, Vol. 135, No. 023, 36th Parliament, 1st Session, at page 1296]:

Bill C-6 requires that 50% of the new board members be nominated by first nations, with the other 50% by the governments of the Northwest Territories and Canada. The intent is to give aboriginal people and other northerners a stronger role in resource management decisions. This a very commendable goal.

[45] A similar view was expressed in debates regarding the draft Bill before the Standing Senate Committee on Aboriginal Peoples. The Minister responsible for INAC, the Honorable Jane Stewart, indicated that one of the intentions underlying the Bill was to decrease the involvement of INAC in decision making and devolve questions relating to land and water use in the Valley to the residents of the Region. I reproduce below, from the transcript of the *Proceedings* of the Standing Senate Committee on Aboriginal Peoples held on June 17, 1998, in Ottawa, excerpts of the Minister's remarks [36th Parliament, 1st Session, No. 10]:

... the bill that senators have before them now is historic. For the first time my department will be completely removed from resource management in the Mackenzie Valley. No longer will we make decisions isolated from the people who live on the land; no longer will my department alone issue land use permits and oversee environmental assessment.

With this bill, aboriginal people will have an equal partnership with government in making decisions on how resources are managed. Decisions that affect the Mackenzie Valley will be made by residents of that valley. . . .

...

This integrated approach will allow First Nations an important decision-making role in all lands, not just their settlement lands. This gives First Nations decision-making authority in projects that are outside their lands, but which may have an

[44] Les débats en comité sur la composition des offices à mettre en place en vertu de la Loi et sur le rôle des membres de ces derniers aident à clarifier l'intention du législateur. Voici un extrait des Débats (Hansard) du mercredi 29 octobre 1997 reproduits dans le Hansard [*Débats de la Chambre des communes*, vol. 135, n° 023, 36^e législature, 1^{re} session, à la page 1296] :

Le projet de loi C-6 exige que la moitié des membres des offices soient nommés par les premières nations, l'autre moitié l'étant par les gouvernements des Territoires du Nord-Ouest et du Canada. L'objectif du projet de loi est de donner aux peuples autochtones et aux autres habitants du Nord un plus grand rôle dans la prise de décisions relatives à la gestion des ressources. C'est un objectif très louable.

[45] Une opinion semblable a été exprimée lors des débats entourant l'avant-projet de loi devant le Comité sénatorial permanent des peuples autochtones. La ministre responsable d'AINC, l'honorable Jane Stewart, a indiqué que l'une des intentions du projet de loi était de réduire la participation d'AINC au processus décisionnel et de déléguer aux habitants de la région les questions relatives à l'utilisation des terres et des eaux dans la vallée. Je reproduis ci-dessous des extraits des commentaires de la ministre, qui sont tirés de la transcription des *Délibérations* du Comité sénatorial permanent des peuples autochtones, en date du 17 juin 1998, à Ottawa [36^e législature, 1^{re} session, n° 10]:

[...] le projet de loi que les sénateurs étudient est donc historique. Pour la première fois, mon ministère se retirera complètement de la gestion des ressources dans la vallée du MacKenzie. Nous ne prendrons plus de décision sans tenir compte des gens qui habitent dans la région; mon ministère ne délivrera plus par lui-même des permis d'utilisation des terres et ne surveillera plus l'évaluation environnementale.

Grâce à ce projet de loi, les autochtones prendront des décisions en partenariat avec le gouvernement sur la façon dont les ressources seront gérées. Les décisions qui touchent la vallée du MacKenzie seront prises par les habitants de la vallée.

[...]

Cette approche intégrée permettra aux Premières nations de jouer un rôle décisionnel important pour toutes les terres, pas seulement pour les terres faisant l'objet d'un règlement. Cela donne aux Premières nations un pouvoir décisionnel dans des

impact on their lands.

[46] The above-stated objectives are reflected in the Act. The purpose of the establishment of the boards is clearly set out in section 9.1 of the Act and is “to enable residents of the Mackenzie Valley to participate in the management of its resources for the benefit of the residents and of other Canadians.”

[47] A careful review of the Act, the three Comprehensive Land Claim Agreements referred to in the Act and the above-cited passages from Hansard allow me to make the following observations with respect to the scheme of the Act, its object and Parliament’s intention. One of the central purposes of the Act was to provide an important role for Aboriginals and other residents in resource management decisions in the Mackenzie Valley. It is apparent that Parliament took great care in its enactment to ensure that Aboriginals and residents of the Mackenzie Valley are well positioned to deal with matters to be treated by the Act and the Land and Water Board and to do so in their own region. The Act repeatedly stresses the importance of providing a process which recognizes the role of the local residents and their way of life in the management of natural resources in the Mackenzie Valley. Numerous provisions are included that provide for consultation with the various affected communities. Further, the Comprehensive Land Claim Agreements provide that the Supreme Court of the Northwest Territories is to have jurisdiction over all matters which could arise under the agreements. In the case of the Tlicho Agreement, that Court is to have exclusive jurisdiction to review on a question of law or jurisdiction. The record establishes that these land claim agreements were the foundation instruments which led to the passing of the Act and are indeed expressly referred to in the preamble to the Act.

[48] The words of subsection 32(2) of the Act, in their grammatical and ordinary sense provide for exclusive jurisdiction to the Supreme Court of the Northwest

projets extérieurs à leurs terres, mais qui pourraient avoir une incidence sur elles.

[46] Les objectifs susmentionnés se reflètent dans la Loi. L’objet de l’établissement des offices est clairement indiqué à l’article 9.1 de la Loi : « permettre la participation des habitants de la vallée du Mackenzie à la gestion des ressources de cette région, et ce tant dans leur propre intérêt que dans celui des autres Canadiens ».

[47] Un examen attentif de la Loi, les trois ententes sur les revendications territoriales globales dont il est question dans la Loi ainsi que les passages du Hansard que je viens de citer me permettent de faire les observations suivantes au sujet de l’économie de la loi, de l’objet de la loi et de l’intention du législateur. L’un des objets fondamentaux de la Loi est de donner un rôle important aux Autochtones et aux autres habitants dans les décisions qui sont prises au sujet de la gestion des ressources de la vallée du Mackenzie. Il est évident que le législateur a pris grand soin de veiller à ce que les Autochtones et les habitants de la vallée du Mackenzie soient bien placés pour traiter des questions visées par la Loi et l’Office des terres et des eaux, et pour le faire au sein de leur propre région. La Loi souligne à maintes reprises l’importance d’établir un processus qui reconnaît le rôle que jouent les habitants de l’endroit et leur mode de vie dans la gestion des ressources naturelles de la vallée du Mackenzie. De nombreuses dispositions de la Loi prévoient la consultation des diverses collectivités touchées. En outre, les ententes sur les revendications globales territoriales prescrivent que c’est la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest qui a compétence sur toutes les questions susceptibles de survenir en vertu des ententes. Dans le cas de l’Entente Tlicho, cette Cour a compétence exclusive pour ce qui est de contrôler une question de droit ou de compétence. Il ressort du dossier que ces ententes sur des revendications territoriales sont les instruments qui ont servi de base à l’adoption de la Loi et elles sont en fait expressément mentionnées dans le préambule de cette dernière.

[48] Le libellé du paragraphe 32(2) de la Loi, selon son sens grammatical et ordinaire, prévoit que la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest a compétence

Territories to hear and determine any action or proceeding “concerning the jurisdiction” of the two boards. The word jurisdiction here does not include “any relief against a board” as provided for in subsection 32(1) with respect to “an injunction or declaration or by way of an order in the nature of *certiorari*, *mandamus*, *quo warranto* or prohibition.”

[49] In my view, had Parliament intended to vacate the Federal Court’s jurisdiction entirely, it would have used clear language to that effect. Had that been the desired result, Parliament would simply have modified subsection 32(1) by providing exclusive jurisdiction to the Supreme Court of the Northwest Territories for “any relief against a board”. By leaving subsection 32(1) unchanged, and by using different language in subsection 32(2), language limiting the exclusive jurisdiction to actions or proceedings “concerning the jurisdiction” of the two boards, Parliament could only have intended, given subsection 32(1), to employ “jurisdiction” in its narrow sense. That is to say, jurisdiction on questions that relate to the authority of the boards to act.

[50] I therefore agree with the applicants that the exclusive jurisdiction conferred in subsection 32(2) is limited to matters concerning the boards’ loss or lack of statutory authority to act. In my construction, section 32 of the Act does not vacate the Federal Court’s concurrent jurisdiction with respect to matters involving natural justice and procedural fairness. I find this interpretation to be consistent with the words of section 32 of the Act read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act and the intention of Parliament.

[51] I therefore find that this Court has jurisdiction to hear and decide the matters at issue in this application.

[52] I will now turn to the substantive issues in the application.

A. Does the federal Crown’s failure to consult with and accommodate the Ka’a’Gee Tu First

exclusive pour connaître de toute question « relative à la compétence » des deux offices. Ici, le mot « compétence » n’inclut pas « contre l’office, toute réparation » comme le dit le paragraphe 32(1) « par voie d’injonction, de jugement déclaratoire, de bref—*certiorari*, *mandamus*, *quo warranto* ou prohibition—ou d’ordonnance de même nature ».

[49] À mon avis, si le législateur avait voulu exclure totalement la compétence de la Cour fédérale il l’aurait indiqué clairement. Si tel avait été le résultat souhaité, le législateur aurait simplement modifié le paragraphe 32(1) en conférant à la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest une compétence exclusive pour accorder « contre l’office, toute réparation ». En ne changeant pas le paragraphe 32(1) et en utilisant un libellé différent au paragraphe 32(2), un libellé restreignant la compétence exclusive à toute question « relative à la compétence » des deux offices, le législateur a forcément voulu, vu le paragraphe 32(1), employer le mot « compétence » dans son sens étroit, c’est-à-dire, la compétence à l’égard de questions qui sont liées au pouvoir d’agir des offices.

[50] Je suis donc d’accord avec les demandeurs que la compétence exclusive que confère le paragraphe 32(2) se limite aux questions relatives à la perte ou à l’absence du pouvoir législatif d’agir des offices. Selon mon interprétation, l’article 32 de la Loi n’exclut pas la compétence concurrente de la Cour fédérale à l’égard de questions mettant en cause la justice naturelle et l’équité procédurale. J’estime que cette interprétation cadre avec le libellé de l’article 32 de la Loi, lu dans son contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur.

[51] Je conclus donc que la présente Cour a compétence pour connaître des questions qui sont en litige dans la présente demande.

[52] Voyons maintenant les questions de fond que comporte la présente demande.

A. Le fait que la Couronne fédérale n’ait pas consulté la Première nation Ka’a’Gee Tu ni

Nation constitute a failure to comply with the requirements of Part 5 of the Act?

[53] In application T-1379-05, I found that the Crown in right of Canada had failed to discharge its duty to consult and, if necessary, accommodate before making a final decision on the approval of the extension project. I provided reasons for this decision.

[54] The applicants contend that the Crown's failure to meet its obligation to consult also constitutes a breach of the statutory authority under which the Crown purports to act in this case.

[55] The applicants contend that because the duty to consult owed by the Crown in right of Canada was not met, the Board did not have authority to issue the LUP and as a result the LUP must be set aside. The applicants rely on section 62 of the Act which provides:

62. A board may not issue a licence, permit or authorization for the carrying out of a proposed development within the meaning of Part 5 unless the requirements of that Part have been complied with, and every licence, permit or authorization so issued shall include any conditions that are required to be included in it pursuant to a decision made under that Part.

[56] The applicants contend that the Crown's failure to comply with the duty to consult and accommodate is a failure to comply with the requirements of Part 5 of the Act, and is, by the operation of section 62, a deficiency that must be remedied before the Land and Water Board may issue further permits and licenses.

[57] The nature of the question here involves determining whether the established breach of the duty to consult by the Federal Crown leads to the conclusion that the requirements of Part 5 of the Act have not been complied with. In my view this is a question of law reviewable on the correctness standard of review.

pris de mesures d'accommodement à son endroit constitue-t-il un défaut de remplir les conditions prévues par la partie 5 de la Loi?

[53] Dans la demande n° T-1379-05, j'ai conclu que la Couronne du chef du Canada ne s'était pas acquittée de son obligation de consultation et, le cas échéant, d'accommodement, avant de prendre la décision définitive d'autoriser le projet d'expansion. J'ai motivé cette décision-là.

[54] Les demandeurs soutiennent que le défaut de la Couronne de s'acquitter de son obligation de consultation constitue aussi une violation du pouvoir législatif en vertu duquel la Couronne prétend agir en l'espèce.

[55] Les demandeurs soutiennent aussi qu'étant donné que la Couronne du chef du Canada ne s'était pas acquittée de son obligation de consultation, l'Office n'était pas habilité à délivrer le PUT et que, de ce fait, le PUT doit être annulé. Ils invoquent l'article 62 de la Loi, dont le texte est le suivant :

62. L'office ne peut délivrer de permis ou d'autorisation visant à permettre la réalisation d'un projet de développement au sens de la partie 5 avant que n'aient été remplies les conditions prévues par celle-ci. Il est en outre tenu d'assortir le permis ou l'autorisation des conditions qui sont imposées par les décisions rendues sous le régime de cette partie.

[56] Les demandeurs sont d'avis que le défaut de la Couronne de se conformer à l'obligation de consultation et d'accommodement est un défaut de remplir les conditions prévues par la partie 5 de la Loi et qu'il s'agit, de par l'application de l'article 62, d'une lacune à laquelle il faut remédier avant que l'Office des terres et des eaux puisse délivrer d'autres permis.

[57] La nature de la question qui se pose ici consiste à déterminer si le manquement établi à l'obligation de consultation dont la Couronne fédérale devait s'acquitter amène à conclure que l'on n'a pas rempli les conditions prévues par la partie 5 de la Loi. À mon avis, il s'agit là d'une question de droit qui est susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte.

[58] The applicants argue that the failure to comply with the requirement of Part 5 occurs because the Act must be read in a manner that is compatible with section 35 of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982, 1982, c. 11* (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]], that is to say, in the applicants' submission, in a manner that is consistent with the Federal Crown's constitutionally entrenched duty of consultation and accommodation. The duty to consult and accommodate must therefore be "read into" the Act and therefore, the Crown's failure to meet its duty to consult would not only breach section 35 of the *Constitution Act, 1982* but also Part 5 of the Act.

[59] The respondents submit that the applicants' argument is misplaced since the Minister's decision is not the subject of this judicial review application. They suggest that this argument would more properly have been raised in application T-1379-05.

[60] The respondents also contend that the duty to consult is not a constitutional duty, but rather a duty that is grounded in the honour of the Crown (*Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, [2004] 3 S.C.R. 511, at paragraph 16). In the respondents' argument, the duty to consult is best characterized as an "obligation" of the Crown rather than a "right" in the same vein as substantive rights under 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]]. Indeed, in *Haida* the Supreme Court did not characterize this duty as a substantive right in spite of the fact that the First Nations sought this characterization.

[61] The respondents submit that the applicants' argument that Parliament is presumed to have intended its law to conform to constitutional principles and accordingly the duty to consult should be read into the Act, is flawed. The respondents contend that the applicants are attempting to add a new provision into the

[58] Les demandeurs font valoir que le défaut de remplir les conditions prévues par la partie 5 est dû au fait qu'il faut interpréter la Loi d'une manière qui concorde avec l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11* (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]], c'est-à-dire, de l'avis des demandeurs, d'une manière qui cadre avec l'obligation, ancrée dans la Constitution, de consultation et d'accommodement dont la Couronne fédérale doit s'acquitter. Il faut donc interpréter cette obligation comme faisant partie de la Loi et, de ce fait, le défaut de la Couronne de s'acquitter de son obligation de consultation enfreindrait non seulement l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* mais aussi la partie 5 de la Loi.

[59] Les défendeurs soutiennent que l'argument des demandeurs est injustifié parce que la décision du ministre n'est pas visée par la présente demande de contrôle judiciaire. Il aurait fallu plutôt, disent-ils, soulever cet argument dans le cadre de la demande n° T-1379-05.

[60] Les défendeurs soutiennent en outre que l'obligation de consultation n'est pas une obligation constitutionnelle, mais plutôt une obligation qui découle du principe de l'honneur de la Couronne (*Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, au paragraphe 16). Selon eux, l'obligation de consultation est davantage assimilable à une « obligation » de la Couronne qu'à un « droit » de même nature que les droits fondamentaux consacrés par 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]]. En fait, dans l'arrêt *Nation haïda*, la Cour suprême n'a pas qualifié cette obligation de droit fondamental, malgré le fait que les Premières nations souhaitaient que ce soit le cas.

[61] Les défendeurs soutiennent que l'argument des demandeurs selon lequel il est présumé que le législateur envisageait que sa loi soit conforme aux principes constitutionnels et que, de ce fait, l'obligation de consultation devrait être interprétée comme faisant partie de la Loi, est vicié. Ils ajoutent que les

Act. The respondents maintain that the principles of statutory construction do not permit a “reading in” or the addition of provisions. A court cannot rewrite legislation to incorporate a term that was not intended by Parliament.

[62] Further, the respondents argue that the ministers have final decision-making authority and, in this instance, the ministers recommended the land use permit be issued with modifications and advised that the duty to consult had been met. The respondents maintain that the Board has no statutory authority to review ministerial action. Sections 101.1 [as enacted by S.C. 2005, c. 1, s. 58] and 102 [as am. *idem*] of the Act set out the mandate and jurisdiction of the Land and Water Board, which does not include the power to review the decision-making process of the ministers:

101.1 (1) The objectives of the Board are to provide for the conservation, development and utilization of land and water resources in a manner that will provide the optimum benefit generally for all Canadians and in particular for residents of the Mackenzie Valley.

(2) The objectives of a regional panel referred to in subsection 99(2) are to provide for the conservation, development and utilization of land and water resources in a manner that will provide the optimum benefit for residents of its management area and of the Mackenzie Valley and for all Canadians.

(3) The objectives of the regional panel referred to in subsection 99(2.1) are to provide for the conservation, development and utilization of land and water resources in a manner that will provide the optimum benefit generally for all Canadians and in particular for residents of its management area.

102. (1) The Board has jurisdiction in respect of all uses of land or waters or deposits of waste in the Mackenzie Valley for which a permit is required under Part 3 or a licence is required under the *Northwest Territories Waters Act*, and for that purpose the Board has the powers and duties of a board established under Part 3, other than powers under sections 78, 79 and 79.2 to 80.1, as if a reference in that Part to a management area were a reference to the Mackenzie Valley, except that, with regard to subsection 61(2), the reference to

demandeurs tentent d’ajouter une nouvelle disposition à la Loi. Selon eux, les principes de l’interprétation législative ne permettent pas d’intégrer de la sorte des dispositions ou d’en ajouter. Un tribunal ne peut remanier une loi en vue d’y intégrer un terme que le législateur n’envisageait pas.

[62] En outre, les défendeurs soutiennent que les ministres ont le pouvoir de rendre une décision définitive et que, dans le cas présent, ces derniers ont recommandé que le permis d’utilisation des terres soit délivré avec modifications et ils ont fait savoir qu’ils s’étaient acquittés de l’obligation de consultation. Les défendeurs maintiennent que l’Office n’a pas le pouvoir législatif de réviser des mesures ministérielles. Les articles 101.1 [édicte par L.C. 2005, ch. 1, art. 58] et 102 [mod., *idem*] de la Loi décrivent le mandat et la compétence de l’Office des terres et des eaux, et cela n’inclut pas le pouvoir de réviser le processus décisionnel des ministres :

101.1 (1) L’Office a pour mission d’assurer la préservation, la mise en valeur et l’exploitation des terres et des eaux de la façon la plus avantageuse possible pour tous les Canadiens et, en particulier, pour les habitants de la vallée du Mackenzie.

(2) Les formations régionales de l’Office visées au paragraphe 99(2) ont pour mission d’assurer la préservation, la mise en valeur et l’exploitation des terres et des eaux de la façon la plus avantageuse possible pour les habitants de leur zone de gestion, ceux de la vallée du Mackenzie et tous les Canadiens.

(3) La formation régionale de l’Office visée au paragraphe 99(2.1) a pour mission d’assurer la préservation, la mise en valeur et l’exploitation des terres et des eaux de la façon la plus avantageuse possible pour tous les Canadiens et, en particulier, pour les habitants de sa zone de gestion.

102. (1) L’Office a compétence en ce qui touche toute forme d’utilisation des terres ou des eaux ou de dépôt de déchets réalisés dans la vallée du Mackenzie pour laquelle un permis est nécessaire sous le régime de la partie 3 ou aux termes de la *Loi sur les eaux des Territoires du Nord-Ouest*. Il exerce à cet égard les attributions conférées aux offices constitués en vertu de cette partie, exception faite toutefois de celles prévues aux articles 78, 79 et 79.2 à 80.1, la mention de la zone de gestion dans les dispositions pertinentes de cette

management area continues to be a reference to Wekeezhii.

[63] The respondents note that the Land and Water Board in its September 22, 2005 decision acknowledged the limits of its jurisdiction:

The Responsible Ministers have advised the Board that the Crown's legal duty to consult the KTFN has been met in these particular circumstances. The [*Mackenzie Valley Land Use Regulations*] do not provide any authority to further delay the issuance of the amendments to the land use permit, consequently the Board decided to issue the amended water license and land use permit subject to the measures approved by the federal Minister and the terms and conditions included in the license and permit.

[64] It is accepted that since the judge's task is to interpret the statute, not to create it, as a general rule, interpretation should not add to the terms of the law. Legislation is deemed to be well drafted and to express completely what the legislator wanted to say. See *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686, at paragraph 26. Further, the "Charter values" interpretive principle, whereby interpretations that tend to promote Charter principles and values are to be preferred over those that do not, can only receive application in circumstances of genuine ambiguity, that is to say where a statutory provision is subject to differing, but equally plausible, interpretations. See *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, at paragraph 62.

[65] In my view, it is not necessary to resort to the "Charter values" interpretive principle in the circumstances, nor is it necessary to decide whether the Crown's duty to consult is a constitutional duty which lends itself to the application of the said principle. Here, the language of the Act is clear and unambiguous. There is no need to rely upon interpretive principles.

[66] Section 114 of the Act sets out the purpose of Part 5 which is "to establish a process comprising a

partie valant mention de la vallée du Mackenzie, sauf au paragraphe 61(2) où cette mention continue de viser le Wekeezhii.

[63] Les défendeurs signalent que, dans sa décision du 22 septembre 2005, l'Office des terres et des eaux a reconnu les limites de sa compétence :

[TRADUCTION] Les ministres responsables ont informé l'Office que l'obligation légale qu'a la Couronne de consulter la PNKT a été satisfaite dans ces circonstances particulières. Le [*Règlement sur l'utilisation des terres de la vallée du Mackenzie*] ne comporte pas le pouvoir de retarder encore la délivrance des modifications au permis d'utilisation des terres; l'Office a donc décidé de délivrer le permis d'utilisation des eaux et des terres modifié sous réserve des mesures approuvées par le ministre fédéral et des conditions dont les deux permis étaient assortis.

[64] Il est admis que, étant donné que la tâche du juge est d'interpréter la loi, et non de la créer, il ne faudrait pas, de façon générale, que cette interprétation amplifie les dispositions de la loi. Une loi est réputée être bien rédigée et exprimer complètement ce que le législateur entendait dire. Voir *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686, au paragraphe 26. En outre, le principe d'interprétation fondé sur le respect des « valeurs de la Charte », à savoir qu'il convient de privilégier les interprétations qui tendent à favoriser les principes et les valeurs consacrés par la Charte plutôt que celles qui n'ont pas cet effet, ne s'applique qu'en cas d'ambiguïté véritable, c'est-à-dire lorsqu'une disposition législative se prête à des interprétations divergentes, mais par ailleurs tout aussi plausibles l'une que l'autre. Voir *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, au paragraphe 62.

[65] À mon avis, il n'est pas nécessaire dans les circonstances de recourir au principe d'interprétation fondé sur les « valeurs de la Charte », pas plus qu'il ne faut décider si l'obligation de consultation de la Couronne est une obligation constitutionnelle qui se prête à l'application dudit principe. En l'espèce, le libellé de la loi est clair et non ambigu. Il n'est nul besoin de se fonder sur des principes d'interprétation.

[66] L'article 114 de la Loi expose l'objet de la partie 5 : « instaurer un processus comprenant un examen

preliminary screening, an environmental assessment and an environmental impact review in relation to proposals for developments” to, among other objectives, “ensure that the concerns of aboriginal people and the general public are taken into account in that process.” The requirements of Part 5 are not directed to a board or to the ministers. Rather, they are aimed at the process itself that must ensure the concerns of the Aboriginal people are taken into account.

[67] In T-1379-05, although the Crown in right of Canada followed the “consult to modify” process provided for under the Act, I nonetheless found that the Crown has failed to discharge its obligation to consult with the Aboriginal community. I determined that the “consult to modify” process allowed for fundamental changes to be made to important recommendations without input from the applicants. I found, as a result, that it could not be said that the “consult to modify” process was conducted with the genuine intention of allowing the KTFN’s concerns to be integrated into the final decision. This is the same process referred to in section 114 of the Act.

[68] Inherent in the Crown’s duty to consult is the obligation to ensure that the concerns of the Aboriginal people are taken into account. In my view this is the central purpose of the obligation. By failing to meet its duty to consult and accommodate in the circumstances of this case, the Crown cannot, therefore, be said to have taken into account the concerns of the Aboriginal people, as required by section 114 of the Act, before making its decision to approve the extension project. Any other conclusion would not be consistent with my earlier finding. Whether the duty to consult is characterized as constitutional or not is immaterial in these circumstances, since the obligation need not be read in. Section 114 of the Act expressly provides that the process must ensure that the concerns of the Aboriginal people be taken into account. It follows that this central requirement of Part 5 of the Act cannot be said to have been complied with.

préalable, une évaluation environnementale et une étude d’impact relativement aux projets de développement » pour, entre autres objectifs, « veiller à ce qu’il soit tenu compte, dans le cadre du processus, des préoccupations des autochtones et du public en général ». Les conditions prévues par la partie 5 ne visent pas un office ou les ministres, mais plutôt le processus lui-même, qui doit veiller à ce que l’on tienne compte des préoccupations des Autochtones.

[67] Dans la demande n° T-1379-05, même si la Couronne du chef du Canada a suivi le processus de consultation pour fins de modification prévu par la Loi, j’ai néanmoins conclu que la Couronne ne s’est pas acquittée de son obligation de consulter la collectivité autochtone. J’ai jugé que le processus de consultation pour fins de modification permettait d’apporter des changements de fond à d’importantes recommandations sans l’apport des demandeurs. J’ai conclu, de ce fait, que l’on ne pouvait pas dire que le processus de consultation pour fins de modification avait été menée dans l’intention véritable de pouvoir intégrer les préoccupations de la PNKT à la décision finale. Il s’agit là du même processus que celui dont il est question à l’article 114 de la Loi.

[68] L’obligation de consultation de la Couronne comporte en soi l’obligation de veiller à ce que l’on tienne compte des préoccupations des Autochtones. Il s’agit là, selon moi, de l’objet fondamental de cette obligation. On ne peut donc pas dire que la Couronne, en omettant de s’acquitter de son obligation de consultation et d’accommodement dans les circonstances de l’espèce, a tenu compte des préoccupations des Autochtones, comme le prescrit l’article 114 de la Loi, avant de décider d’approuver le projet d’expansion. Toute autre conclusion ne cadrerait pas avec ma conclusion antérieure. Il importe peu dans les circonstances que l’obligation de consultation soit qualifiée de constitutionnelle ou non puisque qu’il n’est pas nécessaire de l’inclure. L’article 114 de la Loi prévoit expressément que le processus a pour objet de veiller à ce que l’on tienne compte des préoccupations des Autochtones. On ne peut donc pas dire que cette condition fondamentale de la partie 5 de la Loi a été remplie.

[69] As noted earlier, the respondents argue that as the ministers have final decision-making authority the Board has no authority to review ministerial decision making. While this may be so, the argument cannot serve to cure a fundamental flaw in the process. The Crown's efforts with respect to the duty to consult pursuant to the process under the Act were found to be inconsistent with the honour of the Crown. It matters not, therefore, whether the Board had the authority to question the process followed by the responsible ministers. What matters is that the duty was breached and the concerns of the Aboriginal people were not taken into account.

[70] The Board's authority to issue the LUP is governed by the Act. Once it is established that the requirements of Part 5 have not been complied with, then the clear language of section 62 of the Act is engaged and the Land and Water Board "may not issue a licence, permit or authorization for the carrying out of a proposed development". In the result, the impugned LUP must be set aside.

[71] In this application the applicants essentially seek a remedy that results in the amended LUP being set aside. Since my above finding is determinative, I find it unnecessary to deal with the other issues raised by the applicants in this application.

5. Remedy

[72] Since the amended LUP was improperly issued, section 62 of the Act requires that it be set aside. This result is a consequence of the Crown's failure to meet its duty to consult. As I determined in my reasons for order in application T-1379-05, the Crown breached its duty to consult in relation to the "consult to modify" process provided for in the Act. In that decision, I ordered the parties to engage in a process of meaningful consultation, in accordance with my reasons, with a view of taking into account the concerns of the KTFN and, if necessary, address those concerns.

[69] Comme je l'ai signalé plus tôt, les défendeurs soutiennent que, étant donné que les ministres ont un pouvoir de décision définitif, l'Office n'est pas habilité à réviser les décisions qu'ils prennent. Cela est peut-être vrai, mais cet argument ne peut servir à remédier à une lacune fondamentale du processus. Les efforts faits par la Couronne à l'égard de l'obligation de consultation, conformément au processus prévu par la Loi, ont été jugés incompatibles avec l'honneur de la Couronne. Il n'importe donc pas de savoir si l'Office était habilité à mettre en doute le processus que les ministres responsables ont suivi. Ce qui importe, c'est qu'il y a eu manquement à l'obligation et qu'il n'a pas été tenu compte des préoccupations des Autochtones.

[70] C'est la Loi qui régit le pouvoir qu'a l'Office de délivrer le PUT. Une fois qu'il est établi que les conditions prévues par la partie 5 n'ont pas été remplies, le libellé explicite de l'article 62 de la Loi s'applique et l'Office des terres et des eaux « ne peut délivrer de permis ou d'autorisation visant à permettre la réalisation d'un projet de développement ». En définitive, le PUT contesté doit être annulé.

[71] Dans la présente demande, les demandeurs sollicitent essentiellement une réparation qui entraîne l'annulation du PUT modifié. Étant donné que ma conclusion qui précède est déterminante, j'estime qu'il est inutile de traiter des autres questions que les demandeurs ont soulevées en l'espèce.

5. Réparation

[72] Comme le PUT modifié a été délivré irrégulièrement, l'article 62 de la Loi exige qu'il soit annulé. Ce résultat découle du fait que la Couronne ne s'est pas acquittée de son obligation de consultation. Comme je l'ai décidé dans mes motifs d'ordonnance relatifs à la demande n° T-1379-05, la Couronne a manqué à son obligation de consultation en rapport avec le processus de « consultation pour fins de modification » que prévoit la Loi. Dans cette décision, j'ai ordonné aux parties d'entreprendre un processus de consultation véritable, conformément à mes motifs, dans le but de tenir compte des préoccupations de la PNKT et, le cas échéant, d'y répondre.

[73] As the Supreme Court of Canada observed in *Haida Nation* the nature of the duty to consult lies closer to the aim of reconciliation at the heart of Crown-Aboriginal relations. Given the aim of reconciliation which underlies the duty to consult and the resulting desirability of having the outstanding issues in such a complex undertaking resolved between the parties, an immediate order quashing the LUP may be counter-productive to the overall process. The effect of such an immediate order would essentially be to bring a halt to the project. I question whether such a result is in the best interest of the parties, including the applicants.

[74] In the circumstances, I would invite the parties to address whether a stay of the order quashing the LUP for a limited period of time is desirable in order to permit them to engage in the consultation process. To that end, I will afford the parties an opportunity to submit for my consideration a draft order to give effect to my above reasons and conclusions.

[75] Failing agreement between the parties, the applicants are directed to serve and file written submissions, not exceeding 10 pages, regarding the terms of the draft order by August 15, 2007. The respondents shall serve and file responding submissions, not exceeding 10 pages, by August 31, 2007, and any reply submissions by the applicants shall be served and filed by September 7, 2007 and be limited to 5 pages.

6. Conclusion

[76] For the above reasons, this application will be allowed by reason of the Crown's failure to meet its duty to consult and to take into account the concerns of the Aboriginal people before the Extension Project was approved. In the result, the requirements of Part 5 of the Act have not been complied with. By operation of section 62 of the Act, amended land use permit MV2002A0046 should not have been issued by the Land and Water Board and will consequently be set aside.

[73] Comme l'a fait remarquer la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Nation haïda*, la nature de l'obligation de consultation se rapproche de l'objectif de conciliation qui est au cœur des rapports qui existent entre la Couronne et les Autochtones. Compte tenu de l'objectif de conciliation qui sous-tend l'obligation de consultation et compte tenu que, par conséquent, il est souhaitable de faire en sorte que les parties règlent les questions en suspens dans une affaire aussi complexe, le prononcé immédiat d'une ordonnance qui annulerait le PUT aurait peut-être un effet contre-productif pour l'ensemble du processus. Une telle ordonnance aurait essentiellement pour conséquence d'immobiliser le projet. Je doute qu'un tel résultat soit dans l'intérêt des parties, et cela comprend les demandeurs.

[74] Dans les circonstances, j'inviterais les parties à examiner s'il est souhaitable de suspendre l'ordonnance annulant le PUT pendant une période déterminée afin qu'elles puissent entamer le processus de consultation. À cette fin, je donnerai aux parties la possibilité de soumettre à mon examen une ébauche d'ordonnance qui donnerait effet aux motifs et aux conclusions que j'ai formulés précédemment.

[75] À défaut d'une entente entre les parties, il est ordonné aux demandeurs de signifier et de déposer d'ici le 15 août 2007 des observations écrites, d'un maximum de 10 pages, sur les conditions de l'ébauche d'ordonnance. Les défendeurs signifieront et déposeront, d'ici le 31 août 2007, des observations en réponse, d'un maximum de 10 pages, et toute réplique de la part des demandeurs, d'un maximum de 5 pages, sera signifiée et déposée avant le 7 septembre 2007.

6. Conclusion

[76] Pour les motifs qui précèdent, la présente demande sera accueillie parce que la Couronne ne s'est pas acquittée de son obligation de consultation et n'a pas tenu compte des préoccupations des Autochtones avant l'approbation du projet d'expansion. Les conditions prévues par la partie 5 de la Loi n'ont donc pas été remplies. Par l'application de l'article 62 de la Loi, l'Office des terres et des eaux n'aurait pas dû délivrer le permis d'utilisation des terres modifié n° MV2002A0046, et il sera par conséquent annulé.

[77] The parties will have an opportunity to address the question of whether the effect of an order quashing the LUP should be stayed for a period of time to allow for consultation and to make submissions on a draft order to give effect to my above reasons and conclusions.

[77] Les parties auront l'occasion de traiter de la question de savoir s'il convient de suspendre pendant un certain temps l'effet d'une ordonnance annulant le PUT afin qu'elles puissent tenir des consultations et présenter des observations sur une ébauche d'ordonnance donnant effet aux motifs et aux conclusions que j'ai formulés précédemment.

A-409-06
2007 FCA 315

A-409-06
2007 CAF 315

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Appellant*)

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

v.

c.

Leonid Ivanov (*Respondent*)

Leonid Ivanov (*intimé*)

INDEXED AS: IVANOV v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (F.C.A.)

RÉPERTORIÉ : IVANOV c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Nadon, Sexton and Sharlow
J.J.A.—Toronto, October 1 and 3, 2007.

Cour d'appel fédérale, juges Nadon, Sexton et Sharlow,
J.C.A.—Toronto, 1^{er} et 3 octobre 2007.

Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Appeal from Federal Court decision allowing application for judicial review of IAD decision cancelling direction staying execution of removal order and dismissing appeal under now repealed Immigration Act (former Act), s. 74(3)(b)(i) — Where permanent resident seeking stay of deportation order pursuant to former Act, s. 70(1)(b), IAD must have regard to all circumstances of case in deciding whether claimant should not be removed from Canada — According to IAD, Federal Court practices, factors set out by IAB in Ribic v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) apply to cancellation of stay pursuant to Immigration Act, s. 74(3)(b) — Once evidence introduced relating to Ribic factor, IAD must consider such factor in reasons — IAD's failure to consider foreign hardship factor error of law — Certified question as to whether IAD obliged to consider all relevant factors raised by applicant's evidence when applicant not presenting these factors in submissions answered affirmatively — Appeal dismissed.

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Appel de la décision de la Cour fédérale accueillant la demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la SAI a annulé l'ordre de surseoir à l'exécution de la mesure d'expulsion et rejeté l'appel interjeté en application de l'art. 74(3)(b)(i) de la Loi sur l'immigration (l'ancienne Loi), maintenant abrogée — Lorsqu'un résident permanent demande un sursis à l'exécution d'une mesure d'expulsion en vertu de l'art. 70(1)(b) de l'ancienne Loi, la SAI doit décider si, eu égard aux circonstances particulières de l'espèce, le demandeur ne devrait pas être renvoyé du Canada — Selon les pratiques de la SAI et de la Cour fédérale, les facteurs que la SAI a énoncés dans l'arrêt Ribic c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) s'appliquent à l'annulation d'un sursis en vertu de l'art. 74(3)(b) de la Loi sur l'immigration — Dès qu'il existe une preuve liée à un facteur énoncé dans Ribic, la SAI doit faire mention de ce facteur dans ses motifs — L'omission, par la SAI, de prendre en compte le facteur relatif aux difficultés à l'étranger constitue une erreur de droit — La Cour a répondu par l'affirmative à la question certifiée de savoir si la SAI est tenue de prendre en compte tous les facteurs pertinents soulevés dans la preuve du demandeur alors que ce dernier n'a pas fait valoir ces facteurs dans ses observations — Appel rejeté.

**STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED**

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 70(1)(b) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1995, c. 15, s. 13), 74(3)(b) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18).

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 70(1)(b) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18; L.C. 1995, c. 15, art. 13), 74(3)(b) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

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; *Ribic v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1985] I.A.B.D. No. 4 (QL).

DISTINGUISHED:

Owusu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2004] 2 F.C.R. 635; (2004), 318 N.R. 300; 2004 FCA 38; *Ranganathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 2 F.C. 164; (2000), 11 Imm. L.R. (3d) 142; 266 N.R. 380 (C.A.).

REFERRED TO:

Beaumont v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (2002), 25 Imm. L.R. (3d) 189; 2002 FCT 1261; *Burgess v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] F.C.J. No. 1302 (T.D.) (QL).

APPEAL from a Federal Court decision ([2007] 2 F.C.R. 384; (2006), 299 F.T.R. 131; 55 Imm. L.R. (3d) 267; 2006 FC 1055) determining that the Immigration and Refugee Board, Immigration Appeal Division, is obliged to consider all of the relevant factors raised by the applicant's evidence even if the applicant has neither referred to nor relied on these factors in his submissions as a basis for staying a deportation order. Appeal dismissed.

APPEARANCES:

Lorne McClenaghan for appellant.
Ronald P. Poulton for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Mamann and Associates, Toronto, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] SEXTON J.A.: This appeal considers whether the Federal Court correctly determined that the Immigration

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2002] 1 R.C.S. 84; 2002 CSC 3; *Ribic c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1985] D.S.A.I. n° 4 (QL).

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Owusu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2004] 2 R.C.F. 635; 2004 CAF 38; *Ranganathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] 2 C.F. 164 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES :

Beaumont c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2002 CFP1 1261; *Burgess c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] A.C.F. n° 1302 (1^{re} inst.) (QL).

APPEL de la décision ([2007] 2 R.C.F. 384; 2006 CF 1055) par laquelle la Cour fédérale a déclaré que la Section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié est tenue de prendre en compte tous les facteurs pertinents soulevés dans la preuve du demandeur alors que ce dernier n'a pas mentionné ni fait valoir ces facteurs dans ses observations comme motif pour surseoir à la mesure d'expulsion. Appel rejeté.

ONT COMPARU :

Lorne McClenaghan pour l'appellant.
Ronald P. Poulton pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Le sous-procureur général du Canada pour l'appellant.
Mamann and Associates, Toronto, pour l'intimé.

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

[1] LE JUGE SEXTON, J.C.A. : Le présent appel porte sur la question de savoir si la Cour fédérale a conclu à

and Refugee Board, Immigration Appeal Division (the IAD) is obliged to consider all of the relevant factors raised by the applicant's evidence even if the applicant has neither referred to nor relied on these factors in his submissions as a basis for staying a deportation order. I would conclude that the IAD does have such a duty and I would dismiss the appeal.

[2] This is an appeal of the decision of Justice Kelen of the Federal Court in *Ivanov v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 2 F.C.R. 384. In the Court below, Leonid Ivanov (the respondent) successfully obtained judicial review of a decision of the IAD in which the IAD cancelled its 2001 direction staying the execution of the respondent's removal order and dismissed his appeal under subparagraph 74(3)(b)(i) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18] of the now repealed *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 (the former Act). Justice Kelen also certified the following serious question of general importance [at paragraph 2 of the judgment]:

Is the Immigration Appeal Division of the Immigration and Refugee Board obliged to consider all of the relevant factors raised by the applicant's evidence when the applicant has not presented these factors in his submissions as a basis for staying the deportation order?

[3] Where a permanent resident seeks a stay of a deportation order pursuant to paragraph 70(1)(b) [as am. *idem*; S.C. 1995, c. 15, s. 13] of the former Act, the IAD must have "regard to all the circumstances of the case" in deciding that the claimant should not be removed from Canada. The Supreme Court of Canada, in *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84, confirmed that the circumstances to be considered are those sometimes referred to as the "Ribic factors", after the IAD decision of *Ribic v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1985] I.A.B.D. No. 4 (QL). The Ribic factors are as follows:

- the seriousness of the offence or offences leading to the deportation and the possibility of rehabilitation;

bon droit que la Section d'appel de l'immigration (la SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié est tenue de prendre en compte tous les facteurs pertinents soulevés dans la preuve du demandeur alors que ce dernier n'a pas mentionné ni fait valoir ces facteurs dans ses observations comme motif pour surseoir à la mesure d'expulsion. Je conclurais que la SAI a une telle obligation et je rejetterais l'appel.

[2] Il s'agit d'un appel de la décision du juge Kelen de la Cour fédérale dans l'affaire *Ivanov c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 2 R.C.F. 384. En première instance, Leonid Ivanov (l'intimé) avait présenté avec succès une demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la SAI avait annulé l'ordre de surseoir à l'exécution de la mesure d'expulsion prise contre lui qu'elle avait rendu en 2001, et rejeté l'appel que l'intimé avait interjeté en application du sous-alinéa 74(3)(b)(i) [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18] de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 (l'ancienne Loi), maintenant abrogée. Le juge Kelen a également certifié la question grave de portée générale qui suit [au paragraphe 2 du jugement]:

La Section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié est-elle tenue de prendre en compte tous les facteurs pertinents soulevés dans la preuve du demandeur alors que ce dernier n'a pas fait valoir certains de ces facteurs dans ses observations comme motif pour surseoir à la mesure d'expulsion?

[3] Lorsqu'un résident permanent demande un sursis à l'exécution d'une mesure d'expulsion en vertu de l'alinéa 70(1)(b) [mod., *idem*; L.C. 1995, ch. 15, art. 13] de l'ancienne Loi, la SAI doit décider si, « eu égard aux circonstances particulières de l'espèce », le demandeur ne devrait pas être renvoyé du Canada. Dans l'arrêt *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, la Cour suprême du Canada a confirmé que les facteurs à prendre en compte sont ceux que l'on désigne parfois sous le nom de « facteurs énoncés dans Ribic », suivant la décision de la SAI dans l'affaire *Ribic c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1985] 1 D.S.A.I. n° 4 (QL). Les facteurs énoncés dans Ribic sont les suivants :

- la gravité de l'infraction ou des infractions à l'origine de l'expulsion et la possibilité de réadaptation;

- the circumstances surrounding the failure to meet the conditions of admission which led to the deportation order;
 - the length of time spent in Canada and the degree to which the applicant is established;
 - the existence of family in Canada and the dislocation to that family that deportation of the applicant would cause;
 - the support available for the applicant not only within the family but also within the community; and
 - the degree of hardship that would be caused to the applicant by his return to his country of nationality (this factor is sometimes referred to as “foreign hardship”).
- les circonstances du manquement aux conditions d’admissibilité, qui est à l’origine de la mesure;
 - la période passée au Canada et le degré d’établissement du demandeur au Canada;
 - la famille qu’il a au pays et les bouleversements que l’expulsion du demandeur occasionnerait pour cette famille;
 - le soutien dont bénéficie le demandeur, non seulement au sein de sa famille, mais également de la collectivité;
 - l’importance des difficultés que causerait au demandeur le retour dans son pays de nationalité (ce facteur est parfois appelé celui des « difficultés à l’étranger »).

The *Ribic* factors are illustrative of the circumstances the IAD should consider when hearing appeals under paragraph 70(1)(b), but the factors are not exhaustive: *Chieu*, at paragraph 40.

Les facteurs énoncés dans *Ribic* font ressortir les circonstances que la SAI devrait prendre en compte lorsqu’elle entend un appel interjeté en vertu de l’alinéa 70(1)b), mais ces facteurs ne sont pas exhaustifs : arrêt *Chieu*, au paragraphe 40.

[4] The Supreme Court in *Chieu* also clarified that the IAD is entitled to consider potential foreign hardship under paragraph 70(1)(b) of the former Act, if, as in this case, a likely country of removal is identified by the permanent resident facing removal. Since the Supreme Court’s reasons in *Chieu* were not released until 2002, in the 2001 hearing originally granting a stay to the respondent the IAD did not address the issue of foreign hardship and, under the then current jurisprudence, was not obliged to do so. However, the IAD decision that is the subject of this appeal was rendered after *Chieu*.

[4] Dans l’arrêt *Chieu*, la Cour suprême a aussi clairement indiqué que la SAI est autorisée à tenir compte des difficultés possibles à l’étranger en vertu de l’alinéa 70(1)b) de l’ancienne Loi, lorsque, comme en l’espèce, un pays de destination probable a été établi par le résident permanent frappé de renvoi. Étant donné que les motifs énoncés par la Cour suprême dans l’arrêt *Chieu* n’ont été publiés qu’en 2002, à l’audience tenue en 2001, lors de laquelle l’intimé avait initialement obtenu un sursis, la SAI ne s’était pas penchée sur la question des difficultés à l’étranger et, selon l’état de la jurisprudence à cette époque, elle n’était pas tenue de le faire. Cependant, la décision de la SAI qui est visée par le présent appel a été rendue après l’arrêt *Chieu*.

[5] A preliminary question this Court must answer is whether the *Ribic* factors apply to the cancellation of a stay pursuant to paragraph 74(3)(b) of the former Act, which makes no reference to an obligation to consider “all the circumstances of the case.” It appears to me that established IAD and Federal Court practice answers this question in the affirmative. See, for instance, *Beaumont*

[5] La Cour doit répondre à la question préliminaire de savoir si les facteurs énoncés dans *Ribic* s’appliquent à l’annulation d’un sursis en vertu de l’alinéa 74(3)b) de l’ancienne Loi qui ne mentionne nullement l’obligation de rendre une décision « eu égard aux circonstances particulières de l’espèce ». Il me semble que les pratiques établies de la SAI et de la Cour fédérale

v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (2002), 25 Imm. L.R. (3d) 189 (F.C.T.D.) and *Burgess v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] F.C.J. No. 1302 (T.D.) (QL), *per* Nadon J. (as he then was) at paragraphs 16 to 19. I see no reason to disturb the practices of the IAD and the Federal Court in this regard.

[6] I now turn to the certified question, namely, whether the IAD is obligated to consider evidence that applies to *Ribic* factors not argued in the claimant's submissions. The appellant makes reference to two cases of this Court: *Owusu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2004] 2 F.C.R. 635, and *Ranganathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 2 F.C. 164 (C.A.). Neither case is apposite to this appeal.

[7] The case of *Owusu* considered the failure of an immigration officer to consider the claimant's argument that if he were forced to return to Ghana he would not have any way to support his family financially. However, in that case, there was no evidence presented to support this submission. In that sense, the issue in *Owusu* is opposite from the case at bar: this case deals with evidence, but no submissions. In *Owusu*, there was a legal submission with no supporting evidence.

[8] The appellant also makes reference to the case of *Ranganathan*, for the proposition that the respondent could not have possibly thought that foreign hardship was an important factor if it had not been presented to the IAD as such in his submissions. Thus, so the logic goes, the IAD would not have had to consider this factor. However, the case of *Ranganathan* concerned the availability of an internal flight alternative (IFA) in Colombo in a refugee claim. The question was not whether the Convention Refugee Determination Division had considered a specific factor, but rather whether they had considered a specific piece of evidence

permettent de répondre affirmativement à cette question. Voir, par exemple, *Beaumont c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CFPI 1261, et *Burgess c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] A.C.F. n° 1302 (1^{re} inst.) (QL), par le juge Nadon (maintenant juge à la Cour d'appel fédérale) aux paragraphes 16 à 19. Je ne vois aucune raison de modifier les pratiques de la SAI et de la Cour fédérale à cet égard.

[6] Je vais maintenant aborder la question certifiée, c'est-à-dire celle de savoir si la SAI est tenue de prendre en compte la preuve relative aux facteurs énoncés dans *Ribic* que le demandeur n'a pas fait valoir dans ses observations. L'appelant fait référence à deux arrêts de la Cour : *Owusu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2004] 2 R.C.F. 635, et *Ranganathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] 2 C.F. 164 (C.A.). Ni l'un ni l'autre de ces arrêts n'est pertinent dans le cadre du présent appel.

[7] Dans l'affaire *Owusu*, le demandeur avait reproché à l'agent d'immigration d'avoir omis de prendre en considération l'argument selon lequel s'il était forcé de retourner au Ghana il n'aurait aucun moyen de subvenir aux besoins pécuniaires de sa famille. Cependant, aucune preuve n'avait été fournie pour appuyer cette assertion. Ainsi, il s'agissait d'une situation opposée à celle dont la Cour est saisie dans la présente affaire : en l'espèce, la preuve existe mais aucun argument n'a été avancé. Dans l'affaire *Owusu*, un argument de droit avait été mis en avant, mais il n'était étayé par aucune preuve.

[8] L'appelant fait aussi référence à l'arrêt *Ranganathan*, à l'appui de sa prétention selon laquelle l'intimé ne pouvait pas considérer les difficultés à l'étranger comme un facteur important si celles-ci n'avaient pas été présentées comme tel à la SAI dans ses allégations. Ainsi, logiquement, la SAI n'aurait pas eu à tenir compte de ce facteur. Cependant, l'arrêt *Ranganathan* portait sur la possibilité de refuge intérieur (la PRI) à Colombo dans le cadre d'une revendication de statut de réfugié. La question n'était pas de savoir si la Section du statut de réfugié avait tenu compte d'un facteur en particulier, mais plutôt de savoir si elle avait

in relation to the question of IFA. More importantly, there were established facts that directly contradicted the evidence that had been omitted from the Board's decision.

[9] In my opinion, once there is evidence that relates to a *Ribic* factor, the IAD must consider that *Ribic* factor in its reasons. This is not tantamount to an obligation to elicit evidence, as the appellant suggests. The evidentiary burden to demonstrate why a stay ought not to be cancelled remains on the permanent resident facing deportation.

[10] Applying that reasoning to the case at bar, the IAD failed to consider the factor of foreign hardship. Moreover, while it was scant, some evidence had been presented on this issue. The relevant evidence reads (the emphasis is my own):

COUNSEL: Okay. Look, I understand that. But I'm more interested in the more immediate aftermath. Okay? What I want to know is, you get deported, what happens to provisions of the daily care of your mother and grandmother?

APPELLANT: There's going to be no care. They're probably going to end up dying and that's it. There's going to be nothing there. And to be quite honest, you know, you guys decide to deport me, why don't you just—you know, I don't even want to live. I don't really want to think about that. You know—

COUNSEL: Why not?

APPELLANT: If I have to be deported, there is no use of—there is no other country I know. This is the only thing, I lived here, I grew up, this is the people I love and the country I know. And if I have to be deported, then I don't even think I want to live, to be honest. There is no, no—there is nothing there no more for me.

[11] The failure to consider the *Ribic* factor of foreign hardship is an error of law. Thus, the decision of the IAD dated November 10, 2005 must be set aside. The matter must be remitted to the IAD for redetermination by a differently constituted panel. I will not address the other grounds of appeal as it is not necessary to do so.

pris en compte un élément de preuve précis en ce qui concerne la PRI. Plus important encore, il y avait des faits établis qui contredisaient directement la preuve que la Commission avait omis de mentionner dans sa décision.

[9] À mon avis, dès qu'il existe une preuve liée à un facteur énoncé dans *Ribic*, la SAI doit faire mention de ce facteur dans ses motifs, ce qui n'équivaut pas à l'obligation d'obtenir une preuve, comme l'appelant le soutient. Le fardeau d'établir les raisons pour lesquelles le sursis ne devrait pas être annulé repose sur le résident permanent faisant l'objet d'une mesure d'expulsion.

[10] Si l'on applique ce raisonnement à la présente affaire, la SAI a omis de prendre en compte le facteur relatif aux difficultés à l'étranger. De plus, même si la preuve était mince, certains éléments de preuve ont été présentés relativement à cette question. La preuve pertinente est reproduite ci-dessous :

[TRADUCTION]

CONSEIL : D'accord. Bon, je comprends cela. Cependant, je m'intéresse davantage aux conséquences directes. Comprenez-vous? Je veux savoir ce qu'il adviendra des soins quotidiens que votre mère et votre grand-mère doivent recevoir si on vous expulse?

APPELLANT : Elles ne recevront aucun soin. Elles finiront probablement par en mourir, un point c'est tout. Personne ne sera là pour s'occuper d'elles. Pour être parfaitement honnête, vous savez, si vous décidez de m'expulser, faites-le donc—vous savez, je n'ai même plus envie de vivre. Je ne veux pas vraiment y penser. Vous savez—

CONSEIL : Pourquoi?

APPELLANT : Si je devais être expulsé, à quoi bon—je ne connais aucun autre pays. Ce pays est tout pour moi, j'ai vécu ici, j'ai grandi ici, les gens que j'aime se trouvent ici et je connais bien ce pays. Si je devais être expulsé, honnêtement, je crois que je n'aurais même plus envie de vivre. Il n'y a aucun, aucun—il n'y a aucun autre pays pour moi. [Non souligné dans l'original.]

[11] Le fait de ne pas avoir pris en compte le facteur énoncé dans *Ribic* relatif aux difficultés à l'étranger constitue une erreur de droit. Par conséquent, la décision de la SAI rendue le 10 novembre 2005 doit être annulée. L'affaire doit être renvoyée à la SAI pour qu'un tribunal différemment constitué statue à nouveau sur elle. Je ne

vais pas aborder les autres motifs d'appel puisque cela n'est pas nécessaire.

[12] I would answer the certified question in the affirmative and dismiss the appeal.

[12] Je répondrais par l'affirmative à la question certifiée et rejetterais l'appel.

NADON J.A.: I agree.

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

SHARLOW J.A.: I agree.

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

A-202-06
2007 FCA 272

A-202-06
2007 CAF 272

Canadian Imperial Bank of Commerce (*Appellant*)

Banque Canadienne Impériale de Commerce
(*appelante*)

v.

c.

Chief Commissioner, Canadian Human Rights Commission (*Respondent*)

Commissaire en chef, Commission canadienne des droits de la personne (*intimé*)

and

et

Canadian Bankers Association (*Intervener*)

Association des banquiers canadiens (*intervenante*)

INDEXED AS: CANADIAN IMPERIAL BANK OF COMMERCE v. CANADA (CHIEF COMMISSIONER, HUMAN RIGHTS COMMISSION) (F.C.A.)

RÉPERTORIÉ : BANQUE CANADIENNE IMPÉRIALE DE COMMERCE c. CANADA (COMMISSAIRE EN CHEF, COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE) (C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Décarý, Nadon and Pelletier JJ.A.—Toronto, April 30; Ottawa, August 27, 2007.

Cour d'appel fédérale, juges Décarý, Nadon et Pelletier, J.C.A.—Toronto, 30 avril; Ottawa, 27 août 2007.

Access to Information — Appeal from Federal Court decision dismissing application for judicial review of decision by Canadian Human Rights Commission to disclose final audit report containing findings about appellant's compliance with Employment Equity Act — That request for information not made in writing as required by Access to Information Act (ATIA), s. 6 not fatal to request — Meaning of "under the control of a government institution" in ATIA, s. 4 — Expectation of confidentiality arising from dealings between source of record, government institution not sufficient to withdraw record from control of government institution — Nothing suggesting exercise of Commission's discretion under ss. 16, 19 unreasonable — Public benefit requirement intended to ensure benefit of exemption only accrues in public interest — Application Judge erred in applying comparative test where none required, in concluding information in final report not exempt from disclosure as confidential commercial information under ATIA, s. 20(1)(b) — Appeal allowed.

Accès à l'information — Appel d'une décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission canadienne des droits de la personne de communiquer le rapport de vérification final qui contenait des conclusions au sujet du respect de la Loi sur l'équité en matière d'emploi par l'appelante — Le fait que la demande d'accès n'a pas été présentée par écrit comme l'exige l'art. 6 de la Loi sur l'accès à l'information (la LAI) ne porte pas atteinte à la demande — Sens de l'expression « relevant d'une institution fédérale » qui se trouve à l'art. 4 de la LAI — L'attente de confidentialité découlant des relations entre la source du document et l'institution fédérale ne suffit pas pour retirer à l'institution fédérale le contrôle de ce document — Rien ne donnait à penser que la manière dont la Commission a exercé son pouvoir discrétionnaire en vertu des art. 16 et 19 était déraisonnable — L'exigence relative à l'intérêt public a pour but d'assurer que l'exception ne joue qu'en faveur de l'intérêt public — Le juge des requêtes a commis une erreur en appliquant un critère comparatif alors qu'il n'y avait pas lieu de le faire et en concluant que les renseignements contenus dans le rapport final n'échappaient pas à la communication en tant que renseignements commerciaux confidentiels suivant l'art. 20(1)(b) de la LAI — Appel accueilli.

Employment Law — Appellant opposing release of final audit report containing findings about appellant's compliance with Employment Equity Act (EEA) on ground of privilege created by EEA, s. 34 — Bulk of information contained in

Droit de l'emploi — L'appelante s'opposait à la communication du rapport de vérification final qui contenait des conclusions au sujet de son respect de la Loi sur l'équité en matière d'emploi (LEE) en invoquant le privilège prévu à

final report information provided to Canadian Human Rights Commission in course of EEA audit, not drawn from public sources — Final report thus apparently caught by privilege — But must not confuse control of record with control of information — That s. 34 imposes limits on Commission's ability to disseminate information contained in record not meaning record itself not under control of Commission — Confidential relationship between Commission, subject of employment equity audit in public interest.

This was an appeal from a Federal Court decision dismissing an application for judicial review of a decision by the Canadian Human Rights Commission to disclose a final audit report containing findings about compliance with the *Employment Equity Act* (EEA) by the Canadian Imperial Bank of Commerce (the appellant CIBC). The Commission had previously refused a request under the *Access to Information Act* (ATIA) for disclosure of the “CIBC Interim Employment Equity Report” (the interim report) because it contained confidential commercial information, and was thus exempt from disclosure pursuant to paragraph 20(1)(b) of the ATIA. In July 2004, the Commission informed the CIBC that it had received another request under the ATIA for disclosure of its final report, without disclosing that the request was made orally and not in writing. In October 2004, the Commission advised the CIBC that it intended to disclose the final report and that its decision not to release the interim report had, in fact, been based on paragraph 16(1)(c) of the ATIA, the exemption in favour of information which could be injurious to an ongoing lawful investigation, and not on paragraph 20(1)(b) of that Act. The CIBC then applied to the Federal Court for judicial review of the Commission’s decision. The application Judge dismissed the application except with respect to two discrete pieces of information. The issues were: (1) whether the Commission had jurisdiction to disclose the final report in the absence of a written request, as required by section 6 of the ATIA; (2) whether the information provided to the Commission by the CIBC which was reproduced in the final report is subject to the ATIA when it is not under the “control” of the Commission since section 34 of the EEA gives the CIBC, not the Commission, the authority to grant or withhold its consent to disclosure; (3) whether the CIBC information falls within the exemptions to disclosure set out at paragraph 20(1)(b) or 20(1)(c), or section 16 or 19 of the ATIA; and (4) whether the Commission breached the principles of fundamental justice when it misstated the grounds on which it had declined to disclose the interim

l’art. 34 de la LEE — Le gros des renseignements contenus dans le rapport final étaient des renseignements fournis à la Commission canadienne des droits de la personne dans le cadre de la vérification fondée sur la LEE et n’ont pas été tirés de sources publiques — Le rapport final était donc censément assujéti au privilège — Toutefois, il ne faut pas confondre le contrôle des documents et le contrôle des renseignements — Le fait que l’art. 34 impose certaines limites au pouvoir de la Commission de communiquer les renseignements qui sont contenus dans le document ne signifie pas que le document lui-même ne relève pas de la Commission — La relation confidentielle entre la Commission et le sujet d’une vérification de la conformité de l’équité en matière d’emploi est d’intérêt public.

Il s’agissait d’un appel de la décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire d’une décision de la Commission canadienne des droits de la personne de communiquer un rapport de vérification final qui contenait des conclusions au sujet du respect de la *Loi sur l’équité en matière d’emploi* (la LEE) par la Banque Canadienne Impériale de Commerce (l’appelante CIBC). La Commission avait auparavant refusé une demande présentée en vertu de la *Loi sur l’accès à l’information* (la LAI) pour la communication du « Rapport provisoire sur l’équité en matière d’emploi concernant la CIBC » (le rapport provisoire) parce qu’il renfermait des renseignements commerciaux confidentiels et qu’il était donc visé par l’exception prévue à l’alinéa 20(1)b) de la LAI. En juillet 2004, la Commission a informé la CIBC qu’elle avait reçu une autre demande d’accès à son rapport final, demande présentée en vertu de la LAI, sans divulguer que cette demande avait été faite oralement et non par écrit. En octobre 2004, la Commission a informé la CIBC qu’elle avait l’intention de communiquer le rapport final et que sa décision de ne pas communiquer le rapport provisoire avait, en fait, été fondée sur l’alinéa 16(1)c) de la LAI, exception qui vise les renseignements dont la communication risquerait de nuire au déroulement d’une enquête licite, et non pas sur l’alinéa 20(1)b) de cette loi. La CIBC s’est alors adressée à la Cour fédérale pour demander le contrôle judiciaire de la décision de la Commission. Le juge des requêtes a rejeté la demande, sauf pour ce qui avait trait à deux passages précis. Les questions litigieuses étaient de savoir si : 1) la Commission avait compétence pour communiquer le rapport final en l’absence d’une demande écrite, comme l’exige l’article 6 de la LAI; 2) les renseignements fournis à la Commission par la CIBC qui ont été reproduits dans le rapport final sont assujéti à la LAI quand ils ne relèvent pas de la Commission puisque l’article 34 de la LEE accorde à la CIBC, et non pas à la Commission, le pouvoir de donner ou non son consentement à la communication; 3) les renseignements de la CIBC sont visés par les exceptions à la

report, thereby misleading the CIBC as to the submissions which it ought to make to oppose the disclosure of the final report.

Held, the appeal should be allowed.

(1) Casting the issue of a written request as one of jurisdiction obscured the real issue which is the consequence of non-compliance with the requirement that requests for information must be made in writing. There is no reason why the Commission should not have complied with the plain language of section 6 of the ATIA and demanded that the request for disclosure of the final report be made in writing. Such a requirement is not onerous and is easily satisfied. But the fact that the legislation imposes an obligation does not, in and of itself, define the consequences of non-compliance. There is nothing in the ATIA which purports to make anything done in the absence of a written request void. As no statutory purpose was defeated by the failure to insist upon a written request, it must be assumed that the request for disclosure of the final report was not void solely by reason of not having been made in writing.

(2) The CIBC argued that since section 34 of the EEA prohibits the release of the information which it provided to the Commission without its consent, it has the power to decide if the information is to be released. This argument turns on the meaning of the phrase “under the control of a government institution” found in section 4 of the ATIA. The bulk of information contained in the final report was information provided to the Commission in the course of the EEA audit and was not drawn from public sources. To that extent, there was a factual foundation for the argument that the final report is caught by the privilege created by section 34 of the EEA. The application Judge erred when he concluded that it was sufficient that the information in the final report be of the same sort as information in the public record. An expectation of confidentiality arising from the dealings between the source of the record and the government institution is not sufficient to withdraw a record from the control of the government institution. The CIBC’s argument confounds control of the record and control of the information. The fact that section 34 imposes certain limits on the Commission’s ability to disseminate the information contained in the record does not mean that the record itself is not under the control of the Commission. CIBC also argued that while the record may be subject to the control of the Commission, the information is not subject to the provisions of the ATIA because it is

communication énoncées aux alinéas 20(1)*b*) ou 20(1)*c*) ou aux articles 16 ou 19 de la LAI; et 4) la Commission a enfreint les principes de justice fondamentale quand elle a fourni des motifs erronés pour justifier son refus de divulguer le rapport provisoire, induisant ainsi la CIBC en erreur quant aux arguments qu’elle devait présenter pour s’opposer à la communication du rapport final.

Arrêt : l’appel doit être accueilli.

1) Formuler la question d’une requête écrite comme étant une question de compétence cache la véritable question, à savoir la conséquence du non-respect de la condition qui exige que les demandes de renseignements soient faites par écrit. Rien n’explique pourquoi la Commission n’aurait pas dû respecter le texte clair de l’article 6 de la LAI et exiger que la demande d’accès au rapport final soit faite par écrit. Une telle exigence n’est pas onéreuse et il est facile de s’y conformer. Mais le fait que la Loi impose une obligation ne définit pas en soi les conséquences du non-respect. Il n’y a rien dans la LAI qui est censé annuler tout ce qui est fait en l’absence d’une demande écrite. Étant donné qu’aucun des objets de la loi n’a été mis en échec du fait qu’on n’a pas insisté pour avoir une demande écrite, il faut présumer que la demande de communication du rapport final n’était pas nulle simplement parce qu’on ne l’a pas faite par écrit.

2) La CIBC a soutenu que puisque l’article 34 de la LEE interdit la communication des renseignements qu’elle a fournis à la Commission sans son consentement, elle a le pouvoir de décider si ces renseignements peuvent être communiqués. Cet argument s’appuie sur le sens de l’expression « relevant d’une institution fédérale » qui se trouve à l’article 4 de la LAI. Les gros des renseignements contenus dans le rapport final étaient des renseignements fournis à la Commission dans le cadre de la vérification fondée sur la LEE, et n’ont pas été tirés de sources publiques. Dans cette mesure, il y a un fondement factuel à l’argument selon lequel le rapport final est assujéti au privilège créé par l’article 34 de la LEE. Le juge des requêtes a commis une erreur quand il a conclu qu’il était suffisant que les renseignements contenus dans le rapport final soient du même genre que les renseignements disponibles au grand public. L’attente de confidentialité découlant des relations entre la source du document et l’institution fédérale ne suffit pas pour retirer à l’institution fédérale le contrôle de ce document. L’argument de la CIBC confond le contrôle des documents et le contrôle des renseignements. Le fait que l’article 34 impose certaines limites au pouvoir de la Commission de communiquer les renseignements qui sont contenus dans le document ne signifie pas que le document lui-même ne relève pas de la Commission. La CIBC a également soutenu que bien que le document puisse relever de

privileged. This issue refers to privilege as freedom from forced disclosure, and not to whether the privileged information is admissible in a court of law. Information in the government's hands is subject to disclosure pursuant to the ATIA, unless it is exempt under the terms of the Act, or unless the provision under which it is created or communicated is listed in Schedule II to the ATIA.

(3) Section 16 of the ATIA, concerning information the disclosure of which could interfere with a lawful investigation, is a discretionary exemption. In order to succeed, the CIBC had to show that the Commission exercised its discretion unreasonably. There was nothing to suggest that the Commission's exercise of its discretion was unreasonable. The same could be said about section 19 of the ATIA which exempts personal information from disclosure. The two major grounds of opposition advanced by the CIBC were paragraphs 20(1)(b) and 20(1)(c) of the ATIA. The application Judge compared the final report to the CIBC's 2002 EEA Annual Report and found that much the same kind of information appeared in that report as appeared in the final report. That is not the test to be applied. The test is not whether information of the same kind is available in the public record but whether the specific information can be found there. The application Judge erred in law in applying the wrong test when deciding if the information in question was confidential. The next leg of the test is whether there is an objective basis for saying that the information was communicated in the expectation that it would be kept in confidence. The application Judge's conclusion that there was no reasonable basis for CIBC's belief in confidentiality was unreasonable. The reasons given did not adequately support his conclusion on this important element of the test for the application of the exemption found in paragraph 20(1)(b) of the ATIA. The last element of the test is the public interest in the disclosure of the information. The public benefit requirement is intended to ensure that the benefit of the exemption only accrues in the public interest. It does not call for a weighing of the public interest between disclosure and non-disclosure. The application Judge erred in applying a comparative test where none was required. The confidential relationship between the Commission and the subject of an employment equity audit is in the public interest. Section 34 of the EEA makes it clear that the confidentiality of that relationship must be maintained. The application Judge erred in law in applying the wrong test with respect to the public benefit aspect of the test and in concluding that the information in the final report is not exempt from disclosure as confidential commercial information pursuant to paragraph 20(1)(b) of the ATIA.

la Commission, les renseignements ne sont pas assujettis aux dispositions de la LAI parce qu'ils sont protégés. Il est question du privilège en tant que liberté de s'opposer à une communication forcée, et il ne s'agit pas de savoir si les renseignements protégés sont admissibles dans une cour de justice. Les renseignements dont disposait le gouvernement peuvent être communiqués en vertu de la LAI, à moins qu'ils ne bénéficient d'une exception prévue dans la Loi, ou à moins que la disposition en vertu de laquelle ils sont créés ou communiqués figure à l'annexe II de la LAI.

3) L'article 16 de la LAI, qui traite des renseignements dont la divulgation risquerait de nuire au déroulement d'enquêtes licites, est une exception discrétionnaire. Pour avoir gain de cause, la CIBC devait démontrer que la Commission avait exercé son pouvoir discrétionnaire de façon déraisonnable. Rien ne permettait à la Cour de statuer que la manière dont la Commission a exercé son pouvoir discrétionnaire était déraisonnable. On pourrait en dire autant de l'article 19 de la LAI, qui exempte les renseignements personnels de la communication. Les deux principaux motifs d'opposition formulés par la CIBC étaient les alinéas 20(1)(b) et 20(1)(c) de la LAI. Le juge des requêtes a comparé le rapport final au rapport annuel de 2002 que la CIBC a fourni en vertu de la LEE et a conclu que les renseignements qui figuraient dans ce rapport se rapprochaient beaucoup de ceux figurant dans le rapport final. Ce n'est pas là le critère qu'il fallait appliquer. Le critère n'est pas de savoir si des renseignements du même genre sont à la disposition du grand public, mais bien de savoir si des renseignements précis le sont. Le juge des requêtes a commis une erreur de droit en appliquant le mauvais critère pour décider si les renseignements en question étaient confidentiels. L'élément suivant du critère consistait à déterminer s'il existait un fondement objectif permettant de soutenir que les renseignements ont été communiqués dans l'attente qu'ils resteraient confidentiels. La conclusion du juge des requêtes qu'il n'y avait pas de fondement raisonnable à l'attente de la CIBC que ces renseignements resteraient confidentiels était déraisonnable. Les motifs donnés n'étaient pas suffisamment sa conclusion sur cet élément important du critère relatif à l'application de l'exception qui se trouve à l'alinéa 20(1)(b) de la LAI. Le dernier élément du critère est l'intérêt du public à la communication des renseignements. L'exigence relative à l'intérêt public a pour but d'assurer que l'exception ne joue qu'en faveur de l'intérêt public. Cette exigence n'appelle pas une pondération de l'intérêt public entre la communication et la non-communication. Le juge des requêtes a commis une erreur en appliquant un critère comparatif alors qu'il n'y avait pas lieu de le faire. La relation confidentielle entre la Commission et le sujet d'une vérification de la conformité de l'équité en matière d'emploi est d'intérêt public. L'article 34 de la LEE énonce clairement que la confidentialité de cette relation doit

(4) The Commission's revisiting of the grounds for its refusal to disclose the interim report was surprising and somewhat troubling. It is difficult to conceive how confusion between a refusal based upon confidential commercial information with one based upon interference with a lawful investigation occurred. It is unlikely that the person who made the initial decision intended to make a decision other than the one which was made. That decision could not later be withdrawn and treated as inoperative when further and better grounds which, incidentally, did not conflict with the disclosure of the final report, came to mind later. However, the CIBC was never under any illusion as to the burden it had to meet.

The final report contained confidential commercial information which was treated consistently in a confidential manner by the CIBC as provided in paragraph 20(1)(b) of the ATIA.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 4 (as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 144, Sch. VII, item 1(F); 2001, c. 27, s. 202), 6, 7, 16, 19, 20, 24, 44 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 1, s. 45, Sch. III, item 1(F)), 53.
- Bank Act*, S.C. 1991, c. 46, s. 636 (as am. by S.C. 1999, c. 28, s. 41; 2007, c. 6, s. 103).
- Canada Deposit Insurance Corporation Act*, R.S.C., 1985, c. C-3, s. 45.2 (as enacted by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 18, s. 68; S.C. 2001, c. 9, s. 214).
- Employment Equity Act*, S.C. 1995, c. 44, ss. 9(3), 34.
- Financial Consumer Agency of Canada Act*, S.C. 2001, c. 9, s. 17.
- National Archives of Canada Act*, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 1, s. 5.
- Office of the Superintendent of Financial Institutions Act*, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 18, s. 22(1) (as am. by S.C. 2001, c. 9, s. 472).
- Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, s. 3 "personal information" (as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 144, Sch. VII, item 47(F)).

être préservée. Le juge des requêtes a commis une erreur de droit en appliquant le mauvais critère pour ce qui est de l'aspect relatif à l'intérêt public et en concluant que les renseignements contenus dans le rapport final n'échappaient pas à la communication en tant que renseignements commerciaux confidentiels suivant l'alinéa 20(1)b) de la LAI.

4) La modification par la Commission des motifs justifiant son refus de communiquer le rapport provisoire était surprenante et assez troublante. Il est difficile de concevoir comment on peut confondre un refus se fondant sur des renseignements commerciaux confidentiels et un refus se fondant sur un obstacle à une enquête licite. Il est peu probable que la personne qui a pris la décision initiale ait eu l'intention de prendre une décision autre que celle qui a été prise. Cette décision ne peut par la suite être retirée et traitée comme inopérante quand de meilleurs motifs viennent à l'esprit du décideur, motifs qui, soit dit en passant, ne s'opposent pas à la communication du rapport final. Cependant, la CIBC n'a jamais été trompée quant au fardeau dont elle devait s'acquitter.

Le rapport final renfermait des renseignements commerciaux confidentiels qui ont été traités de façon constante de manière confidentielle par la CIBC, comme le prévoit l'alinéa 20(1)b) de la LAI.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 4 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, n° 1(F); 2001, ch. 27, art. 202), 6, 7, 16, 19, 20, 24, 44 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 1, art. 45, ann. III, n° 1(F)), 53.
- Loi sur l'Agence de la consommation en matière financière du Canada*, L.C. 2001, ch. 9, art. 17.
- Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 3 « renseignements personnels » (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144; ann. VII, n° 47(F)).
- Loi sur la Société d'assurance-dépôts du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-3, art. 45.2 (édicte par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 18, art. 68; L.C. 2001, ch. 9, art. 214).
- Loi sur le Bureau du surintendant des institutions financières*, L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 18, art. 22(1) (mod. par L.C. 2001, ch. 9, art. 472).
- Loi sur l'équité en matière d'emploi*, L.C. 1995, ch. 44, art. 9(3), 34.
- Loi sur les archives nationales du Canada*, L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 1, art. 5.
- Loi sur les banques*, L.C. 1991, ch. 46, art. 636 (mod. par L.C. 1999, ch. 28, art. 41; 2007, ch. 6, art. 103).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia, [2003] 1 S.C.R. 226; (2003), 223 D.L.R. (4th) 599; [2003] 5 W.W.R. 1; 11 B.C.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (3d) 1; 179 B.C.A.C. 170; 302 N.R. 34; 2003 SCC 19; *Air Atonabee Ltd. v. Canada (Minister of Transport)* (1989), 37 Admin. L.R. 245; 27 C.P.R. (3d) 180; 27 F.T.R. 194 (F.C.T.D.).

DISTINGUISHED:

Andersen Consulting v. Canada, [2001] 2 F.C. 324; (2001), 9 C.P.C. (5th) 245; 199 F.T.R. 150 (T.D.).

CONSIDERED:

Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of Industry), [2008] 1 F.C.R. 231; (2007), 284 D.L.R. (4th) 293; 61 Admin. L.R. (4th) 106; 365 N.R. 244; 2007 FCA 212; *British Columbia (Attorney General) v. Canada (Attorney General): An Act respecting the Vancouver Island Railway (Re)*, [1994] 2 S.C.R. 41; (1994), 114 D.L.R. (4th) 193; [1994] 6 W.W.R. 1; 91 B.C.L.R. (2d) 1; 21 Admin. L.R. (2d) 1; 44 B.C.A.C. 1; 166 N.R. 81; 71 W.A.C. 1; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247; (2003), 257 N.B.R. (2d) 207; 223 D.L.R. (4th) 577; 48 Admin. L.R. (3d) 33; 31 C.P.C. (5th) 1; 302 N.R. 1; 2003 SCC 20.

REFERRED TO:

Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works), [1993] 3 F.C. 320; (1993), 19 Admin. L.R. (2d) 230; 50 C.P.R. (3d) 253; 64 F.T.R. 62 (T.D.); *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445; (2001), 195 D.L.R. (4th) 513; 151 C.C.C. (3d) 321; 40 C.R. (5th) 1; 80 C.R.R. (2d) 217; 266 N.R. 275; 142 O.A.C. 201; 2001 SCC 14; *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403; (1997), 148 D.L.R. (4th) 385; 46 Admin. L.R. (2d) 155; 213 N.R. 161.

AUTHORS CITED

Canada. *Treasury Board Manual: Access to Information Policy and Guidelines*, Chapter 2-00 "Guidelines—General". Ottawa: Supply and Services Canada, 1993.
Sopinka, J. et al. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia, [2003] 1 R.C.S. 226; 2003 CSC 19; *Air Atonabee Ltd. c. Canada (Ministre des Transports)*, [1989] A.C.F. n° 453 (1^{re} inst.) (QL).

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

Andersen Consulting c. Canada, [2001] 2 C.F. 324 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de l'Industrie), [2008] 1 R.C.F. 231; 2007 CAF 212; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Canada (Procureur général): Acte concernant le chemin de l'île de Vancouver (Re)*, [1994] 2 R.C.S. 41; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247; 2003 CSC 20.

DÉCISIONS CITÉES :

Société canadienne des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics), [1993] 3 C.F. 320 (1^{re} inst.); *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445; 2001 CSC 14; *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403.

DOCTRINE CITÉE

Canada. *Guide du Conseil du Trésor : Politiques et lignes directrices en matière d'accès à l'information*, chapitre 2-00 « Lignes directrices—généralités ». Ottawa : Approvisionnement et Services Canada, 1993.
Sopinka, J. et al. *The Law of Evidence in Canada*, 2^e éd. Toronto : Butterworths, 1999.

APPEAL from a Federal Court decision ((2006), 45 Admin. L.R. (4th) 157; 291 F.T.R. 87; 2006 FC 443) dismissing an application for judicial review of a decision by the Canadian Human Rights Commission to disclose a final audit report containing findings about the appellant's compliance with the *Employment Equity Act*. Appeal allowed.

APPEL d'une décision de la Cour fédérale (2006 CF 443) rejetant une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission canadienne des droits de la personne de communiquer le rapport de vérification final qui contenait des conclusions au sujet du respect de la *Loi sur l'équité en matière d'emploi* par l'appelante. Appel accueilli.

APPEARANCES:

Paul B. Schabas and Catherine M. Beagan Flood for appellant.

Kathleen P. Fawcett and Mark Searl for respondent.

Guy J. Pratte and Nadia Effendi for intervener.

ONT COMPARU :

Paul B. Schabas et Catherine M. Beagan Flood pour l'appelante.

Kathleen P. Fawcett et Mark Searl pour l'intimé.

Guy J. Pratte et Nadia Effendi pour l'intervenante.

SOLICITORS OF RECORD:

Blake Cassels & Graydon LLP, Toronto, for appellant.

Canadian Human Rights Commission, Ottawa, for respondent.

Borden Ladner Gervais LLP, Ottawa, for intervener.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Blake Cassels & Graydon LLP, Toronto, pour l'appelante.

Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa, pour l'intimé.

Borden Ladner Gervais s.r.l., s.e.n.c.r.l., Ottawa, pour l'intervenante.

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] PELLETIER J.A.: This appeal raises a number of issues with respect to the interplay between the *Employment Equity Act*, S.C. 1995, c. 44 (the EEA) and the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 (the ATIA). When the Canadian Human Rights Commission (the Commission) decided that it was bound to release the results of its audit of the Canadian Imperial Bank of Commerce's (the CIBC) compliance with the EEA pursuant to an access request under the ATIA, the latter objected on the basis that the information contained in the report was privileged and was otherwise exempt from disclosure under one or more provisions of the ATIA. The Commission disagreed, as did the Federal Court. The CIBC now appeals to this Court.

[1] LE JUGE PELLETIER, J.C.A. : Le présent appel soulève un certain nombre de questions ayant trait à l'interaction entre la *Loi sur l'équité en matière d'emploi*, L.C. 1995, ch. 44 (la LEE) et la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 (la LAI). Quand la Commission canadienne des droits de la personne (la Commission) a décidé qu'elle était tenue de divulguer les résultats de sa vérification menée auprès de la Banque Canadienne Impériale de Commerce (la CIBC) au sujet du respect de la LEE, par suite d'une demande d'accès fondée sur la LAI, la banque s'est opposée au motif que les renseignements contenus dans le rapport étaient confidentiels et qu'ils étaient visés par une exception prévue dans une ou plusieurs dispositions de la LAI. La Commission n'a pas souscrit à ce point de vue, non plus que la Cour fédérale. La CIBC en appelle maintenant devant cette Cour.

The Facts

[2] The facts are not complicated. In June 2000, the Commission informed the CIBC, that it wished to audit its compliance with its obligations pursuant to the EEA. The CIBC cooperated with the Commission in the conduct of the audit, submitting such information as was asked of it from time to time.

[3] In the fall of 2002, the Commission issued its “CIBC Interim Employment Equity Report” (the interim report) containing its preliminary findings to the CIBC. In November 2002, the Commission received a request under the ATIA for disclosure of the interim report. It informed the CIBC of the request and invited its comments. The CIBC opposed the release of the interim report on the ground of the statutory privilege created by section 34 of the EEA. The CIBC claimed, as well, that the report contained sensitive commercial information which it had supplied to the Commission in confidence. The Commission advised the CIBC by letter dated February 13, 2003, that it did not intend to disclose the interim report because it contained confidential commercial information, and was thus exempt from disclosure pursuant to paragraph 20(1)(b) of the ATIA.

[4] On July 9, 2004, the Commission advised the CIBC that it had now received a request under the ATIA for disclosure of its final report, without disclosing that the request was made orally and not in writing. Once again, the CIBC was invited to comment and once again it opposed the release of the report, relying on the same grounds as it did in opposing the release of the interim report. On October 26, 2004, the Commission advised the CIBC that it intended to disclose the final report.

[5] Two days later, the Commission notified the CIBC that its decision not to release the interim report had, in fact, been based on paragraph 16(1)(c) of the ATIA, the exemption in favour of information which could be injurious to an ongoing lawful investigation, and not on paragraph 20(1)(b) as it had advised the CIBC earlier.

Les faits

[2] Les faits sont assez simples. En juin 2000, la Commission a informé la CIBC qu'elle souhaitait faire une vérification de la conformité à la LEE. La CIBC a collaboré avec la Commission au cours de la vérification, en fournissant les renseignements qui lui étaient périodiquement demandés.

[3] À l'automne 2002, la Commission a remis à la CIBC le « Rapport provisoire sur l'équité en matière d'emploi concernant la CIBC » (le rapport provisoire) qui exposait ses conclusions préliminaires. En novembre 2002, la Commission a reçu une demande d'accès au rapport provisoire fondée sur la LAI. Elle a informé la CIBC de la requête et l'a invitée à formuler ses observations. La CIBC s'est opposée à la communication du rapport provisoire en invoquant le privilège prévu à l'article 34 de la LEE. La CIBC soutenait également que le rapport renfermait des renseignements commerciaux confidentiels qu'elle avait fournis à la Commission dans l'expectation qu'ils demeureraient confidentiels. La Commission a informé la CIBC, dans une lettre en date du 13 février 2003, qu'elle n'avait pas l'intention de divulguer le rapport provisoire parce qu'il renfermait des renseignements commerciaux confidentiels et qu'il était donc visé par l'exception prévue à l'alinéa 20(1)(b) de la LAI.

[4] Le 9 juillet 2004, la Commission a informé la CIBC qu'une demande d'accès au rapport final lui avait été présentée, sans divulguer que cette demande avait été faite oralement et non par écrit. Une fois encore, la CIBC était invitée à déposer ses observations et, de nouveau, elle s'est opposée à la communication du rapport en s'appuyant sur les mêmes motifs qui l'avaient amenée à contester la communication du rapport provisoire. Le 26 octobre 2004, la Commission a informé la CIBC qu'elle avait l'intention de communiquer le rapport final.

[5] Deux jours plus tard, la Commission a informé la CIBC que sa décision de ne pas communiquer le rapport provisoire avait en fait été fondée sur l'alinéa 16(1)(c) de la LAI, exception qui vise les renseignements dont la communication risquerait de nuire au déroulement d'une enquête licite, et non pas sur l'alinéa 20(1)(b) comme elle en avait informé précédemment la CIBC.

[6] The CIBC then applied to the Federal Court under section 44 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 1, s. 45, Sch. III, item 1(F)] of the ATIA for judicial review of the Commission's decision. The application Judge, Blanchard J., in a decision reported at *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Canada (Human Rights Commission)* (2006), 45 Admin. L.R. (4th) 157 (F.C.), dismissed the application except with respect to two discrete pieces of information.

The Issues

[7] The CIBC argues that this appeal raises the following issues:

1- Whether the Commission had jurisdiction to disclose the Final Report in the absence of a written request, as required by section 6 of the ATIA.

2- Whether the information provided to the Commission by the CIBC which was reproduced in the Final Report (the CIBC information) is subject to the ATIA when it is not under the "control" of the Commission since section 34 of the EEA gives the CIBC, not the Commission, the authority to grant or withhold its consent to disclosure.

3- Whether the CIBC information falls within the exemptions to disclosure set out at paragraph 20(1)(b) or 20(1)(c) or section 16 or 19 of the ATIA.

4- Whether the Commission breached the principles of fundamental justice when it misstated the grounds on which it had declined to disclose the Interim Report, thereby misleading the CIBC as to the submissions which it ought to make to oppose the disclosure of the Final Report.

5- Whether the CIBC should pay the Commission's costs.

The Canadian Bankers Association (the CBA) was granted intervenor status in this matter. Its position is essentially that of the CIBC, supplemented by an argument as to the interplay between the confidentiality provisions in legislation governing banks and financial institutions and the ATIA.

Standard of Review

[8] The standard of review applicable to the application Judge was set out by my colleague Evans

[6] La CIBC a alors invoqué l'article 44 [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 1, art. 45; ann. III, n° 1(F)] de la LAI pour demander à la Cour fédérale le contrôle judiciaire de la décision de la Commission. Le juge Blanchard, qui a entendu la demande, a rejeté celle-ci, sauf pour ce qui a trait à deux passages précis, dans une décision publiée *Banque Canadienne Impériale de Commerce c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, 2006 CF 443.

Les questions en litige

[7] La CIBC soutient que le présent appel soulève les questions suivantes :

1- La Commission avait-elle compétence pour communiquer le Rapport final en l'absence d'une demande écrite, comme l'exige l'article 6 de la LAI ?

2- Les renseignements fournis à la Commission par la CIBC qui ont été reproduits dans le Rapport final (les renseignements de la CIBC) sont-ils assujettis à la LAI quand ils ne relèvent pas de la Commission puisque l'article 34 de la LEE accorde à la CIBC, et non pas à la Commission, le pouvoir de donner ou non son consentement à la communication ?

3- Les renseignements de la CIBC sont-ils visés par les exceptions à la communication énoncées aux alinéas 20(1)(b) ou 20(1)(c) ou aux articles 16 ou 19 de la LAI ?

4- La Commission a-t-elle enfreint les principes de justice fondamentale quand elle a fourni des motifs erronés pour justifier son refus de divulguer le Rapport provisoire, induisant ainsi la CIBC en erreur quant aux arguments qu'elle devait présenter pour s'opposer à la communication du Rapport final ?

5- La CIBC devrait-elle payer les dépens de la Commission ?

Le statut d'intervenante a été accordé en l'espèce à l'Association des banquiers canadiens (ABC). Sa position est essentiellement celle de la CIBC, à l'exception d'un argument concernant l'interaction entre les dispositions relatives à la confidentialité dans les lois régissant les banques et les institutions financières et la LAI.

La norme de contrôle

[8] La norme de contrôle applicable au juge des requêtes a été énoncée par mon collègue le juge Evans

J.A. in *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of Industry)*, [2008] 1 F.C.R. 231 (F.C.A.), at paragraph 65 of the Court's reasons. While Evans J.A. was in dissent in this case, his colleagues adopted his formulation of the standard of review:

Questions relating to the interpretation of the Access Act by an institution head in refusing to disclose records in response to an access request are reviewable on a standard of correctness, while the exercise of any statutory discretion under the Access Act is reviewable for unreasonableness *simpliciter*: see, for example, *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)*, [2003] 1 S.C.R. 66, at paragraphs 14-19; *3430901 Canada Inc. v. Canada (Minister of Industry)*, [2002] 1 F.C. 421 (F.C.A.), at paragraphs 28-47.

[9] The standard of review applicable to this Court, sitting on appeal from the application Judge, was set out in *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, at paragraph 43:

The role of the Court of Appeal was to determine whether the reviewing judge had chosen and applied the correct standard of review, and in the event she had not, to assess the administrative body's decision in light of the correct standard of review, reasonableness. At this stage in the analysis, the Court of Appeal is dealing with appellate review of a subordinate court, not judicial review of an administrative decision. As such, the normal rules of appellate review of lower courts as articulated in *Housen, supra*, apply. The question of the right standard to select and apply is one of law and, therefore, must be answered correctly by a reviewing judge.

[10] In the present case, the application Judge proceeded on the basis of correctness or, where certain arguments were not raised before the Commission, on the basis of a *de novo* determination: see paragraphs 31 and 32 of the application Judge's reasons.

Submissions and Analysis

Whether the Commission had jurisdiction to disclose the final report in the absence of a written request, as required by section 6 of the ATIA.

dans *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de l'Industrie)*, [2008] 1 R.C.F. 231 (C.A.F.), au paragraphe 65 des motifs de la Cour. Bien que le juge Evans ait exprimé sa dissidence dans cette affaire, ses collègues ont adopté la manière dont il avait formulé la norme de contrôle :

Les questions relatives à la façon dont le responsable d'une institution interprète la *Loi sur l'accès à l'information* pour refuser de communiquer des dossiers en réponse à une demande d'accès sont susceptibles de contrôle selon la norme de la décision correcte, tandis que l'exercice de tout pouvoir discrétionnaire conféré par la *Loi sur l'accès à l'information* est susceptible de contrôle selon la décision déraisonnable *simpliciter* : voir, par exemple, *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada)*, [2003] 1 R.C.S. 66, aux paragraphes 14 à 19; *3430901 Canada Inc. c. Canada (Ministre de l'Industrie)*, [2002] 1 C.F. 421 (C.A.F.), aux paragraphes 28 à 47.

[9] La norme de contrôle applicable à cette Cour, qui siège en appel de la décision du juge des requêtes, a été énoncée dans l'arrêt *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, au paragraphe 43 :

Le rôle de la Cour d'appel était de décider si la juge de révision avait choisi et appliqué la norme de contrôle appropriée et, si cela n'était pas le cas, d'examiner la décision de l'organisme administratif à la lumière de la norme de contrôle appropriée, soit celle de la décision raisonnable. À cette étape de l'analyse, la Cour d'appel effectue le contrôle en appel d'une décision judiciaire, et non pas le contrôle judiciaire d'une décision administrative. Par conséquent, les règles usuelles applicables au contrôle en appel d'une décision judiciaire énoncées dans *Housen*, précité, s'appliquent. La question du choix et de l'application de la norme appropriée est une question de droit et le juge de révision doit donc y avoir répondu correctement.

[10] En l'espèce, le juge des requêtes a utilisé la norme de la décision correcte ou, dans le cas où certains arguments n'avaient pas été soulevés devant la Commission, il a procédé *de novo* : voir les paragraphes 31 et 32 de ses motifs.

Les prétentions et l'analyse

La Commission avait-elle compétence pour communiquer le rapport final en l'absence d'une demande écrite, comme l'exige l'article 6 de la LAI?

[11] Section 6 of the ATIA provides as follows:

6. A request for access to a record under this Act shall be made in writing to the government institution that has control of the record and shall provide sufficient detail to enable an experienced employee of the institution with a reasonable effort to identify the record.

[12] The CIBC argues that the Commission did not have jurisdiction to deal with the request for disclosure of the final report because the request for that record was made orally and not in writing. The Commission took the position that there was a written request, the original request for the interim report, and that it treated the verbal request for the disclosure of the final report as a valid request under section 6 “in keeping with both the spirit and purpose of the ATIA.”: see paragraph 39 of the application Judge’s reasons.

[13] The application Judge agreed with the Commission’s position. While acknowledging that it would have been desirable for a second written request to have been made for the final report, he found that the absence of a written request did not make the Commission’s decision void. He found that the Commission’s acceptance of the oral request satisfied the spirit and purpose of the ATIA, which is to provide “—rather than hinder—” access to information. He went on to find that even if the CIBC’s complaint were well founded, it would make no difference as the requester would then simply make a written request for the final report.

[14] The CIBC also argued that the Commission was *functus officio* once it declined to disclose the interim report so that it lacked jurisdiction to entertain a request for the final report pursuant to the original written request for the interim report. The Commission argued that each decision was a separate decision based upon a separate request so that the doctrine of *functus officio* did not apply. The application Judge agreed with the Commission.

[15] In my view, it is not helpful to view the Commission’s conduct through the lens of judicial

[11] L’article 6 de la LAI prévoit ce qui suit :

6. La demande de communication d’un document se fait par écrit auprès de l’institution fédérale dont relève le document; elle doit être rédigée en des termes suffisamment précis pour permettre à un fonctionnaire expérimenté de l’institution de trouver le document sans problèmes sérieux.

[12] La CIBC soutient que la Commission n’avait pas compétence pour traiter la requête d’accès au rapport final parce qu’elle avait été faite oralement et non par écrit. La Commission prétend qu’il y avait une demande écrite, c’est-à-dire la première demande d’accès au rapport provisoire, et qu’elle a traité la demande verbale concernant la communication du rapport final comme étant une demande valide aux termes de l’article 6, « conforme à l’esprit et à l’objet de la LAI » : voir le paragraphe 39 des motifs du juge des requêtes.

[13] Le juge des requêtes a accepté la position de la Commission. Tout en reconnaissant qu’il aurait été préférable qu’une deuxième demande écrite soit présentée pour avoir accès au rapport final, il a jugé que l’absence d’une demande écrite n’annulait pas la décision de la Commission. Il a conclu que l’acceptation par la Commission de la requête orale était conforme à l’esprit et à l’objet de la LAI qui est de « faciliter— plutôt que d’empêcher— » l’accès à des renseignements. Il a ajouté que même si la plainte de la CIBC était fondée, cela ne changerait rien puisque le requérant n’aurait qu’à déposer une demande écrite pour obtenir le rapport final.

[14] La CIBC a également fait valoir que la Commission était dessaisie dès lors qu’elle avait refusé de communiquer le rapport provisoire de sorte qu’elle n’avait pas compétence pour traiter une demande d’accès au rapport final en se fondant sur la première demande écrite concernant le rapport provisoire. La Commission soutient que chaque décision était une décision distincte se fondant sur une demande distincte de sorte que la doctrine du dessaisissement ne s’appliquait pas. Le juge des requêtes a souscrit à cette position de la Commission.

[15] À mon avis, il n’est pas utile d’examiner la conduite de la Commission sous l’angle d’une procédure

proceedings. Casting the issue of a written request as one of jurisdiction obscures the real issue which is the consequence of non-compliance with the requirement that requests for information must be made in writing. Similarly, invoking the doctrine of *functus officio* begs the question of whether there were one or two requests for access to information.

[16] I can think of no reason why the Commission should not have complied with the plain language of section 6 of the ATIA and demanded that the request for disclosure of the final report be made in writing. Such a requirement is not onerous and is easily satisfied. The written request then defines the boundaries of the disclosure sought as well as providing a firm reference point for the time limits in the legislation. Invoking the “spirit and purpose of the ATIA” as justification for the failure to observe a straightforward legislative requirement leaves the impression of an *ex post facto* rationalization.

[17] That said, what are the consequences of non-compliance with the requirement that a request for information be made in writing? The fact that the legislation imposes an obligation does not, in and of itself, define the consequences of non-compliance. There is nothing in the ATIA which purports to make anything done in the absence of a written request void. The obvious purpose of the written request is to “provide sufficient detail to enable an experienced employee of the institution with a reasonable effort to identify the record.”: see section 6 of the ATIA.

[18] The distinction between a mandatory, as opposed to a directory, provision was not argued before us, that question having been supplanted by the question of jurisdiction. As Iacobucci J. wrote in *British Columbia (Attorney General) v. Canada (Attorney General); An Act respecting the Vancouver Island Railway (Re)*, [1994] 2 S.C.R. 41, at pages 123-124:

... the court which decides what is mandatory, and what is directory, brings no special tools to bear upon the decision.

judiciaire. Formuler la question d’une requête écrite comme étant une question de compétence cache la véritable question, savoir la conséquence du non-respect de la condition qui exige que les demandes de renseignements soient faites par écrit. De même, faire intervenir la doctrine du dessaisissement ne répond pas à la question de savoir s’il y avait une ou deux demandes d’accès à l’information.

[16] Je ne vois rien qui puisse expliquer pourquoi la Commission n’aurait pas dû respecter le texte clair de l’article 6 de la LAI et exiger que la demande d’accès au rapport final soit faite par écrit. Une telle exigence n’est pas onéreuse et il est facile de s’y conformer. La demande écrite définit ensuite les limites de la communication demandée de même qu’elle fournit un point de référence solide à l’égard des délais prévus dans la loi. Invoquer « l’esprit et l’objet de la LAI » pour justifier l’omission d’observer une condition législative très simple donne l’impression qu’on tente de rationaliser la décision après le fait.

[17] Cela dit, quelles sont les conséquences du non-respect de l’exigence voulant qu’une demande de renseignements soit présentée par écrit ? Le fait que la loi impose une obligation ne définit pas en soi les conséquences du non-respect. Il n’y a rien dans la LAI qui est censé annuler tout ce qui est fait en l’absence d’une demande écrite. Le but évident des requêtes écrites est de fournir des « termes suffisamment précis pour permettre à un fonctionnaire expérimenté de l’institution de trouver le document sans problème sérieux » : voir l’article 6 de la LAI.

[18] La distinction entre une disposition impérative et une disposition directive n’a pas été débattue devant nous, cette question ayant été supplannée par la question de la compétence. Comme l’écrit le juge Iacobucci dans l’arrêt *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Canada (Procureur général); Acte concernant le chemin de fer de l’Île de Vancouver (Re)*, [1994] 2 R.C.S. 41, aux pages 123 et 124 :

[. . .] le tribunal appelé à décider ce qui est impératif ou directif ne recourt à aucun outil spécial pour prendre sa

The decision is informed by the usual process of statutory interpretation. But the process perhaps evokes a special concern for “inconvenient” effects, both public and private, which will emanate from the interpretive result.

[19] Given that we have not had the benefit of an adversarial argument on this issue, I prefer not to express a view beyond saying that, on the facts of this case, I am not persuaded that any statutory purpose has been defeated by the failure to insist upon a written request. Given the nature of the record in issue here, the Commission had no difficulty identifying the record which it was being asked to disclose. Furthermore, no issue has been taken with respect to the 30-day time limit imposed in section 7 of the ATIA. As a result, I will assume, without deciding, that the request for disclosure of the final report was not void solely by reason of not having been made in writing.

[20] This disposes not only of the “jurisdictional” argument but also of the “*functus officio*” argument since the request for the final report was a valid, if flawed, request for disclosure.

[21] For those reasons, I would not interfere with the application Judge’s disposition of this issue.

Whether the information provided to the Commission by the CIBC which was reproduced in the final report (the CIBC information) is subject to the ATIA when it is not under the “control” of the Commission since section 34 of the EEA gives the CIBC, not the Commission, the authority to grant or withhold its consent to disclosure.

[22] The premise underlying this issue is that the information contained in the final report is the same information as was provided by the CIBC to the Commission and which was covered by the statutory privilege created by section 34 of the EEA, reproduced below:

décision. La décision repose sur le processus habituel d’interprétation législative. Cependant, ce processus suscite peut-être une préoccupation spéciale pour les inconvénients tant publics que privés auxquels donnera lieu l’interprétation adoptée.

[19] Compte tenu du fait que nous n’avons pas eu l’avantage d’entendre d’arguments contradictoires sur la question, je préfère ne pas m’exprimer sur ce point autrement que pour dire que, d’après les faits de l’espèce, je ne suis pas convaincu que l’un des objets de la loi a été mis en échec du fait qu’on n’a pas insisté pour avoir une demande écrite. Compte tenu de la nature du document en l’espèce, la Commission n’a eu aucune difficulté à identifier le document auquel on lui demandait l’accès. En outre, aucune question n’a été posée concernant le délai de 30 jours imposé par l’article 7 de la LAI. Par conséquent, je présume, sans trancher la question, que la demande de communication du rapport final n’est pas nulle simplement parce qu’on ne l’a pas faite par écrit.

[20] Ce raisonnement règle non seulement l’argument de la « compétence », mais aussi celui fondé sur le « dessaisissement » puisque la demande d’accès au rapport final était une demande valide, même si elle n’était pas parfaite.

[21] Pour ces motifs, je ne modifierais pas la décision du juge des requêtes sur ce point.

Les renseignements fournis à la Commission par la CIBC qui ont été reproduits dans le rapport final (les renseignements de la CIBC) sont-ils assujettis à la LAI quand ils ne relèvent pas de la Commission puisque l’article 34 de la LEE accorde à la CIBC, et non à la Commission, le pouvoir de donner ou non son consentement à la communication ?

[22] La prémisse qui sous-tend cette question suppose que les renseignements contenus dans le rapport final sont les mêmes que ceux que la CIBC a fournis à la Commission et qui étaient visés par le privilège prévu à l’article 34 de la LEE, reproduit ci-dessous :

34. (1) Information obtained by the Commission under this Act is privileged and shall not knowingly be, or be permitted to be, communicated, disclosed or made available without the written consent of the person from whom it was obtained.

[23] The CIBC's argument on this issue turns on the meaning of "under the control of a government institution," a phrase which is found in section 6 of the ATIA, reproduced above, and section 4 [as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 144, Sch. VII, item 1(F); 2001, c. 27, s. 202], reproduced below:

4. (1) Subject to this Act, but notwithstanding any other Act of Parliament, every person who is

(a) a Canadian citizen, or

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

has a right to and shall, on request, be given access to any record under the control of a government institution.

[24] The CIBC's argument, briefly stated, is that since section 34 prohibits the release of the information which it provided to the Commission without its consent, it has the power to decide if the information is to be released. As a result, the information is not within the control of the government institution.

[25] The CIBC relies upon *Andersen Consulting v. Canada*, [2001] 2 F.C. 324 (T.D.) (*Andersen Consulting*) for the proposition that where material in the Crown's hands is subject to a limitation as to the use to which it may be put, that material is not within the control of a government institution. In *Andersen Consulting*, the limitation was the implied undertaking which, it will be recalled, is the rule which precludes the use of information obtained in the course of the discovery process in civil litigation for any purpose other than the litigation itself.

[26] As there is no statutory definition of control, the Commission relies upon *Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works)*, [1993] 3 F.C. 320 (T.D.) for

34. (1) Les renseignements obtenus par la Commission dans le cadre de la présente loi sont protégés. Nul ne peut sciemment les communiquer ou les laisser communiquer sans l'autorisation écrite de la personne dont ils proviennent.

[23] L'argument de la CIBC sur cette question s'appuie sur le sens de l'expression « relevant d'une institution fédérale », expression qui se trouve à l'article 6 de la LAI, figurant ci-dessus, et à l'article 4 [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, n° 1(F); 2001, ch. 27, art. 202], reproduit ci-après :

4. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi mais nonobstant toute autre loi fédérale, ont droit à l'accès aux documents relevant d'une institution fédérale et peuvent se les faire communiquer sur demande :

a) les citoyens canadiens;

b) les résidents permanents au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*.

[24] L'argument de la CIBC, brièvement résumé, fait valoir que, puisque l'article 34 interdit la communication des renseignements qu'elle a fournis à la Commission sans son consentement, elle a le pouvoir de décider si ces renseignements peuvent être communiqués. Par conséquent, les renseignements ne relèvent pas de l'institution fédérale.

[25] La CIBC s'appuie sur la décision *Andersen Consulting c. Canada*, [2001] 2 C.F. 324 (1^{re} inst.) (*Andersen Consulting*) pour étayer la proposition selon laquelle, lorsque des documents aux mains de la Couronne sont assujettis à une restriction quant à l'utilisation qui peut en être faite, ces documents ne relèvent pas d'une institution fédérale. Dans *Andersen Consulting*, cette restriction était l'engagement implicite qui, on s'en souviendra, est la règle qui empêche l'utilisation de renseignements obtenus à l'étape de la communication de la preuve dans une action civile pour des fins autres que celles qui ont trait à cette action.

[26] Comme la loi ne donne pas de définition du terme « relevant », la Commission s'appuie sur la décision *Société canadienne des postes c. Canada*

the proposition that records which are in the possession of the government are within its control.

[27] The application Judge noted the introductory words of section 4, “notwithstanding any other Act of Parliament,” and interpreted them to mean that the “provisions of the ATIA take precedence over other statutory provisions restricting disclosure, except for those provisions included in Schedule II of the ATIA”: see reasons for decision, at paragraph 47. The broad exemption of the statutory provisions listed in Schedule II arises from section 24 of the ATIA:

24. (1) The head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains information the disclosure of which is restricted by or pursuant to any provision set out in Schedule II.

[28] Section 34 of the EEA does not appear in Schedule II of the Act. The application Judge concluded from this that Parliament intended the ATIA to apply to information in the Commission’s hands, notwithstanding the privilege created by section 34.

[29] Finally, the application Judge distinguished *Andersen Consulting* on the basis that while the implied undertaking kept the control over the documents in question out of the Crown’s hands, in the present case, the legal obligations created by the EEA and the ATIA put the control over the final report into the Commission’s hands. No legal restriction such as section 34 of the EEA operated to remove control of the final report from the Commission.

[30] The application Judge concluded that exempting the information protected by section 34 of the EEA from the operation of the ATIA would deprive the broad language of section 4 (“notwithstanding any other Act of Parliament”) of any practical significance.

[31] The CIBC attacked the application Judge’s conclusion by pointing to the *Treasury Board Manual*:

(*Ministre des Travaux publics*), [1993] 3 C.F. 320 (1^{re} inst.), pour soutenir que les documents qui sont en possession du gouvernement relèvent d’elle.

[27] Le juge des requêtes a repris l’expression suivante dans l’énoncé liminaire de l’article 4, « nonobstant toute autre loi fédérale », et l’a interprétée comme signifiant que « les dispositions de la LAI ont préséance sur d’autres dispositions législatives restreignant la communication de documents, sauf sur les dispositions énoncées à l’annexe II de la LAI »: voir les motifs de la décision, au paragraphe 47. La très large exception touchant les dispositions législatives énumérées à l’annexe II découle de l’article 24 de la LAI :

24. (1) Le responsable d’une institution fédérale est tenu de refuser la communication de documents contenant des renseignements dont la communication est restreinte en vertu d’une disposition figurant à l’annexe II.

[28] L’article 34 de la LEE ne figure pas à l’annexe II de la Loi. Le juge des requêtes en a conclu que le législateur avait voulu que la LAI s’applique à des renseignements dont disposait la Commission, malgré le privilège créé par l’article 34.

[29] Finalement, le juge des requêtes a fait la distinction avec l’affaire *Andersen Consulting* en statuant que, bien qu’en vertu de l’engagement implicite les documents en question n’étaient pas sous la responsabilité de la Couronne, en l’espèce, les obligations légales découlant de la LEE et de la LAI faisaient clairement que le rapport final relevait de la Commission. Aucune restriction légale, comme celle créée par l’article 34 de la LEE, n’opère de façon que le rapport final ne relève pas de la Commission.

[30] Le juge des requêtes a conclu que soustraire à l’opération de la LAI les renseignements protégés par l’article 34 de la LEE enlèverait tout son sens au texte largement formulé de l’article 4 (« nonobstant toute autre loi fédérale »).

[31] La CIBC a contesté la conclusion du juge des requêtes en citant le Guide du Conseil du Trésor :

Access to Information Policy and Guidelines [Chapter 2-00 “Guidelines—General”] which define “under the control” as follows:

Under the control (relever de)—A record is under the control of a government institution when that institution is authorized to grant or deny access to the record, to govern its use and, subject to the approval of the National Archivist, to dispose of it.

[32] In addition, the CIBC pointed to other statutory dispositions which limit the use to which information gathered under the EEA may be put. Specifically, the CIBC relied upon the following dispositions:

9. . . .

(3) Information collected by an employer under paragraph (1)(a) is confidential and shall be used only for the purpose of implementing the employer’s obligations under this Act.

...

34. . . .

(2) No member of the Commission or person employed by it who obtains information that is privileged under subsection (1) shall be required, in connection with any legal proceedings, other than proceedings relating to the administration or enforcement of this Act, to give evidence relating to that information or to produce any statement or other writing containing that information.

...

(5) No information obtained by the Commission or a Tribunal under this Act may be used in any proceedings under any other Act without the consent of the employer concerned.

[33] The CIBC argued that these limitations on the use of information gathered during the employment equity audit would all be defeated if the information was simply available for the asking pursuant to the ATIA.

Politiques et lignes directrices en matière d’accès à l’information [chapitre 2-00 « Lignes directrices—généralités » qui définit l’expression « relever de » de la manière suivante :

Relever de (under the control)—Un document relève d’une institution fédérale si cette institution est autorisée à accorder ou à refuser l’accès à ce document, à décider de son utilisation et, sous réserve de l’approbation de l’archiviste fédéral, à s’en défaire.

[32] En outre, la CIBC a signalé d’autres dispositions législatives qui limitent l’utilisation qui peut être faite des renseignements recueillis en vertu de la LEE. Elle s’est appuyée plus précisément sur les dispositions suivantes :

9. [. . .]

(3) Les renseignements recueillis par l’employeur dans le cadre de l’alinéa (1)a) sont confidentiels et ne peuvent être utilisés que pour permettre à l’employeur de remplir ses obligations dans le cadre de la présente loi.

[. . .]

34. [. . .]

(2) Il ne peut être exigé d’un commissaire ou d’un agent de la Commission qui obtient des renseignements protégés dans le cadre de la présente loi qu’il dépose en justice à leur sujet, ni qu’il produise des déclarations, écrits ou autres pièces à cet égard, sauf lors d’une instance relative à l’application de la présente loi.

[. . .]

(5) Les renseignements obtenus par la Commission ou un tribunal dans le cadre de l’application de la présente loi ne peuvent être utilisés, sans le consentement de l’employeur concerné, dans des procédures intentées en vertu d’une autre loi.

[33] La CIBC fait valoir que ces restrictions à l’utilisation des renseignements recueillis au cours d’une vérification sur l’équité en matière d’emploi n’auraient plus aucun sens si les renseignements étaient tout simplement à la disposition de tous ceux qui en font la demande en vertu de la LAI.

[34] The CIBC also revisited the *Andersen Consulting* case and pointed out that the key to the reasoning in that case was the distinction between, on the one hand, a unilateral limitation imposed by one party or a mere contractual limitation on the use which may be made of information and, on the other hand, a condition imposed by the law itself on the government institution which receives a document. In this case, the CIBC argued that the Commission received the CIBC information subject to the limits imposed by section 34 so that the case fell squarely within the principle set out in *Andersen Consulting*.

[35] In addition, the CIBC challenged the application Judge's reasoning with respect to section 4 of the ATIA by pointing out that the latter only applies if the information in question is under the control of the government institution. As a result, the question of whether a record is under the control of the government institution must be answered without regard to section 4. The application Judge erred to the extent that he reasoned that the final report was under government control because section 4 applied "notwithstanding any other Act of Parliament".

[36] As a preliminary matter, I am satisfied, on the basis of the colour coded material filed by the CIBC that the bulk of the information contained in the final report was information provided to the Commission in the course of the EEA audit, and was not drawn from public sources. To that extent, there is a factual foundation for the argument that the final report is caught by the privilege created by section 34 of the EEA. In my view, the application Judge erred when he concluded that it was sufficient that the information in the final report be of the same sort as information in the public record. As will be seen later, the test is whether the information itself can be found in the public record.

[37] The question as to whether records are under the control of a government institution has arisen on a few occasions. The jurisprudence was summarized by

[34] La CIBC a également réexaminé l'affaire *Andersen Consulting* et signalé que la clé du raisonnement dans cette affaire était la distinction établie entre, d'une part, une restriction unilatérale imposée par une partie ou une simple limitation contractuelle à l'utilisation qui peut être faite des renseignements et, d'autre part, une condition imposée par la loi elle-même à l'institution fédérale qui reçoit un document. En l'espèce, la CIBC soutient que la Commission a reçu les renseignements qu'elle lui a fournis sous réserve des limites imposées par l'article 34 de sorte que l'affaire tombe clairement sous le coup du principe énoncé dans l'affaire *Andersen Consulting*.

[35] En outre, la CIBC a contesté le raisonnement du juge des requêtes concernant l'article 4 de la LAI en signalant que ce dernier ne s'applique que si les renseignements en question relèvent de l'institution fédérale. Par conséquent, il faut répondre à la question de savoir si un document relève de l'institution sans tenir compte de l'article 4. Le juge des requêtes a commis une erreur dans la mesure où il a conclu que le rapport final relevait du gouvernement parce que l'article 4 s'appliquait « nonobstant toute autre loi fédérale ».

[36] Tout d'abord, je suis convaincu, d'après le code de couleurs attribué aux documents déposés par la CIBC que le gros des renseignements contenus dans le rapport final étaient des renseignements fournis à la Commission dans le cadre de la vérification fondée sur la LEE, et n'ont pas été tirés de sources publiques. Dans cette mesure, il y a un fondement factuel à l'argument selon lequel le rapport final est assujéti au privilège créé par l'article 34 de la LEE. À mon avis, le juge des requêtes a commis une erreur quand il a conclu qu'il était suffisant que les renseignements contenus dans le rapport final soient du même genre que les renseignements disponibles au grand public. Comme on le verra plus tard, le critère à appliquer est de déterminer si les renseignements eux-mêmes peuvent se trouver dans des documents publics.

[37] La question de savoir si des documents relèvent d'une institution fédérale s'est posée à quelques reprises. La jurisprudence a été résumée par le juge Hugessen

Hugessen J. in *Andersen Consulting*, as follows at paragraph 14:

While there appears to be virtually no jurisprudence under the *National Archives of Canada Act*, the cases under the *Access to Information Act* have taken a generous view of the sense to be given to the concept of control. In particular, it has been held that an obligation of confidentiality imposed by the originator of the document (*Baldasaro, Blacklock and Tucker v. Canada* (1986), 4 F.T.R. 120 (F.C.T.D.)), by the governmental recipient (*Canada (Information Commissioner) v. Canada (Immigration and Refugee Board)* (1997), 4 Admin. L.R. (3d) 96 (F.C.T.D.)), or by a party entering into contractual relations with the government (*Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works)*, [1995] 2 F.C. 110 (C.A.)), do not operate to remove such documents from being in the “control” of a government department within the meaning of that statute.

[38] In short, an expectation of confidentiality arising from the dealings between the source of the record and the government institution is not sufficient to withdraw a record from the control of the government institution.

[39] *Andersen Consulting* is not an ATIA case. *Andersen Consulting* deals with section 5 of the *National Archives of Canada Act*, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 1, which prohibits the destruction or disposition of records “under the control of a government institution.” It is the use of this phrase in both the *National Archives of Canada Act* and ATIA which invites the application of the reasoning in that case to the facts of the present dispute.

[40] The difficulty with the CIBC’s argument is that it confounds control of the record and control of the information. If one were to draw an analogy, one might think of the difference between ownership of a book and ownership of the copyright in the content of the book. The owner of a book has the control of the physical volume, even though he or she may not be authorized to reproduce the work contained in that book.

[41] In the same way, the Commission has control of the final report, considered as a record, even if there may be limits on the use which it may make of the information contained in the report. The fact that section

dans la décision *Andersen Consulting*, de la manière suivante, au paragraphe 14 :

Bien qu’il semble n’y avoir aucune jurisprudence fondée sur la *Loi sur les Archives nationales du Canada*, les décisions fondées sur la *Loi sur l’accès à l’information* ont adopté une position large quant au sens qu’il faut donner à la notion de contrôle. Plus particulièrement, on a statué qu’une obligation de confidentialité imposée par l’auteur du document (*Baldasaro, Blacklock et Tucker c. Canada* (1986), 4 F.T.R. 120 (C.F. 1^{re} inst.)), par l’institution fédérale qui le reçoit (*Canada (Commissaire à l’information) c. Canada (Commission de l’immigration et du statut de réfugié)* (1997), 4 Admin. L.R. (3d) 96 (C.F. 1^{re} inst.)), ou par une partie qui a des relations contractuelles avec le gouvernement (*Société canadienne des postes. c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1995] 2 C.F. 110 (C.A.)), n’a pas pour effet de faire en sorte que ces documents ne sont plus sous le « contrôle » d’un ministère fédéral au sens de cette loi.

[38] En résumé, l’attente de confidentialité découlant des relations entre la source du document et l’institution fédérale ne suffit pas pour retirer à l’institution fédérale le contrôle de ce document.

[39] L’affaire *Andersen Consulting* ne porte pas sur la LAI. La décision *Andersen Consulting* traite de l’article 5 de la *Loi sur les archives nationales du Canada*, L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 1, qui interdit l’élimination ou l’aliénation « des documents des institutions fédérales ». C’est l’utilisation de cette expression dans la *Loi sur les archives nationales du Canada* et la LAI qui est à l’origine de l’application du raisonnement de cette affaire aux faits de la présente espèce.

[40] La difficulté que pose l’argument de la CIBC vient de ce qu’il confond le contrôle des documents et le contrôle des renseignements. Pour faire une analogie, on pourrait penser à la différence qui existe entre la propriété d’un livre et la propriété du droit d’auteur sur le contenu du livre. Le propriétaire d’un livre a le contrôle sur le volume en tant que tel, même s’il n’est pas autorisé à reproduire le texte que contient ce livre.

[41] De la même manière, la Commission a le contrôle du rapport final, en tant que document, même s’il peut exister des limites à la reproduction des renseignements qu’il contient. Le fait que l’article 34

34 imposes certain limits on the Commission's ability to disseminate the information contained in the record is not a reason for concluding that the record itself is not under the control of the Commission. While the application Judge did not employ this reasoning, he came to the same conclusion and so, there is no reason to interfere with his conclusion on this issue.

[42] This leads to the CIBC's subsidiary argument which is that while the record may be subject to the control of the Commission, the information is not subject to the provisions of the ATIA because it is privileged. The effect of privilege is often described in terms of exclusion of evidence. For example, in their introductory comments to the subject of privilege, the editors of *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. (Toronto: Butterworths, 1999) describe it as an exclusionary rule: see paragraph 14.1. But privilege also refers to freedom from forced disclosure, as in solicitor-client privilege. We are concerned here with privilege as freedom from forced disclosure, and not with whether the privileged information is admissible in a court of law. The latter point is dealt with by subsection 34(5) of the EEA.

[43] As there is no higher claim to disclosure in our system of law than the necessity of rendering justice (or preventing injustice) (see, for example, *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445, at paragraphs 46-47) the ability to resist forced disclosure in legal proceedings, would seem to imply the ability to resist forced disclosure in any other context. Thus the argument that a privileged communication is not subject to forced disclosure pursuant to the ATIA.

[44] This argument would be difficult to resist were it not for section 24 of the ATIA which exempts the information described in the statutory dispositions listed in Schedule II to the ATIA from disclosure under the ATIA. The federal statute book contains 32 statutes which create a statutory privilege, in the sense of

imposer certaines limites au pouvoir de la Commission de communiquer les renseignements qui sont contenus dans le document ne permet pas de conclure que le document lui-même ne relève pas de la Commission. Bien que le juge des requêtes n'ait pas suivi ce raisonnement, il en est venu à la même conclusion et, donc, il n'y a pas de raison de modifier sa conclusion sur ce point.

[42] Cela nous amène à l'argument subsidiaire de la CIBC voulant que, bien que le document puisse relever de la Commission, les renseignements ne sont pas assujettis aux dispositions de la LAI parce qu'ils sont protégés. L'effet du privilège est souvent décrit en termes d'exclusion de la preuve. Par exemple, dans leurs observations d'ouverture sur la question du privilège, les éditeurs de l'ouvrage *The Law of Evidence in Canada* (2^e éd.) (Toronto: Butterworths, 1999) le décrivent comme une règle d'exclusion : voir le paragraphe 14.1. Mais le privilège fait également référence à la liberté de s'opposer à une communication forcée, comme le privilège entre avocat et client. Nous traitons ici du privilège en tant que liberté de s'opposer à une communication forcée, et non pas de la question de savoir si les renseignements protégés sont admissibles dans une cour de justice. Ce dernier point est traité au paragraphe 34(5) de la LEE.

[43] Comme il n'y a pas, dans notre régime juridique, d'argument plus important en faveur de la communication que la nécessité de rendre justice (ou de prévenir une injustice) (voir, par exemple, *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, aux paragraphes 46 et 47), le pouvoir de s'opposer à une communication forcée dans des poursuites judiciaires semblerait impliquer le pouvoir de s'opposer à une communication forcée dans tout autre contexte. D'où l'argument selon lequel la communication privilégiée n'est pas assujettie à la communication forcée au sens de la LAI.

[44] Cet argument serait difficile à réfuter si ce n'était de l'article 24 de la LAI, qui soustrait à la communication les renseignements décrits dans les dispositions législatives énumérées à l'annexe II de la LAI. Les recueils des lois fédérales renferment 32 lois qui créent un privilège d'origine législative, dans le sens

immunity from forced disclosure, as opposed to immunity from liability as in the law of defamation. Of those 32 statutes, 19 of them are listed in Schedule II. It is difficult to resist the inference that the other 13, including section 34 of the EEA, were intended to be subject to the ATIA.

[45] If that is so, as I conclude it must be, information in the government's hands is subject to disclosure pursuant to the ATIA, unless it is exempt under the terms of the Act, or unless the provision under which it is created or communicated is listed on Schedule II, statutory guarantees of confidentiality (including statutory privilege) serve a very limited purpose. They do not withdraw communications from the operation of the ATIA though they may act as a statutory indications of the treatment to be afforded those communications under the ATIA.

[46] As a result, there is no reason to interfere with the application Judge's disposition of this issue.

Whether the CIBC information falls within the exemptions to disclosure set out at paragraph 20(1)(b) or 20(1)(c) or section 16 or 19 of the ATIA.

[47] The CIBC argued that the CIBC information contained in the final report was exempt from disclosure under the terms of paragraph 20(1)(b) (confidential commercial information), paragraph 20(1)(c) (information whose disclosure could adversely affect a party's competitive position), section 16 (information whose disclosure could interfere with a lawful investigation) and section 19 (personal information). The last two cases can be dealt with relatively summarily.

[48] Section 16 of the ATIA, in its material parts, provides as follows:

16. (1) The head of a government institution may refuse to disclose any record requested under this Act that contains

...

de l'immunité contre la communication forcée, par opposition à l'immunité à l'égard d'une responsabilité comme dans la législation sur la diffamation. Sur ces 32 lois, 19 sont énumérées à l'annexe II. Il est difficile de ne pas en venir à la conclusion que le législateur avait l'intention d'assujettir les 13 autres, notamment l'article 34 de la LEE, à la LAI.

[45] Si tel est le cas, comme je conclus que cela doit être, les renseignements dont disposait le gouvernement peuvent être communiqués en vertu de la LAI, à moins qu'ils ne bénéficient d'une exception prévue dans la Loi, ou à moins que la disposition en vertu de laquelle ils sont créés ou communiqués figure à l'annexe II, et les garanties législatives de confidentialité (y compris le privilège prévu par la loi) ne servent qu'un but très limité. Ces garanties n'exemptent pas les communications de l'opération de la LAI, bien qu'elles puissent servir d'indices législatifs de la manière dont doivent être traitées ces communications au regard de la LAI.

[46] Par conséquent, il n'y a pas de raison de modifier la décision du juge des requêtes sur ce point.

Les renseignements de la CIBC sont-ils visés par les exceptions à la communication énoncées aux alinéas 20(1)(b) ou 20(1)(c) ou aux articles 16 ou 19 de la LAI?

[47] La CIBC a fait valoir que ses renseignements contenus dans le rapport final étaient visés par l'exception prévue à l'alinéa 20(1)(b) (des renseignements commerciaux confidentiels), à l'alinéa 20(1)(c) (des renseignements dont la divulgation risquerait de nuire à la compétitivité d'une partie), à l'article 16 (des renseignements dont la divulgation risquerait de nuire au déroulement d'enquêtes licites) et à l'article 19 (des renseignements personnels). Les deux derniers cas peuvent être traités de façon assez sommaire.

[48] L'article 16 de la LAI dispose, pour l'essentiel, comme suit :

16. (1) Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication de documents :

[...]

(c) information the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to the enforcement of any law of Canada or a province or the conduct of lawful investigations, including, without restricting the generality of the foregoing, any such information:

...

(iii) that was obtained or prepared in the course of an investigation; or

[49] The CIBC argues that the release of the CIBC information contained in the final report will have a chilling effect on subsequent EEA audits because employers, and employees, will be aware of the fact that their information is subject to disclosure under the terms of the ATIA.

[50] Section 16 is a discretionary exemption. In order to succeed, the CIBC would have to show that the Commission exercised its discretion unreasonably. The investigations which will suffer the chilling effect are those to be undertaken by the Commission. If the Commission is not apprehensive about any chilling effect, it is not apparent why the CIBC would be. Nothing has been put before the Court to suggest that the Commission's exercise of its discretion is unreasonable.

[51] The application Judge disposed of this issue on the basis that the CIBC had not shown a reasonable basis for its claim that "disclosure of the final report could be injurious to future employment equity compliance review audits": see paragraph 66. While not expressing myself in the same way, I come to the same conclusion.

[52] Section 19 deals with personal information and provides as follows:

19. (1) Subject to subsection (2), the head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains personal information as defined in section 3 of the *Privacy Act*.

[53] Section 3 [as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 144, Sch. VII, item 45(F)] of the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c.

c) contenant des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de nuire aux activités destinées à faire respecter les lois fédérales ou provinciales ou au déroulement d'enquêtes licites, notamment :

[...]

(iii) des renseignements obtenus ou préparés au cours d'une enquête;

[49] La CIBC soutient que la communication de ses renseignements contenus dans le rapport final aura un effet très négatif sur les vérifications ultérieures faites en vertu de la LEE parce que les employeurs et les employés sauront que leurs renseignements pourraient être rendus publics en application de la LAI.

[50] L'article 16 est une exception discrétionnaire. Pour avoir gain de cause, la CIBC devrait démontrer que la Commission a exercé son pouvoir discrétionnaire de façon déraisonnable. Les enquêtes qui souffriront de cet effet très négatif sont celles qui sont entreprises par la Commission. Si la Commission ne craint pas cet effet, on ne voit pas pourquoi la CIBC devrait en avoir peur. La Cour ne dispose d'aucun élément qui lui permette de statuer que la manière dont la Commission a exercé son pouvoir discrétionnaire était déraisonnable.

[51] Le juge des requêtes a traité de ce point en concluant que la CIBC n'avait pas établi qu'elle avait des motifs raisonnables de croire que « la communication du rapport final nuirait aux vérifications futures de la conformité à l'équité en matière d'emploi » : voir le paragraphe 66. Même si je ne me serais pas exprimé de la même manière, j'en viens à la même conclusion.

[52] L'article 19 traite des renseignements personnels et est rédigé dans les termes suivants :

19. (1) Sous réserve du paragraphe (2), le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication de documents contenant les renseignements personnels visés à l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

[53] L'article 3 [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, n° 47(F)] de la *Loi sur la protection des*

P-21, defines personal information as follows:

3. . . .

“personal information” means information about an identifiable individual that is recorded in any form including, without restricting the generality of the foregoing,

(a) information relating to the race, national or ethnic origin, colour, religion, age or marital status of the individual,

(b) information relating to the education or the medical, criminal or employment history of the individual or information relating to financial transactions in which the individual has been involved,

(c) any identifying number, symbol or other particular assigned to the individual,

(d) the address, fingerprints or blood type of the individual,

(e) the personal opinions or views of the individual except where they are about another individual or about a proposal for a grant, an award or a prize to be made to another individual by a government institution or a part of a government institution specified in the regulations,

(f) correspondence sent to a government institution by the individual that is implicitly or explicitly of a private or confidential nature, and replies to such correspondence that would reveal the contents of the original correspondence,

(g) the views or opinions of another individual about the individual,

(h) the views or opinions of another individual about a proposal for a grant, an award or a prize to be made to the individual by an institution or a part of an institution referred to in paragraph (e), but excluding the name of the other individual where it appears with the views or opinions of the other individual, and

(i) the name of the individual where it appears with other personal information relating to the individual or where the disclosure of the name itself would reveal information about the individual,

but, for the purposes of sections 7, 8 and 26 and section 19 of the *Access to Information Act*, does not include

renseignements personnels, L.R.C. (1985), ch. P-21, définit les renseignements personnels comme suit :

3. [. . .]

« renseignements personnels » Les renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable, notamment :

a) les renseignements relatifs à sa race, à son origine nationale ou ethnique, à sa couleur, à sa religion, à son âge ou à sa situation de famille;

b) les renseignements relatifs à son éducation, à son dossier médical, à son casier judiciaire, à ses antécédents professionnels ou à des opérations financières auxquelles il a participé;

c) tout numéro ou symbole, ou toute autre indication identificatrice, qui lui est propre;

d) son adresse, ses empreintes digitales ou son groupe sanguin;

e) ses opinions ou ses idées personnelles, à l'exclusion de celles qui portent sur un autre individu ou sur une proposition de subvention, de récompense ou de prix à octroyer à un autre individu par une institution fédérale, ou subdivision de celle-ci visée par règlement;

f) toute correspondance de nature, implicitement ou explicitement, privée ou confidentielle envoyée par lui à une institution fédérale, ainsi que les réponses de l'institution dans la mesure où elles révèlent le contenu de la correspondance de l'expéditeur;

g) les idées ou opinions d'autrui sur lui;

h) les idées ou opinions d'un autre individu qui portent sur une proposition de subvention, de récompense ou de prix à lui octroyer par une institution, ou subdivision de celle-ci, visée à l'alinéa e), à l'exclusion du nom de cet autre individu si ce nom est mentionné avec les idées ou opinions;

i) son nom lorsque celui-ci est mentionné avec d'autres renseignements personnels le concernant ou lorsque la seule divulgation du nom révélerait des renseignements à son sujet;

toutefois, il demeure entendu que, pour l'application des articles 7, 8 et 26, et de l'article 19 de la *Loi sur l'accès à*

l'information, les renseignements personnels ne comprennent pas les renseignements concernant :

(j) information about an individual who is or was an officer or employee of a government institution that relates to the position or functions of the individual including,

(i) the fact that the individual is or was an officer or employee of the government institution,

(ii) the title, business address and telephone number of the individual,

(iii) the classification, salary range and responsibilities of the position held by the individual,

(iv) the name of the individual on a document prepared by the individual in the course of employment, and

(v) the personal opinions or views of the individual given in the course of employment,

(k) information about an individual who is or was performing services under contract for a government institution that relates to the services performed, including the terms of the contract, the name of the individual and the opinions or views of the individual given in the course of the performance of those services,

(l) information relating to any discretionary benefit of a financial nature, including the granting of a licence or permit, conferred on an individual, including the name of the individual and the exact nature of the benefit, and

(m) information about an individual who has been dead for more than twenty years;

j) un cadre ou employé, actuel ou ancien, d'une institution fédérale et portant sur son poste ou ses fonctions, notamment :

(i) le fait même qu'il est ou a été employé par l'institution,

(ii) son titre et les adresse et numéro de téléphone de son lieu de travail,

(iii) la classification, l'éventail des salaires et les attributions de son poste,

(iv) son nom lorsque celui-ci figure sur un document qu'il a établi au cours de son emploi,

(v) les idées et opinions personnelles qu'il a exprimées au cours de son emploi;

k) un individu qui, au titre d'un contrat, assure ou a assuré la prestation de services à une institution fédérale et portant sur la nature de la prestation, notamment les conditions du contrat, le nom de l'individu ainsi que les idées et opinions personnelles qu'il a exprimées au cours de la prestation;

l) des avantages financiers facultatifs, notamment la délivrance d'un permis ou d'une licence accordés à un individu, y compris le nom de celui-ci et la nature précise de ces avantages;

m) un individu décédé depuis plus de vingt ans.

[54] The CIBC argued that section 3 of the *Privacy Act* required that the comments made by a small group of managers who are members of a visible minority be kept confidential on the ground that the information contained in the final report and the knowledge common to CIBC employees would reveal the identity of these managers. The CIBC was also concerned about the disclosure of the identity of certain persons who fell in certain groups listed in Appendix A to the final report.

[55] The application Judge relied on the decision of the Supreme Court in *Dagg v. Canada (Minister of*

[54] La CIBC a fait valoir que l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* exige que les observations faites par un petit groupe de cadres supérieurs qui sont membres d'une minorité visible restent confidentielles au motif que les renseignements contenus dans le rapport final et les connaissances partagées par les employés de la CIBC révéleraient l'identité de ces personnes. La CIBC se préoccupait également de la divulgation de l'identité de certaines personnes faisant partie de certains groupes énumérés à l'annexe A du rapport final.

[55] Le juge des requêtes a cité l'arrêt de la Cour suprême dans *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*,

Finance), [1997] 2 S.C.R. 403, at page 426, as authority for the proposition that personal information is information about an identifiable individual. It was his considered opinion that nothing in the final report could reasonably lead to the identification of the individuals in question, or of their individual opinions with respect to various matters raised in the report. This was a conclusion of fact, or of inferences to be drawn from facts, both of which enjoy the greatest deference. Nothing was put before us which would justify interfering with the application Judge's conclusions on this issue.

[56] The two major grounds of opposition advanced by the CIBC are paragraphs 20(1)(b) and 20(1)(c) of the ATIA. Section 20 provides as follows:

20. (1) Subject to this section, the head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains

(a) trade secrets of a third party;

(b) financial, commercial, scientific or technical information that is confidential information supplied to a government institution by a third party and is treated consistently in a confidential manner by the third party;

(c) information the disclosure of which could reasonably be expected to result in material financial loss or gain to, or could reasonably be expected to prejudice the competitive position of, a third party; or

(d) information the disclosure of which could reasonably be expected to interfere with contractual or other negotiations of a third party.

[57] The application Judge accepted that the CIBC information was commercial information but he was not persuaded that the information was confidential. He carefully reviewed the information in the final report and compared it to information available in the EEA annual reports which the CIBC filed each year as a requirement of the *Bank Act*, S.C. 1991, c. 46. The Judge concluded that the kind of information disclosed in the annual reports was generally the same kind of information found in the final report with a few exceptions. In those cases where specific information was not available in the

[1997] 2 R.C.S. 403, à la page 426, à l'appui de la proposition selon laquelle les renseignements personnels sont des renseignements au sujet d'un individu identifiable. Il s'est dit d'avis que rien dans le rapport final ne pouvait raisonnablement mener à l'identification des personnes en question, ou de leurs opinions individuelles concernant les différentes questions soulevées dans le rapport. Il s'agissait d'une conclusion de fait, ou de déductions à tirer des faits, qui exigent de la cour de révision la plus grande déférence. Rien ne nous a été soumis qui justifierait de modifier les conclusions du juge des requêtes sur ce point.

[56] Les deux principaux motifs d'opposition formulés par la CIBC sont les alinéas 20(1)(b) et 20(1)(c) de la LAI. L'article 20 est rédigé comme suit :

20. (1) Le responsable d'une institution fédérale est tenu, sous réserve des autres dispositions du présent article, de refuser la communication de documents contenant :

a) des secrets industriels de tiers;

b) des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques fournis à une institution fédérale par un tiers, qui sont de nature confidentielle et qui sont traités comme tels de façon constante par ce tiers;

c) des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de causer des pertes ou profits financiers appréciables à un tiers ou de nuire à sa compétitivité;

d) des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement d'entraver des négociations menées par un tiers en vue de contrats ou à d'autres fins.

[57] Le juge des requêtes a reconnu que les renseignements de la CIBC étaient des renseignements commerciaux, mais il n'a pas été convaincu qu'ils étaient confidentiels. Il a soigneusement analysé les renseignements contenus dans le rapport final et les a comparés aux renseignements disponibles dans les rapports annuels exigés par la LEE et que la CIBC dépose en vertu de la *Loi sur les banques*, L.C. 1991, ch. 46. Le juge a conclu que le genre de renseignements communiqués dans les rapports annuels était généralement le même genre de renseignements qui se

annual reports, the application Judge considered whether the CIBC had a reasonable expectation of confidentiality.

[58] The application Judge rejected the CIBC's contention that it had a reasonable expectation that the final report would not be disclosed. He did so on the basis that the ATIA supersedes the provisions of section 34 of the EEA and that, in any event, the Commission specifically advised the CIBC that the Commission was subject to the ATIA so that the Commission could, upon request, be required to release any information which was not exempt under the terms of the ATIA.

[59] Finally, the application Judge considered the CIBC's argument that there was a greater public benefit in non-disclosure, in the form of employee confidence in the confidentiality of material shared in the course of implementation of employment equity programs, and in the full and frank exchange of information between employers and the Commission than there was in disclosure. The application Judge found that there was no factual basis for the assertion that employees would consider that their confidence had been betrayed if aggregated employment data were made public. The application Judge considered it unlikely that responsible employers would not cooperate with the Commission simply because of the possibility of disclosure of employment equity information. In the application Judge's view, there was a public benefit "in making transparent the performance of employers in meeting their statutory requirements under the EEA": see reasons for order, at paragraph 90.

[60] The CIBC disagrees with the application Judge's conclusions as to the confidential nature of the information in question as well as the CIBC's reasonable expectation that the information would not be disclosed.

retrouvaient dans le rapport final, à quelques exceptions près. Dans les cas où des renseignements précis n'étaient pas disponibles dans les rapports annuels, le juge des requêtes s'est demandé si la CIBC avait une attente raisonnable de confidentialité.

[58] Le juge des requêtes a rejeté la prétention de la CIBC selon laquelle elle pouvait raisonnablement s'attendre à ce que le rapport final ne soit pas communiqué. Il l'a fait en statuant que la LAI a préséance sur les dispositions de l'article 34 de la LEE et que, de toute façon, la Commission avait précisément informé la CIBC qu'elle était assujettie à la LAI de sorte que la Commission pouvait, sur demande, être tenue de communiquer tous les renseignements qui n'étaient pas exemptés par la LAI.

[59] Finalement, le juge des requêtes a analysé l'argument de la CIBC selon lequel l'intérêt du public serait mieux servi par la non-divulgence des renseignements que par leur communication, en ce sens que les employés auraient davantage confiance en la confidentialité des documents partagés dans l'application de programmes d'équité en matière d'emploi, et que cela favoriserait l'échange complet et franc d'informations entre les employeurs et la Commission. Le juge des requêtes a conclu qu'il n'y avait pas de fondement factuel à l'affirmation selon laquelle les employés considéreraient que leur confiance serait trahie si des données d'emploi globales étaient rendues publiques. Le juge des requêtes a estimé peu probable que des employeurs responsables ne collaboreraient pas avec la Commission à cause de la simple possibilité que des renseignements sur l'équité en matière d'emploi soient rendus publics. De l'avis du juge, « le public a tout à gagner à ce que les mesures déployées par les employeurs pour respecter les exigences qui leur sont imposées par la LEE soient transparentes » : voir les motifs de l'ordonnance, au paragraphe 90.

[60] La CIBC conteste les conclusions du juge des requêtes quant à la nature confidentielle des renseignements en question, de même que sur l'attente raisonnable qu'elle avait que les renseignements ne seraient pas divulgués.

[61] I have already indicated my view that the material contained in the final report was material provided by CIBC in the course of the audit, and was not material taken from the public record. The application Judge compared the final report to the CIBC's 2002 EEA annual report and found that much the same kind of information appeared in that report as appeared in the final report. Unfortunately, that is not the test to be applied. In *Air Atonabee Ltd. v. Canada (Minister of Transport)* (1989), 37 Admin. L.R. 245 (F.C.T.D.), the test for confidential information was said to be that "the content of the record be such that the information it contains is not available from sources otherwise accessible by the public" (emphasis added): see *Air Atonabee Ltd.*, at page 272. Thus the test is not whether information of the same kind is available in the public record but whether the specific information can be found there. Consequently, the application Judge erred in law in applying the wrong test when deciding if the information in question was confidential.

[62] The next leg of the test is whether there is an objective basis for saying that the information was communicated in the expectation that it would be kept in confidence. The application Judge's reasons for concluding that there was no reasonable basis for CIBC's belief in confidentiality are problematic. The first reason given, that section 4 of the ATIA overrides section 34 of the EEA, calls for a conclusion of law, and one which is not necessarily obvious. As noted earlier, a privileged communication is one which is capable of resisting forced disclosure in a court of law. It is not self-evident that such a communication would be subject to disclosure to anyone curious enough to make a request under the ATIA. The fact that the CIBC was wrong about the effect of section 34 does not mean that its views were unreasonable.

[63] The second reason given, that the Commission put the CIBC on notice of its view that it could be

[61] J'ai déjà indiqué qu'à mon avis les renseignements contenus dans le rapport final étaient des renseignements fournis par la CIBC dans le cadre de la vérification, et qu'il ne s'agissait pas de renseignements provenant de documents publics. Le juge des requêtes a comparé le rapport final au rapport annuel de 2002 que la CIBC a fourni conformément à la LEE et a conclu que les renseignements qui figuraient dans ce rapport se rapprochaient beaucoup de ceux figurant dans le rapport final. Malheureusement, ce n'est pas là le critère qu'il faut appliquer. Dans la décision *Air Atonabee Ltd. c. Canada (Ministre des Transports)*, [1989] A.C.F. n° 453 (1^{re} inst.) (QL), le critère applicable à la confidentialité a été décrit dans les termes suivants : « le contenu du document est tel que les renseignements qu'il contient ne peuvent être obtenus de sources auxquelles le public a autrement accès » (non souligné dans l'original) : voir *Air Atonabee Ltd.*, au paragraphe 42. Ainsi donc, le critère n'est pas de savoir si des renseignements du même genre sont à la disposition du grand public, mais bien de savoir si des renseignements précis le sont. Par conséquent, le juge des requêtes a commis une erreur de droit en appliquant le mauvais critère pour décider si les renseignements en question étaient confidentiels.

[62] L'élément suivant du critère consiste à déterminer s'il existe un fondement objectif permettant de soutenir que les renseignements ont été communiqués dans l'attente qu'ils resteraient confidentiels. Les motifs du juge des requêtes pour conclure qu'il n'y avait pas de fondement raisonnable à l'attente de la CIBC que ces renseignements resteraient confidentiels posent problème. Le premier motif donné, c'est-à-dire le fait que l'article 4 de la LAI a préséance sur l'article 34 de la LEE, appelle une conclusion de droit qui n'est pas nécessairement évidente. Comme on l'a noté précédemment, une communication privilégiée est une communication qui peut échapper à la divulgation forcée devant une cour de justice. Le fait qu'une telle communication puisse être dévoilée à quiconque est assez curieux pour en faire la demande en vertu de la LAI ne va pas de soi. Le fait que la CIBC se soit trompée sur l'effet de l'article 34 ne signifie pas que ses opinions étaient déraisonnables.

[63] Le deuxième motif fourni, à savoir que la Commission a informé la CIBC de son opinion selon

required to disclose the information, is, with respect, unpersuasive. The CIBC's view of its rights and obligations under the ATIA does not become unreasonable simply because the Commission takes a different view of its own obligations under that Act. The Commission's opinion as to the ATIA's requirements is no more authoritative than the CIBC's. While the Commission, like all government institutions is bound to respect the letter and the spirit of the ATIA, it is, I must say, surprising that it would assume a position on disclosure which is so clearly at odds with the EEA's assurances of confidentiality.

[64] The reasonableness of a decision is a function of the reasons given to justify it (*Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, at paragraph 49):

This signals that the reasonableness standard requires a reviewing court to stay close to the reasons given by the tribunal and "look to see" whether any of those reasons adequately support the decision.

[65] In my view, the application Judge's conclusion on this question is unreasonable: the reasons given for it do not adequately support the application Judge's conclusion on this important element of the test for the application of the exemption found at paragraph 20(1)(b) of the ATIA.

[66] The last element of the test for the application of the exemption found at paragraph 20(1)(b) of the ATIA is the public interest in the disclosure of the information. This requirement was framed as follows in *Air Atonabee Ltd.* (at page 272):

(c) that the information be communicated, whether required by law or supplied gratuitously, in a relationship between government and the party supplying it that is either a fiduciary relationship or one that is not contrary to the public interest, and which relationship will be fostered for public benefit by confidential communication .

laquelle elle pourrait être tenue de communiquer les renseignements, est, peu convaincant. L'opinion de la CIBC concernant ses droits et obligations en vertu de la LAI ne devient pas déraisonnable simplement parce que la Commission a une vue différente de ses propres obligations en vertu de la Loi. L'opinion de la Commission quant aux exigences de la LAI n'a pas plus de poids que l'opinion de la CIBC. Bien que la Commission, comme toutes les institutions fédérales, soit tenue de respecter la lettre et l'esprit de la LAI, il est, je dois l'avouer, surprenant qu'elle adopte une position sur la communication qui aille si clairement à l'encontre des assurances de confidentialité contenues dans la LEE.

[64] Le caractère raisonnable d'une décision est fonction des motifs donnés pour la justifier (*Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, au paragraphe 49) :

Cela indique que la norme de la décision raisonnable exige que la cour siégeant en contrôle judiciaire reste près des motifs donnés par le tribunal et « se demande » si l'un ou l'autre de ces motifs étaye convenablement la décision.

[65] À mon avis, la conclusion du juge des requêtes sur cette question est déraisonnable : les motifs donnés pour la justifier n'étaient pas suffisamment sa conclusion sur cet élément important du critère relatif à l'application de l'exception que l'on retrouve à l'alinéa 20(1)b) de la LAI.

[66] Le dernier élément du critère relatif à l'application de l'exception qui se trouve à l'alinéa 20(1)b) de la LAI est l'intérêt du public à la communication des renseignements. Cette condition a été énoncée de la façon suivante dans *Air Atonabee Ltd.* (au paragraphe 41) :

(c) les renseignements doivent être communiqués, que ce soit parce que la loi l'exige ou parce qu'ils sont fournis gratuitement, dans le cadre d'une relation de confiance entre l'administration et la personne qui les fournit ou dans le cadre d'une relation qui n'est pas contraire à l'intérêt public, et la communication des renseignements confidentiels doit favoriser cette relation dans l'intérêt du public.

[67] The application Judge concluded that there was a public benefit in knowing the progress of employers in meeting their statutory obligations under the EEA. He also found that “the relationship between the Applicant and the Respondent is not exceptional so as to warrant treating the final report as confidential”: see reasons for order, at paragraph 92.

[68] The public benefit requirement is intended to ensure that the benefit of the exemption only accrues in the public interest. It does not call for a weighing of the public interest between disclosure and non-disclosure. If the relationship is not contrary to the public interest, and if that relationship will be fostered by preserving the confidentiality of the communications passing between the parties to the relationship, then non-disclosure is indicated. The application Judge erred in applying a comparative test where none is required.

[69] There cannot be any doubt that the confidential relationship between the Commission and the subject of an employment equity audit is in the public interest. Section 34 of the EEA makes it abundantly clear that the confidentiality of that relationship is to be maintained. I find that the application Judge erred in law in applying the wrong test with respect to the public benefit aspect of the test for the exemption found at paragraph 20(1)(b) of the ATIA. The application of the correct test leads to the conclusion that this element is present.

[70] In the end result, I am of the view that the application Judge erred in concluding that the information in the final report is not exempt from disclosure as confidential commercial information pursuant to paragraph 20(1)(b) of the ATIA and that, as a result, the appeal should be allowed. However, for the sake of completeness, I propose to deal with the remaining grounds of appeal.

[71] The application Judge rejected the CIBC’s evidence with respect to paragraph 20(1)(c) of the ATIA, dealing with the effect of disclosure upon the CIBC’s competitive position, as “speculative.” In large

[67] Le juge des requêtes a conclu que le public avait intérêt à connaître les progrès réalisés par les employeurs en vue de respecter leurs obligations en vertu de la LEE. Il a également conclu que « la relation entre la demanderesse et le défendeur n’est pas exceptionnelle au point de justifier que l’on traite le Rapport final comme un document confidentiel » : voir les motifs de l’ordonnance, au paragraphe 92.

[68] L’exigence relative à l’intérêt public a pour but d’assurer que l’exception ne joue qu’en faveur de l’intérêt public. Cette exigence n’appelle pas une pondération de l’intérêt public entre la communication et la non-communication. Si la relation n’est pas contraire à l’intérêt public, et si cette relation peut être favorisée par l’assurance que les communications échangées entre les parties dans cette relation resteront confidentielles, alors il est indiqué de ne pas les divulguer. Le juge des requêtes a commis une erreur en appliquant un critère comparatif alors qu’il n’y avait pas lieu de le faire.

[69] Il ne fait aucun doute que la relation confidentielle entre la Commission et le sujet d’une vérification de la conformité de l’équité en matière d’emploi est d’intérêt public. L’article 34 de la LEE énonce de façon très claire que la confidentialité de cette relation doit être préservée. Je conclus que le juge des requêtes a commis une erreur de droit en appliquant le mauvais critère pour ce qui est de l’aspect relatif à l’intérêt public dans l’exception qui se trouve à l’alinéa 20(1)(b) de la LAI. L’application du critère adéquat nous amène à conclure que cet élément est présent.

[70] Pour finir, je suis d’avis que le juge des requêtes a commis une erreur en concluant que les renseignements contenus dans le rapport final n’échappaient pas à la communication en tant que renseignements commerciaux confidentiels aux termes de l’alinéa 20(1)(b) de la LAI et que, par conséquent, l’appel devrait être accueilli. Toutefois, par souci d’exhaustivité, je vais traiter des autres motifs d’appel.

[71] Le juge des requêtes a rejeté la preuve de la CIBC relative à l’alinéa 20(1)(c) de la LAI, qui traite de l’effet de la divulgation des renseignements sur la compétitivité de la CIBC, en la qualifiant de

part, that evidence is to the effect that CIBC's competitors will, by reading the final report, get the benefit of CIBC's experience and of the considerable sums which it has paid consultants to assist it in its employment equity programs. CIBC alleges that it will lose any competitive advantage it has in recruiting and developing minority group employees if the information contained in the final report is disclosed.

[72] The application Judge's conclusions on this aspect of the case are conclusions of mixed law and fact which are owed considerable deference. While the CIBC relies upon Mr. Proszowski's unchallenged and uncontradicted evidence, the application Judge treated it as conclusory in nature, consisting of bare conclusions unsupported by any justification. It was certainly open to the Judge to come to that assessment of the quality of the evidence before him.

[73] The CIBC also alleges that the Judge applied the wrong legal test, the probability of harm rather than the possibility of harm ("would" rather than "could" suffer material loss). In my view, the CIBC is making too much of the word "would" where it appears in the application Judge's summary of his conclusions (at paragraph 116):

In my view, the evidence adduced by the Applicant falls short of establishing that it would suffer any material financial loss or that there is a reasonable expectation of harm to its competitive position if the final report is disclosed.

[74] It is clear from a reading of the application Judge's reasons that he is responding to the allegation made by Mr. Proszowski, who says in his affidavit:

79. Disclosure of the exempt information *would* reasonably be expected to cause probable harm to CIBC's competitive position in that:

a) competitors *would* learn . . .

« spéculative ». En très grande partie, cette preuve tente de démontrer que les concurrents de la CIBC pourront, en lisant le rapport final, profiter de l'expérience de la CIBC et des sommes considérables qu'elle a versées à des consultants pour l'aider à mettre en œuvre ses programmes d'équité en matière d'emploi. La CIBC allègue qu'elle perdra tout avantage concurrentiel pour le recrutement et le perfectionnement des employés appartenant à des groupes minoritaires si les renseignements contenus dans le rapport final sont communiqués.

[72] Les conclusions du juge des requêtes sur cet aspect de l'affaire sont des conclusions mixtes de fait et de droit qui appellent une déférence considérable. Bien que la CIBC s'appuie sur le témoignage non contesté et non contredit de M. Proszowski, le juge des requêtes a traité ce témoignage comme se composant de simples conclusions non étayées par une quelconque justification. Il était certainement loisible au juge d'en venir à cette évaluation de la qualité de la preuve qui lui était présentée.

[73] La CIBC allègue également que le juge a appliqué le mauvais critère juridique, c'est-à-dire la probabilité d'un préjudice plutôt que la possibilité d'un préjudice (« subirait » plutôt que « pourrait subir » des pertes importantes). À mon avis, la CIBC s'appuie trop sur le mot « subirait » qui figure dans le résumé des conclusions du juge des requêtes (au paragraphe 116) :

À mon avis, la preuve fournie par la demanderesse n'établit pas qu'elle subirait des pertes financières importantes ou qu'il y a raisonnablement lieu de s'attendre à ce que cela nuise à sa compétitivité si le Rapport final est communiqué.

[74] La lecture des motifs du juge des requêtes fait clairement ressortir qu'il répondait à l'allégation suivante de M. Proszowski dans son affidavit :

[TRADUCTION]

79. La communication des renseignements visés par l'exception *nuirait* vraisemblablement à la compétitivité de la CIBC du fait que :

a) ses concurrentes seraient informées . . .

b) competitors *would* learn . . .

b) ses concurrentes seraient informées . . .

c) competitors *are likely* to adopt . . .

c) ses concurrentes adopteraient vraisemblablement . . .

[75] The application Judge's language simply reflects the arguments which were made before him. As a result, I find nothing unreasonable in the application Judge's conclusions on this issue.

[75] Les mots utilisés par le juge des requêtes reflètent simplement les arguments qui lui ont été présentés. Par conséquent, je ne vois rien de déraisonnable dans ses conclusions sur ce point.

Whether the Commission breached the principles of fundamental justice when it misstated the grounds on which it had declined to disclose the interim report, thereby misleading the CIBC as to the submissions which it ought to make to oppose the disclosure of the final report.

La Commission a-t-elle enfreint les principes de justice fondamentale quand elle a fourni des motifs erronés pour justifier son refus de communiquer le rapport provisoire, induisant ainsi la CIBC en erreur quant aux observations qu'elle devait présenter pour s'opposer à la communication du rapport final?

[76] The CIBC takes exception to the Commission's revision of the grounds upon which it refused to disclose the interim report after the CIBC had made its submissions with respect to the disclosure of the final report. Had it known the grounds which the Commission ultimately relied upon, it would have framed its representations to meet those concerns. The CIBC characterizes this as the absence of a fair hearing, leading to a loss of jurisdiction.

[76] La CIBC soulève une objection au sujet de la modification des motifs sur lesquels la Commission s'est fondée pour refuser de communiquer le rapport provisoire après que la CIBC lui eut présenté des observations concernant la communication du rapport final. Si elle avait connu les motifs sur lesquels la Commission s'est finalement appuyée, elle aurait formulé ses observations de manière à répondre à ces préoccupations. La CIBC prétend qu'une audience équitable lui a été refusée, ce qui prive la Commission de sa compétence.

[77] While I believe the CIBC's argument overreaches, I must say that the Commission's revisiting of the grounds for its refusal to disclose the interim report is surprising and somewhat troubling. I have difficulty conceiving how one might confuse a refusal based upon confidential commercial information with one based upon interference with a lawful investigation. The concerns raised by the Commission at the time said nothing about interference with its investigation and were directed at the confidential nature of the information. I think it unlikely that the person who made the initial decision intended to make a decision other than the one which was made. That decision cannot later be withdrawn and treated as inoperative when further and better grounds which, incidentally, do not conflict with the disclosure of the final report, come to mind later.

[77] Bien qu'à mon avis l'argument de la CIBC soit exagéré, je dois dire que la modification par la Commission des motifs justifiant son refus de communiquer le rapport provisoire est surprenante et assez troublante. J'ai de la difficulté à concevoir comment on peut confondre un refus se fondant sur des renseignements commerciaux confidentiels et un refus se fondant sur un obstacle à une enquête licite. Les préoccupations soulevées par la Commission à l'époque ne mentionnaient nullement une interférence possible avec son enquête et étaient axées sur la nature confidentielle des renseignements. Je crois qu'il est peu probable que la personne qui a pris la décision initiale ait eu l'intention de prendre une décision autre que celle qui a été prise. Cette décision ne peut par la suite être retirée et traitée comme inopérante quand, *a posteriori*, de meilleurs motifs viennent à l'esprit du décideur, motifs qui, soit dit en passant, ne s'opposent pas à la communication du rapport final.

[78] That said, the CIBC was never under any illusions as to the burden it had to meet. The request for disclosure of the final report was a discrete request, subject to evaluation on its own terms. The CIBC may well have taken comfort in the fact that disclosure of the interim report was refused on the ground that it contained commercial confidential information, but it is inconceivable that the CIBC would not have made that argument in any event. If it had other, better arguments to make and failed to make them, that can only be attributed to strategic considerations which, while not trivial, do not rise to the level of a denial of natural justice.

[79] I would not interfere with this aspect of the application Judge's decision.

Whether the CIBC should pay the Commission's Costs

[80] Section 53 of the ATIA provides as follows:

53. (1) Subject to subsection (2), the costs of and incidental to all proceedings in the Court under this Act shall be in the discretion of the Court and shall follow the event unless the Court orders otherwise.

(2) Where the Court is of the opinion that an application for review under section 41 or 42 has raised an important new principle in relation to this Act, the Court shall order that costs be awarded to the applicant even if the applicant has not been successful in the result.

[81] Given my conclusion that the appeal should be allowed, this issue is now moot. Costs should follow the event.

The Canadian Bankers Association's position

[82] I do not propose to revisit the issues which are common to the CIBC and the CBA. The issue raised by the CBA which is specific to the banking industry is the application of the ATIA to information that banks, who are not subject to the ATIA, provide to federal regulators. The CBA's concern is the potential for

[78] Cela dit, la CIBC n'a jamais été trompée quant au fardeau dont elle devait s'acquitter. La demande de communication du rapport final était une demande distincte, sujette à une évaluation distincte. La CIBC peut très bien s'être sentie rassurée du fait que la communication du rapport provisoire avait été refusée au motif qu'il renfermait des renseignements confidentiels commerciaux, mais il est inconcevable qu'elle n'eut pas soulevé cet argument de toute façon. Si elle avait d'autres arguments meilleurs à faire valoir et qu'elle ne l'a pas fait, cela ne peut être attribué qu'à des considérations stratégiques qui, même si elles ne sont pas futiles, ne sont pas importantes au point de constituer un déni de justice naturelle.

[79] Je suis d'avis de ne pas modifier cet aspect de la décision du juge des requêtes.

La CIBC devrait-elle payer les dépens de la Commission?

[80] L'article 53 de la LAI énonce ce qui suit :

53. (1) Sous réserve du paragraphe (2), les frais et dépens sont laissés à l'appréciation de la Cour et suivent, sauf ordonnance contraire de la Cour, le sort du principal.

(2) Dans les cas où elle estime que l'objet des recours visés aux articles 41 et 42 a soulevé un principe important et nouveau quant à la présente loi, la Cour accorde les frais et dépens à la personne qui a exercé le recours devant elle, même si cette personne a été déboutée de son recours.

[81] Compte tenu de ma conclusion selon laquelle l'appel devrait être accueilli, cette question est maintenant théorique. Les dépens suivront le sort du principal.

La position de l'Association des banquiers canadiens

[82] Je ne me propose pas de réexaminer les questions qui sont communes à la CIBC et à l'ABC. La question soulevée par l'ABC qui se rapporte précisément à l'industrie bancaire est l'application de la LAI aux renseignements que les banques, qui ne sont pas assujetties à la LAI, fournissent aux organismes

disclosure of that information as a result of the application Judge's finding that the CIBC had no reasonable basis for its expectation, arising from the statutory privilege created by section 34 of the EEA, that the information it provided to the Commission would remain confidential.

[83] The CBA points to various statutory provisions which impose an obligation of confidentiality on federal regulators. For example, section 636 [as am. by S.C. 1999, c. 28, s. 41; 2007, c. 6, s. 103] of the *Bank Act*, S.C. 1991, c. 46, provides that all information obtained by the Superintendent in the administration and enforcement of the *Bank Act* is confidential and is to be treated accordingly. Similar provisions appear in the *Office of the Superintendent of Financial Institutions Act*, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 18 (subsection 22(1) [as am. by S.C. 2001, c. 9, s. 472]), as well as in the *Financial Consumer Agency of Canada Act*, S.C. 2001, c. 9 (section 17), and the *Canada Deposit Insurance Corporation Act*, R.S.C., 1985, c. C-3 (section 45.2 [as enacted by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 18, s. 68; S.C. 2001, c. 9, s. 214]). The CBA argues that it is essential that communications made to the financial regulators remain in confidence. If paragraph 20(1)(b) is interpreted so that these statutory dispositions are not sufficient to found a reasonable belief on the part of the banks that the information they provide the regulators will be kept in confidence, then serious mischief could result.

[84] My finding that the CIBC did have a reasonable basis for its belief that the information it provided to the Commission would remain confidential essentially disposes of the issue raised by the CBA. Nonetheless, it is worth repeating that, just as the statutory privilege in section 34 does not preclude the application of section 4 of the ATIA, neither does any statutory guarantee of confidentiality. None of the statutory provisions to which the CBA referred us is found on Schedule II which means that any claim for non-disclosure must

fédéraux de réglementation. L'ABC se préoccupe de la possibilité que ces renseignements soient communiqués au public par suite de la conclusion du juge des requêtes selon laquelle la CIBC n'avait fourni aucun motif raisonnable pour justifier son attente, basée sur le privilège créé par l'article 34 de la LEE, que les renseignements qu'elle a fournis à la Commission demeureraient confidentiels.

[83] L'ABC cite plusieurs dispositions législatives qui imposent une obligation de confidentialité à ces organismes fédéraux de réglementation. Par exemple, l'article 636 [mod. par L.C. 1999, ch. 28, art. 41; 2007, ch. 6, art. 103] de la *Loi sur les banques*, L.C. 1991, ch. 46, précise que tous les renseignements obtenus par le surintendant dans le cadre de l'application de la *Loi sur les banques* sont confidentiels et doivent être traités comme tels. Des dispositions semblables figurent dans la *Loi sur le Bureau du surintendant des institutions financières*, L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 18 (paragraphe 22(1) [mod. par L.C. 2001, ch. 9, art. 472]), de même que dans la *Loi sur l'Agence de la consommation en matière financière du Canada*, L.C. 2001, ch. 9 (art. 17), et la *Loi sur la Société d'assurance-dépôts du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-3 (article 45.2 [édicte par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 18, art. 68; L.C. 2001, ch. 9, art. 214]). L'ABC soutient qu'il est essentiel que les communications faites aux organismes de réglementation financière demeurent confidentielles. Si l'alinéa 20(1)(b) est interprété de façon que ces dispositions législatives ne suffisent pas à justifier de la part des banques une attente raisonnable que les renseignements qu'ils fournissent à ces organismes de réglementation demeureront confidentiels, alors il pourrait en résulter de graves préjudices.

[84] Ma conclusion selon laquelle la CIBC avait un motif raisonnable de croire que l'information qu'elle avait fournie à la Commission demeurerait confidentielle tranche essentiellement la question soulevée par l'ABC. Néanmoins, il est utile de répéter que, tout comme le privilège prévu à l'article 34 n'empêche pas l'application de l'article 4 de la LAI, il en est de même de toute garantie de confidentialité prévue dans la loi. Aucune des dispositions législatives auxquelles l'ABC nous a référés ne se trouve dans l'annexe II, ce qui signifie que

bring itself within one of the exemptions provided for in the ATIA. The nature of the information provided to the regulators and the circumstances under which it is provided are relevant to the claim for exemption. A statutory guarantee of confidentiality is not, in and of itself, a sufficient basis for a claim of exemption under paragraph 20(1)(b) of the ATIA.

[85] That said, a statutory guarantee of confidentiality (or privilege) can serve the more limited function of providing an objective basis for a belief that the information in question will be held in confidence. Where a statute requires the disclosure to a federal regulator of sensitive commercial information and provides assurances of confidentiality, it would be perverse to hold that the legislator did not intend the person or entity providing the information to rely upon those assurances. Parliament does not deal with Canadians in bad faith.

Conclusion

[86] The appeal should be allowed and the decision to disclose the final report remitted to the Commission with a direction that it disposes of that request on the basis that the final report contains confidential commercial information which is treated consistently in a confidential manner by the CIBC as provided in paragraph 20(1)(b) of the ATIA. The CIBC is entitled to its costs in this Court and in the Federal Court. The CBA will bear its own costs.

DÉCARY J.A.: I agree.

NADON J.A.: I agree.

toute demande de non-divulgence doit se fonder sur l'une des exceptions prévues dans la LAI. La nature des renseignements fournis aux organismes de réglementation et les circonstances dans lesquelles ils ont été fournis sont pertinentes en égard à la demande d'exception. Une garantie de confidentialité prévue par la Loi n'est pas, en elle-même, un fondement suffisant pour justifier une demande d'exception fondée sur l'alinéa 20(1)b) de la LAI.

[85] Cela dit, une garantie de confidentialité (ou un privilège) prévue par la loi peut répondre à un objectif plus limité, soit celui de constituer un fondement objectif à l'attente que les renseignements en question demeureront confidentiels. Lorsqu'une loi exige la communication de renseignements commerciaux confidentiels à un organisme fédéral de réglementation et qu'elle offre des assurances de confidentialité, il serait inique de prétendre que le législateur n'avait pas l'intention que la personne ou l'entité qui fournit les renseignements s'appuient sur ces assurances. Le législateur ne fait pas preuve de mauvaise foi dans ses rapports avec les Canadiens.

Dispositif

[86] Je suis d'avis d'accueillir l'appel et de renvoyer la décision de communiquer le rapport final à la Commission avec comme directive de traiter cette demande en tenant compte du fait que le rapport final renferme des renseignements commerciaux confidentiels qui ont été traités de façon constante d'une manière confidentielle par la CIBC, comme le prévoit l'alinéa 20(1)b) de la LAI. La CIBC a droit aux dépens devant la présente Cour et devant la Cour fédérale. L'ABC paiera ses propres frais.

LE JUGE DÉCARY, J.C.A. : Je souscris à ces motifs.

LE JUGE NADON, J.C.A. : Je souscris à ces motifs.

A-446-06
2007 FCA 297

A-446-06
2007 CAF 297

Umberto Mazzotta (*Applicant*)

Umberto Mazzotta (*demandeur*)

v.

c.

The Attorney General of Canada (*Respondent*)

Le procureur général du Canada (*défendeur*)

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

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

Federal Court of Appeal, Linden, Létourneau and Sexton JJ.A.—Toronto, September 12; Ottawa, September 21, 2007.

Cour d'appel fédérale, juges Linden, Létourneau et Sexton, J.C.A.—Toronto, 12 septembre; Ottawa, 21 septembre 2007.

Pensions — Judicial review of Pension Appeals Board's (PAB) decision allowing Minister of Social Development's appeal from Review Tribunal's decision to reconsider application for disability benefits under Canada Pension Plan Act (CPP), s. 84(2) based on new facts — Parliament clearly stating in CPP, ss. 83(1), 84(1) that review of Review Tribunal's decision made exclusively by way of appeal to PAB within time frame therein provided; decisions of PAB challenged by judicial review — Proper test re : materiality of new evidence for purposes of CPP, s. 84(2) whether proposed new facts may reasonably be expected to affect outcome of prior hearing — Review Tribunal's decision on issue of new evidence constitutes decision under CPP, s. 84(2), which is part of ultimate decision on claimant's disability — PAB rightly concluding Review Tribunal applied wrong materiality test when relying on reasonable possibility proffered evidence (medical reports in possession of applicant's lawyer) could lead it to change original decision re : applicant's disability — PAB also not erring in applying correct materiality test, in concluding medical reports could have been obtained by exercising due diligence — Previous FCA decisions which sent litigants to Federal Court of Canada to have Review Tribunal's positive or negative determination of proffered new evidence reviewed by way of judicial review no longer good law — Application dismissed.

Pensions — Contrôle judiciaire de la décision de la Commission d'appel des pensions (la CAP), qui a accueilli l'appel que le ministre du Développement social a interjeté à l'encontre de la décision du tribunal de révision de réexaminer une demande de prestations d'invalidité en vertu de l'art. 84(2) du Régime de pensions du Canada (le RPC) à la lumière de faits nouveaux — Le législateur dit explicitement aux art. 83(1) et 84(1) du RPC que la décision du tribunal de révision ne peut être contrôlée que par voie d'un appel devant la CAP dans le délai prescrit et que la décision de la CAP ne peut être contestée que par le dépôt d'une demande de contrôle judiciaire — Le critère qu'il convient d'appliquer quant au caractère substantiel de nouveaux éléments de preuve pour l'application de l'art. 84(2) du RPC est celui de savoir si l'on peut raisonnablement croire que les faits présentés comme nouveaux auraient modifié l'issue de la procédure antérieure — La décision du tribunal de révision sur la question des faits nouveaux relève de l'art. 84(2) et fait partie intégrante de la décision qui sera en fin de compte rendue sur l'invalidité du demandeur de prestations — La CAP a conclu à juste titre que le tribunal de révision avait appliqué une définition erronée du critère du caractère substantiel en se fondant sur la possibilité raisonnable que les éléments de preuve produits (rapports médicaux en la possession de l'avocat du demandeur) pouvaient l'amener à rendre une décision différente de la première quant à l'invalidité du demandeur de prestations — De même, la CAP n'a pas commis d'erreur d'application du critère du caractère substantiel correctement défini lorsqu'elle a conclu que les rapports médicaux auraient pu être obtenus si le demandeur avait fait preuve de diligence raisonnable — Les arrêts antérieurs qui adressaient les plaideurs à la Cour fédérale du Canada pour y faire contrôler, par voie de demande de contrôle judiciaire, la décision positive ou négative d'un tribunal de révision sur la question des faits nouveaux ne font plus jurisprudence — Demande rejetée.

This was an application for judicial review of the Pension Appeals Board's (PAB) decision allowing the Minister of Social Development's appeal from the Review Tribunal's decision to reconsider an application for disability benefits under subsection 84(2) of the *Canada Pension Plan* (CPP) based on new facts. The PAB held that the Review Tribunal applied the wrong materiality test when it held that there was a reasonable possibility that new facts could lead it to change its decision. It also held that the applicant did not exercise reasonable diligence to obtain the evidence at the time of the first hearing before the Review Tribunal. The new fact evidence submitted consisted of medical reports that were in the possession of the applicant's lawyer at the time of the first hearing before the Review Tribunal but which the applicant was apparently not aware of.

The scope and powers of the PAB are set out in sections 83 and 84 of the CPP. The issues were : (1) what are the powers of the PAB when seized with a reconsideration decision; and (2) what is the appropriate materiality test applicable to new evidence?

Held, the application should be dismissed.

Several previous Federal Court of Appeal decisions, including *Oliveira v. Canada (Minister of Human Resources Development)* (2004), 320 N.R. 168 (F.C.A.); *Kent v. Canada (Attorney General)* (2004), 248 D.L.R. (4th) 12 (F.C.A.); and *Canada (Minister of Human Resources Development) v. Landry* (2005), 334 N.R. 176 (F.C.A.) have determined that litigants had to turn to the Federal Court of Canada to have reviewed by way of judicial review a Review Tribunal's positive or negative determination of proffered new evidence. Parliament has made it clear in subsections 83(1) and 84(1) of the CPP that the review of a Review Tribunal's decision is exclusively by way of appeal to the PAB within the time frame therein provided. On the other hand, decisions of the PAB are challenged by way of judicial review before this Court. The words "*sauf contrôle judiciaire dont elle peut faire l'objet*" in the French text of subsection 84(1) leaves no ambiguity as to which of the PAB or the Review Tribunal is subject to judicial review. By making the reconsideration decisions of the Review Tribunal on the issue of new evidence subject to judicial review before the Federal Court, previous Federal Court of Appeal decisions run contrary to the clear and unambiguous text of both subsections 83(1) and 84(1) and the legislative intent. Furthermore, if the Review Tribunal erroneously found that the new facts submitted constituted new evidence, subsection 83(11) gives the PAB, on appeal

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission d'appel des pensions (la CAP), qui a accueilli l'appel que le ministre du Développement social a interjeté à l'encontre de la décision du tribunal de révision de réexaminer une demande de prestations d'invalidité en vertu du paragraphe 84(2) du *Régime de pensions du Canada* (le RPC) à la lumière de faits nouveaux. La CAP a statué que le tribunal de révision a appliqué une définition erronée du caractère substantiel lorsqu'il a conclu qu'il y avait une possibilité raisonnable que les faits nouveaux l'amènent à rendre une décision différente. Elle a aussi conclu que le demandeur n'avait pas fait preuve de diligence raisonnable pour obtenir les éléments de preuve au moment de la première audience du tribunal de révision. Les nouveaux éléments de preuve produits consistaient en rapports médicaux qui se trouvaient en la possession de l'avocat du demandeur au moment de la première audience du tribunal de révision, mais dont le demandeur n'avait censément pas eu connaissance.

L'étendue des pouvoirs de la CAP est énoncée aux articles 83 et 84 du RPC. Les questions litigieuses étaient celles de savoir : 1) quels sont les pouvoirs de la CAP lorsqu'elle est saisie d'un appel contre une décision de réexamen; et 2) quel est le critère du caractère substantiel applicable aux nouveaux éléments de preuve.

Arrêt : la demande doit être rejetée.

Plusieurs arrêts antérieurs de la Cour d'appel fédérale, dont *Oliveira c. Canada (Ministre du Développement des ressources humaines)*, 2004 CAF 136; *Kent c. Canada (Procureur général)*, 2004 CAF 420; et *Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) c. Landry*, 2005 CAF 167, ont établi que les plaideurs devaient s'adresser à la Cour fédérale du Canada pour y faire contrôler, par voie de demande de contrôle judiciaire, la décision positive ou négative d'un tribunal de révision sur la question des faits nouveaux. Le législateur dit explicitement aux paragraphes 83(1) et 84(1) du RPC que la décision du tribunal de révision ne peut être contrôlée que par voie d'un appel devant la CAP, interjeté dans le délai prescrit. La décision de la CAP, elle, peut être contestée par le dépôt d'une demande de contrôle judiciaire devant notre Cour. Le texte français du paragraphe 84(1), par les termes «*sauf contrôle judiciaire dont elle peut faire l'objet*», ne laisse aucune ambiguïté touchant le point de savoir laquelle des deux instances, la CAP ou le tribunal de révision, relève du contrôle judiciaire. En posant que les décisions de réexamen du tribunal de révision sur la question des faits nouveaux sont contestables par voie de demande de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale, les arrêts antérieurs de la Cour d'appel fédérale vont à l'encontre du libellé clair et sans équivoque des paragraphes 83(1) et 84(1), ainsi que de l'intention du législateur. Qui plus est, si

from a Review Tribunal's decision rendered pursuant to subsection 84(2), the authority to take the proper action that the Review Tribunal might have taken and find that the evidence is not new evidence.

The Review Tribunal applied a wrong materiality test to the proffered evidence. The proper test to be applied for the purposes of subsection 84(2) of the CPP is whether the proposed new facts may reasonably be expected to affect the outcome of the prior hearing. The purpose of the test is to strike a balance between, on the one hand, the need to have disability claims assessed fairly and the need, on the other hand, to secure, in the public interest, the finality and enforcement of previous decisions which are *res judicata*. Despite the need for some flexibility in applying the test, the proper test cannot be improperly applied nor can an improper test be applied. The Review Tribunal's decision on the issue of new evidence is a decision under subsection 84(2), which is part and parcel of the ultimate decision on a claimant's disability. Given the purpose and objective of the CPP, sending the parties to the Federal Court to have the correctness of a legal ruling made by a Review Tribunal reviewed on an application for reconsideration pursuant to subsection 84(2) does not find support in the statutory provisions enacted by Parliament. It also defeats the legislative purpose and objective of the CPP because the unnecessary diversion is costly and the claimant always stands at the losing end of this process.

The PAB rightly concluded that a wrong materiality test had been applied by the Review Tribunal when it relied on a reasonable possibility as opposed to probability that the proffered evidence could lead it to change its original decision. The PAB also did not err in applying the correct materiality test nor when it concluded that the medical reports, which the new evidence allegedly consisted of, could have been obtained by due diligence. It was open to the PAB to conclude that the applicant had failed to satisfy his onus of demonstrating that he exercised due diligence to discover the medical reports in question and that the applicant, who said that he relied upon the persons representing him, was bound by the actions of his agents. Therefore, there was no failure on the PAB's part to consider all reports for the purpose of determining whether they constituted new evidence under subsection 84(2) of the CPP.

le tribunal de révision s'est trompé en concluant que les nouveaux éléments de preuve produits constituaient des faits nouveaux, la CAP, saisie d'un appel contre une décision rendue par le tribunal de révision sous le régime du paragraphe 84(2), dispose, en vertu du paragraphe 83(11), du pouvoir de prendre la mesure appropriée que ce tribunal aurait pu prendre et de déclarer que les éléments de preuve en question ne constituent pas des faits nouveaux.

Le tribunal de révision a appliqué aux éléments de preuve produits une définition erronée du critère du caractère substantiel. Le critère pertinent à appliquer pour l'application du paragraphe 84(2) du RPC est celui de savoir si l'on peut raisonnablement croire que les faits présentés comme nouveaux auraient modifié l'issue de la procédure antérieure. Le critère a pour objet de permettre de trouver un équilibre entre la nécessité d'un examen équitable des demandes de prestations d'invalidité et celle d'assurer dans l'intérêt public le caractère définitif et l'exécution des décisions antérieures qui ont autorité de chose jugée. Bien qu'il convienne de faire preuve d'une certaine souplesse dans l'application du critère, il n'est pas permis de l'appliquer irrégulièrement ni d'en appliquer une définition inexacte. La décision que rend le tribunal de révision sur la question des faits nouveaux relève du paragraphe 84(2) et fait partie intégrante de la décision qui sera en fin de compte rendue sur l'invalidité du demandeur de prestations. Compte tenu de l'objet du RPC, l'idée qu'on devrait adresser les parties à la Cour fédérale pour faire contrôler la justesse d'une décision rendue par un tribunal de révision sur une demande de réexamen qui relève du paragraphe 84(2) ne paraît pas conforme aux dispositions légales adoptées par le législateur. En outre, elle va à l'encontre de l'objet du RPC, étant donné que ce détour inutile est onéreux et que le demandeur de prestations ne peut qu'y perdre.

La CAP a conclu à juste titre que le tribunal de révision avait appliqué une définition erronée du critère du caractère substantiel en se fondant sur la possibilité raisonnable, plutôt que sur la probabilité, que les éléments de preuve produits l'amèneraient à rendre une décision différente de la première. De même, la CAP n'a pas commis d'erreur d'application du critère du caractère substantiel correctement défini lorsqu'elle a conclu que les rapports médicaux, qui étaient censément les nouveaux éléments de preuve, auraient pu être obtenus si le demandeur avait fait preuve de diligence raisonnable. Il était loisible à la CAP de conclure que le demandeur ne s'était pas acquitté de la charge pesant sur lui de prouver qu'il avait fait preuve de diligence raisonnable pour découvrir les rapports médicaux en question et que le demandeur, qui avait argué du fait qu'il s'était fié à ses mandataires, était lié par leurs actes. Par conséquent, la CAP n'a pas omis de prendre en considération la totalité des rapports aux fins d'établir s'ils

The previous decisions which sent litigants to the Federal Court of Canada to have a Review Tribunal's positive or negative determination of proffered new evidence reviewed by way of judicial review are no longer good law.

constituaient des faits nouveaux sous le régime du paragraphe 84(2) du RPC.

Les arrêts antérieurs qui adressaient les plaideurs à la Cour fédérale du Canada pour y faire contrôler, par voie de demande de contrôle judiciaire, la décision positive ou négative d'un tribunal de révision sur la question des faits nouveaux ne font plus jurisprudence.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 28 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8; 2002, c. 8, s. 35).
Canada Pension Plan, R.S.C., 1985, c. C-8, ss. 82 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 45; S.C. 1995, c. 33, s. 35; 2000, c. 12, ss. 60, 64(k), 83(1) (as am. by S.C. 2000, c. 12, s. 61), (11) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 45), 84(1) (as am. *idem*; S.C. 1990, c. 8, s. 46), (2) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 45).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

Oliveira v. Canada (Minister of Human Resources Development) (2004), 320 N.R. 168; 2004 FCA 136; *Kent v. Canada (Attorney General)* (2004), 248 D.L.R. (4th) 12; 328 N.R. 161; 2004 FCA 420; *Canada (Minister of Human Resources Development) v. Landry* (2005), 334 N.R. 176; 2005 FCA 167; *Peplinski v. Canada*, [1993] 1 F.C. 222; (1992), 58 F.T.R. 247 (T.D.).

REFERRED TO:

Canada (Minister of Human Resources Development) v. Fleming (2004), 325 N.R. 305; 2004 FCA 288; *Canada (Minister of Human Resources Development) v. Richard*, 2004 FCA 378; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; 50 C.B.R. (3d) 163; 33 C.C.E.L. (2d) 173; 221 N.R. 241; 106 O.A.C. 1; *Mian v. Canada (Attorney General)* (2001), 204 F.T.R. 306; 2001 FCT 433; *Castro v. Minister of Employment and Immigration* (1988), 5 Imm. L.R. (2d) 87; 86 N.R. 356 (F.C.A.); *Chippewas of Nawash First Nation v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, 2002 FCA 22.

Application for judicial review of the Pension Appeals Board's (PAB) decision allowing the Minister

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 28 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8; 2002, ch. 8, art. 35).
Régime de pensions du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-8, art. 82 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 30, art. 45; L.C. 1995, ch. 33, art. 35; 2000, ch. 12, art. 60, 64k), 83(1) (mod. par L.C. 2000, ch. 12, art. 61), (11) (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 30, art. 45), 84(1) (mod., *idem*; L.C. 1990, ch. 8, art. 46), (2) (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 30, art. 45).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Oliveira c. Canada (Ministre du Développement des ressources humaines), 2004 CAF 136; *Kent c. Canada (Procureur général)*, 2004 CAF 420; *Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) c. Landry*, 2005 CAF 167; *Peplinski c. Canada*, [1993] 1 C.F. 222 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES :

Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) c. Fleming, 2004 CAF 288; *Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) c. Richard*, 2004 CAF 378; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Mian c. Canada (Procureur général)*, 2001 CFPI 433; *Castro c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1988] A.C.F. n° 532 (C.A.) (QL); *Première nation des Chippewas de Nawash c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, 2002 CAF 22.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision de la Commission d'appel des pensions (la CAP), qui a

of Social Development's appeal on the basis that there were no new facts before the Review Tribunal in a reconsideration application made in accordance with subsection 84(2) of the *Canada Pension Plan*. Application dismissed.

APPEARANCES:

Hossein Niroomand for applicant.
Allan T. Matte for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Hossein Niroomand, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] LÉTOURNEAU J.A.: Did the Pension Appeals Board (PAB) err in allowing the Minister of Social Development's (Minister) appeal on the basis that there were no new facts before the Review Tribunal? Once again, the powers and role of the PAB come under judicial scrutiny when a reconsideration decision is rendered pursuant to subsection 84(2) [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 45] of the *Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8 (CPP), and appeal is made of that decision.

[2] This application for judicial review also seeks clarification of the materiality test applicable to new evidence.

[3] Finally, the applicant submits that the PAB erred in limiting its review of the new evidence to three documents only. This submission needs to be considered only if this Court is of the view that the PAB had the power to review the Review Tribunal's positive finding regarding the issue of new evidence.

[4] I shall address first the scope of the powers of the PAB when seized with an appeal against a

accueilli l'appel du ministre du Développement social au motif que le tribunal de révision ne disposait pas de faits nouveaux dans le cadre d'une demande de réexamen présentée conformément au paragraphe 84(2) du *Régime de pensions du Canada*. Demande rejetée.

ONT COMPARU :

Hossein Niroomand pour le demandeur.
Allan T. Matte pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Hossein Niroomand, Toronto, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A. : La Commission d'appel des pensions (la CAP) a-t-elle commis une erreur en accueillant l'appel du ministre du Développement social (le ministre) au motif que le tribunal de révision n'avait pas été saisi de faits nouveaux? Une fois encore, les attributions de la CAP se voient soumises à l'appréciation judiciaire à l'occasion d'une décision de réexamen rendue sous le régime du paragraphe 84(2) [mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 30, art. 45] du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-8 (le RPC), et d'un appel contre cette décision.

[2] La présente demande de contrôle judiciaire a aussi pour objet la clarification du critère du caractère substantiel applicable aux nouveaux éléments de preuve.

[3] Enfin, le demandeur soutient que la CAP a commis une erreur en limitant son examen des nouveaux éléments de preuve à trois documents. La Cour n'aura à prendre cette prétention en considération que si elle décide que la CAP était habilitée à contrôler la conclusion positive du tribunal de révision touchant la question des faits nouveaux.

[4] J'étudierai d'abord l'étendue des pouvoirs de la CAP lorsqu'elle est saisi d'un appel contre une

reconsideration decision. However, a short summary of the facts and procedure is in order for a better understanding of the issues. I also reproduce the relevant provisions of the CPP [ss. 83(1) (as am. by S.C. 2000, c. 12, s. 61), (11) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 45), 84(1) (as am. *idem*; S.C. 1990, c. 8, s. 46)]:

83. (1) A party or, subject to the regulations, any person on behalf thereof, or the Minister, if dissatisfied with a decision of a Review Tribunal made under section 82, other than a decision made in respect of an appeal referred to in subsection 28(1) of the *Old Age Security Act*, or under subsection 84(2), may, within ninety days after the day on which that decision was communicated to the party or Minister, or within such longer period as the Chairman or Vice-Chairman of the Pension Appeals Board may either before or after the expiration of those ninety days allow, apply in writing to the Chairman or Vice-Chairman for leave to appeal that decision to the Pension Appeals Board.

...

(11) The Pension Appeals Board may confirm or vary a decision of a Review Tribunal under section 82 or subsection 84(2) and may take any action in relation thereto that might have been taken by the Review Tribunal under section 82 or subsection 84(2), and shall thereupon notify in writing the parties to the appeal of its decision and of its reasons therefor.

...

84. (1) A Review Tribunal and the Pension Appeals Board have authority to determine any question of law or fact as to

- (a) whether any benefit is payable to a person,
- (b) the amount of any such benefit,
- (c) whether any person is eligible for a division of unadjusted pensionable earnings,
- (d) the amount of that division,
- (e) whether any person is eligible for an assignment of a contributor's retirement pension, or

décision de réexamen. Cependant, il n'est pas superflu de récapituler brièvement les faits et la procédure afin de mieux comprendre les questions en litige. Commençons par relire les dispositions applicables du RPC [art. 83(1) (mod. par L.C. 2000, ch. 12, art. 61), (11) (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 30, art. 45), 84(1) (mod., *idem*; L.C. 1990, ch. 8, art. 46)] :

83. (1) La personne qui se croit lésée par une décision du tribunal de révision rendue en application de l'article 82—autre qu'une décision portant sur l'appel prévu au paragraphe 28(1) de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*—ou du paragraphe 84(2), ou, sous réserve des règlements, quiconque de sa part, de même que le ministre, peuvent présenter, soit dans les quatre-vingt-dix jours suivant le jour où la décision du tribunal de révision est transmise à la personne ou au ministre, soit dans tel délai plus long qu'autorise le président ou le vice-président de la Commission d'appel des pensions avant ou après l'expiration de ces quatre-vingt-dix jours, une demande écrite au président ou au vice-président de la Commission d'appel des pensions, afin d'obtenir la permission d'interjeter un appel de la décision du tribunal de révision auprès de la Commission.

[...]

(11) La Commission d'appel des pensions peut confirmer ou modifier une décision d'un tribunal de révision prise en vertu de l'article 82 ou du paragraphe 84(2) et elle peut, à cet égard, prendre toute mesure que le tribunal de révision aurait pu prendre en application de ces dispositions et en outre, elle doit aussitôt donner un avis écrit de sa décision et des motifs la justifiant à toutes les parties à cet appel.

[...]

84. (1) Un tribunal de révision et la Commission d'appel des pensions ont autorité pour décider des questions de droit ou de fait concernant :

- a) la question de savoir si une prestation est payable à une personne;
- b) le montant de cette prestation;
- c) la question de savoir si une personne est admissible à un partage des gains non ajustés ouvrant droit à pension;
- d) le montant de ce partage;
- e) la question de savoir si une personne est admissible à bénéficier de la cession de la pension de retraite d'un cotisant;

(f) the amount of that assignment,

and the decision of a Review Tribunal, except as provided in this Act, or the decision of the Pension Appeals Board, except for judicial review under the *Federal Courts Act*, as the case may be, is final and binding for all purposes of this Act.

(2) The Minister, a Review Tribunal or the Pension Appeals Board may, notwithstanding subsection (1), on new facts, rescind or amend a decision under this Act given by him, the Tribunal or the Board, as the case may be. [Emphasis added.]

FACTS AND PROCEDURE

[5] The applicant applied for disability benefits in April 1995. His application was denied by the Minister. The applicant appealed this decision to a Review Tribunal, which dismissed his appeal on 17 July 1998. The applicant sought leave to appeal this decision to the PAB, which was denied by a member designate of the PAB on 6 July 1999. The applicant filed a second application for benefits on September 6, 2002. This application was denied on the basis that the Review Tribunal had denied his earlier appeal.

[6] The applicant then requested a hearing pursuant to subsection 84(2) of the CPP to reopen the decision of the Review Tribunal. This request was granted, and the Review Tribunal held that the applicant had submitted new facts that justified reopening the original decision of the Review Tribunal. These facts, taken together with the evidence before the Review Tribunal, were found sufficient to establish that the applicant was disabled as of April 1995.

[7] The respondent sought leave to appeal this decision to the PAB. The PAB granted leave.

DECISION OF THE PENSION APPEALS BOARD

[8] The PAB proceeded on the basis that it would first determine whether the Review Tribunal erred in admitting the new fact evidence presented to it. The

f) le montant de cette cession.

La décision du tribunal de révision, sauf disposition contraire de la présente loi, ou celle de la Commission d'appel des pensions, sauf contrôle judiciaire dont elle peut faire l'objet aux termes de la *Loi sur les Cours fédérales*, est définitive et obligatoire pour l'application de la présente loi.

(2) Indépendamment du paragraphe (1), le ministre, un tribunal de révision ou la Commission d'appel des pensions peut, en se fondant sur des faits nouveaux, annuler ou modifier une décision qu'il a lui-même rendue ou qu'elle a elle-même rendue conformément à la présente loi. [Non souligné dans l'original.]

RAPPEL DES FAITS ET DE LA PROCÉDURE

[5] Le demandeur à la présente instance a formé en avril 1995 une demande de prestations d'invalidité que le ministre a rejetée. Il a contesté ce rejet devant un tribunal de révision, qui l'a débouté le 17 juillet 1998. Il a alors sollicité l'autorisation d'interjeter appel de cette décision devant la CAP, autorisation dont le membre désigné de la CAP a prononcé le refus le 6 juillet 1999. Il a ensuite présenté, le 6 septembre 2002, une deuxième demande de prestations, qu'on a aussi repoussée, au motif du rejet antérieur de son recours par le tribunal de révision.

[6] Le demandeur a alors sollicité, sous le régime du paragraphe 84(2) du RPC, une audience de réexamen de la décision du tribunal de révision. Cette demande a été accueillie, et le tribunal de révision a conclu que le demandeur avait présenté des faits nouveaux qui justifiaient le réexamen de sa première décision. Il a statué que ces faits, considérés conjointement avec la preuve dont il était saisi par ailleurs, suffisaient à établir que le demandeur était invalide depuis avril 1995.

[7] Le défendeur a demandé à la CAP l'autorisation d'interjeter appel de cette décision, autorisation que la CAP lui a accordée.

LA DÉCISION DE LA COMMISSION D'APPEL DES PENSIONS

[8] La CAP a décidé qu'il lui fallait d'abord établir si le tribunal de révision avait commis une erreur en admettant les nouveaux éléments de preuve qu'on lui

PAB held that it would consider the merits of whether the applicant was disabled if it was satisfied that the Review Tribunal correctly admitted the new fact evidence. The PAB determined that the only medical evidence it would consider in this regard was evidence dated prior to 25 March 1998, the date of the applicant's initial application.

[9] The PAB went on to consider certain medical reports which the applicant claimed qualified as new facts. It held that the Review Tribunal erred in admitting this evidence for two reasons. First, the PAB held that the Review Tribunal applied to the admissibility of the new evidence the wrong materiality test. In admitting the new fact evidence, the Review Tribunal had stated that there was a "reasonable possibility as opposed to probability that it could lead the Tribunal to change its original decision." In the PAB's view, new fact evidence must have a probable, not merely possible, influence on the original decision in order to be admitted. Second, the PAB held that the applicant did not exercise reasonable diligence to obtain the evidence at the time of the first hearing before the Review Tribunal.

[10] The new fact evidence submitted consisted of medical reports that were in the possession of the applicant's lawyer at the time of the first hearing before the Review Tribunal. In the PAB's view, to hold that the applicant had exercised reasonable diligence in these circumstances would imply that he was not bound by the actions of his agents, and would open up a possibility for future applicants of relying on the failures of their agents or representatives in order to qualify evidence as new fact evidence.

[11] On this basis, the PAB allowed the Minister's appeal.

THE POWERS OF THE PAB ON AN APPEAL AGAINST A RECONSIDERATION DECISION

avait présentés et qu'elle examinerait sur le fond le point de savoir si le demandeur était invalide qu'une fois convaincue que le tribunal de révision avait eu raison d'admettre ces nouveaux éléments. La CAP a aussi établi que les seuls éléments de preuve médicale dont elle tiendrait compte à cet égard étaient les éléments datés d'avant le 25 mars 1998, date de la première demande de prestations du demandeur.

[9] La CAP a ensuite examiné certains rapports médicaux que le demandeur déclarait constituer des faits nouveaux. Elle a conclu que le tribunal de révision avait eu tort d'admettre ces éléments de preuve, pour deux raisons. Premièrement, il avait, selon elle, appliqué à l'admissibilité des nouveaux éléments de preuve une définition erronée du critère du caractère substantiel. Le tribunal de révision avait en effet admis les nouveaux éléments au motif qu'il avait constaté [TRADUCTION] « la possibilité raisonnable, par opposition à la probabilité, qu'ils [l'] amènent à rendre une décision différente de la première ». Or, selon la CAP, les nouveaux éléments de preuve doivent, pour être admis, laisser entrevoir la probabilité, et non la simple possibilité, qu'ils influent sur la première décision. Deuxièmement, la CAP a conclu que le demandeur n'avait pas fait preuve de diligence raisonnable pour se procurer les éléments de preuve en question au moment de la première audience du tribunal de révision.

[10] Les nouveaux éléments de preuve produits consistaient en des rapports médicaux qui se trouvaient en la possession de l'avocat du demandeur au moment de la première audience du tribunal de révision. Selon la CAP, conclure que le demandeur avait fait preuve de diligence raisonnable dans ces circonstances aurait impliqué qu'il n'était pas lié par les actes de ses mandataires et aurait ouvert la possibilité pour les demandeurs futurs d'invoquer les omissions de leurs mandataires ou représentants pour faire admettre des éléments de preuve en tant que faits nouveaux.

[11] Pour ces motifs, la CAP a fait droit à l'appel du ministre.

LES POUVOIRS DE LA CAP DANS LE CADRE D'UN APPEL CONTRE UNE DÉCISION DE

MADE BY A REVIEW TRIBUNAL PURSUANT TO
SUBSECTION 84(2) OF THE CPP

[12] The power in issue in this application for judicial review is the PAB's power to review the Review Tribunal's determination that the evidence submitted by the applicant qualifies as new evidence and, therefore, warrants a reconsideration of the merits of the case with respect to the issue of disability.

[13] Three decisions of this Court are relevant to this first ground of judicial review: *Oliveira v. Canada (Minister of Human Resources Development)* (2004), 320 N.R. 168 (F.C.A.); *Kent v. Canada (Attorney General)* (2004), 248 D.L.R. (4th) 12 (F.C.A.); and *Canada (Minister of Human Resources Development) v. Landry* (2005), 334 N.R. 176 (F.C.A.).

[14] I should add for the sake of completeness that the *Oliveira* decision approved a decision of the Trial Division of the Federal Court in *Peplinski v. Canada*, [1993] 1 F.C. 222 (T.D.). The *Oliveira* decision was subsequently applied by our Court in *Canada (Minister of Human Resources Development) v. Fleming* (2004), 325 N.R. 305 (F.C.A.) and *Canada (Minister of Human Resources Development) v. Richard*, 2004 FCA 378.

[15] The *Oliveira*, *Kent* and *Landry* decisions address three different but closely related factual scenarios.

THE *OLIVEIRA* SCENARIO

[16] The *Oliveira* scenario refers to a situation where a negative decision is rendered by the Review Tribunal on a demand made pursuant to subsection 84(2), that is to say that the Review Tribunal finds that the evidence submitted is not new evidence.

[17] In this case, the disability claimant must go to the Federal Court to challenge that negative and adverse decision by way of judicial review. This is a costly and distressful exercise for a claimant who, often impecunious, has to represent himself. The Federal Court decision, depending on the result, can be appealed by either party to our Court. Considerable delays ensue

RÉEXAMEN RENDUE PAR UN TRIBUNAL DE
RÉVISION SOUS LE RÉGIME DU PARAGRAPHE
84(2) DU RPC

[12] Le pouvoir de la CAP que la présente demande met en discussion est celui de contrôler la décision du tribunal de révision comme quoi les éléments de preuve produits par le demandeur constituent des faits nouveaux et justifient en conséquence le réexamen sur le fond de son cas pour ce qui concerne la question de l'invalidité.

[13] Trois arrêts de notre Cour se révèlent pertinents pour l'examen de ce premier motif de contrôle judiciaire : *Oliveira c. Canada (Ministre du Développement des ressources humaines)*, 2004 CAF 136; *Kent c. Canada (Procureur général)*, 2004 CAF 420; et *Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) c. Landry*, 2005 CAF 167.

[14] J'ajouterais pour ne rien omettre que l'arrêt *Oliveira* approuvait une décision de la Section de première instance de la Cour fédérale intitulée *Peplinski c. Canada*, [1993] 1 C.F. 222 (1^{re} inst.). Notre Cour a ultérieurement appliqué l'arrêt *Oliveira* dans *Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) c. Fleming*, 2004 CAF 288, et dans *Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) c. Richard*, 2004 CAF 378.

[15] Les arrêts *Oliveira*, *Kent* et *Landry* portent sur trois situations différentes, mais étroitement apparentées.

LA SITUATION DU TYPE *OLIVEIRA*

[16] La situation du type *Oliveira* est celle où le tribunal de révision rend une décision négative sous le régime du paragraphe 84(2), c'est-à-dire où il conclut que les éléments de preuve produits ne constituent pas des faits nouveaux.

[17] Dans ce cas de figure, le demandeur de prestations d'invalidité doit s'adresser à la Cour fédérale pour contester cette décision qui lui était défavorable par la voie d'une demande de contrôle judiciaire. C'est là une obligation onéreuse et pénible pour le demandeur de prestations, qui doit souvent se représenter lui-même faute de ressources. L'une ou l'autre des parties, selon

as a result of this process while the core issue of the claimant's disability is not addressed.

[18] This is hardly in harmony with the requirement that a liberal construction be applied to so-called "social legislation" and "that benefits-conferring legislation ought to be interpreted in a broad and generous manner": see *Kent v. Canada (Attorney General)*, at paragraph 35, applying *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paragraph 27. These statements referred to the interpretation to be given to social rights. I believe, however, that a liberal construction of the procedure applicable to social rights claims is also warranted when failure to do so would defeat the claims and the objectives of the social legislation.

[19] The *Oliveira* decision was based on the rationale elaborated in the *Peplinski* decision. In that latter case, the Federal Court concluded that, since there were no new facts which would warrant a reconsideration of the original decision, no fresh decision could be said to have been rendered and, therefore, no right of appeal to the PAB existed: see *Peplinski*, at pages 226-227. The right of appeal would exist if there were a finding of new facts resulting in a fresh decision rendered under subsection 84(2) pursuant to a reconsideration of the original decision. What was in issue in *Peplinski* was a decision of the Minister. Our Court in *Oliveira* applied the same reasoning to a reconsideration decision made by a Review Tribunal.

[20] With respect, I think that this conclusion does not reflect both the factual and legal reality. When a Review Tribunal, or for that matter the Minister, dismisses a demand under subsection 84(2) to rescind an earlier decision, it both legally and factually renders a decision. There is in such a case no less a decision rendered than if it decides to allow the demand and proceeds to rescind or vary its earlier decision. The decision to dismiss the demand to rescind or vary is a decision made under

l'issue de la demande, peut faire appel de la décision de la Cour fédérale devant notre Cour. Beaucoup de temps s'écoule ainsi, tandis que la question centrale de l'invalidité du demandeur de prestations reste en suspens.

[18] Cette situation n'est guère conforme au principe voulant qu'il convienne de donner une interprétation libérale aux lois dites « sociales » et « que les lois conférant des avantages doivent être interprétées de façon libérale et généreuse »; voir *Kent c. Canada (Procureur général)*, au paragraphe 35, où l'on applique *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au paragraphe 27. Il est vrai que ces observations concernaient l'interprétation à donner aux droits sociaux, mais il me paraît qu'une interprétation libérale de la procédure de revendication des droits sociaux se justifie aussi lorsque l'attitude opposée irait à l'encontre des objectifs de cette procédure et de la législation qui l'a instituée.

[19] L'arrêt *Oliveira* se fondait sur les principes élaborés dans la décision *Peplinski*. Par cette dernière, la Cour fédérale a conclu que, comme n'avaient pas été présentés de faits nouveaux qui eussent justifié le réexamen de la première décision du ministre, celui-ci n'avait pas rendu de nouvelle décision, de sorte qu'il n'y avait pas droit d'appel devant la CAP; voir *Peplinski*, aux pages 226 et 227. Il n'y aurait eu droit d'appel que si l'on avait constaté l'existence de faits nouveaux qui eussent donné lieu à une nouvelle décision sous le régime du paragraphe 84(2), après réexamen de la première décision. C'est une décision du ministre qui était en litige dans *Peplinski*. Notre Cour a appliqué dans l'arrêt *Oliveira* le même raisonnement à une décision de réexamen rendue par un tribunal de révision.

[20] À mon humble avis, cette conclusion n'est pas conforme à la réalité des faits ni à celle du droit. Lorsqu'un tribunal de révision—ou d'ailleurs le ministre—rejette sous le régime du paragraphe 84(2) une demande d'annulation d'une décision antérieure, il rend une décision, aussi bien en droit que dans les faits. Une décision est bel et bien rendue dans ce cas, tout autant que s'il décide d'accueillir la demande et, ensuite, annule ou modifie sa décision antérieure. La décision de

subsection 84(2). Subsection 83(1) clearly gives in this case a right of appeal to the PAB when it states that a party, dissatisfied with a decision of a Review Tribunal made under subsection 84(2), may apply for leave to appeal that decision to the PAB. It does not matter whether the Review Tribunal accepts the demand for reconsideration and proceeds to rescind its earlier decision on the basis that there is new material evidence, or refuses the demand for reconsideration because there is no new evidence or there is new evidence which is not material and maintains its earlier decision. In both cases, a decision is rendered under subsection 84(2) and, I believe, is appealable.

THE *KENT* SCENARIO

[21] The *Kent* scenario refers to the opposite situation: the Review Tribunal makes a positive finding, i.e. that there is new evidence and, on that basis, reviews the applicant's claim of disability.

[22] Our Court in *Kent* acknowledged the controversy about the correct procedure for challenging a decision of a Review Tribunal as to whether there are new facts: see *Kent*, at paragraph 28. It then proceeded to apply to the facts of the case the same reasoning as in *Oliveira* and *Peplinski*. Positive findings, just like negative findings, on the issue of new evidence could not be reviewed by the PAB. Challenges to positive findings would have to be brought by the Minister to the Federal Court by way of judicial review.

[23] Again, the issue of a claimant's disability is put on hold while the process is diverted to the Federal Court and ultimately our Court. Again, the impecunious citizen has to defend himself in a judicial context.

rejeter la demande d'annulation ou de modification est une décision rendue sous le régime du paragraphe 84(2). Le paragraphe 83(1) confère sans ambiguïté dans ce cas un droit d'appel devant la CAP; il dispose en effet que la personne qui se croit lésée par une décision du tribunal de révision rendue en application du paragraphe 84(2) peut présenter une demande afin d'obtenir la permission d'interjeter un appel de la décision du tribunal de révision (*that decision*) auprès de la CAP. Peu importe que le tribunal de révision accueille la demande de réexamen et annule sa décision antérieure au motif qu'il est saisi de nouveaux éléments de preuve substantiels, ou au contraire rejette cette demande au motif de l'absence de faits nouveaux ou du caractère non substantiel des nouveaux éléments produits et maintienne sa décision antérieure. Dans les deux cas, une décision est rendue en application du paragraphe 84(2), et cette décision est, à mon sens, susceptible d'appel.

LA SITUATION DU TYPE *KENT*

[21] La situation examinée dans *Kent* illustre le cas opposé : le tribunal de révision rend une décision positive, c'est-à-dire conclut à la communication de faits nouveaux et, sur ce fondement, réexamine la demande de prestations.

[22] Notre Cour a constaté dans *Kent* l'existence d'un débat sur la procédure à suivre pour contester une décision du tribunal de révision portant sur la présence ou l'absence de faits nouveaux; voir *Kent*, au paragraphe 28. Elle a ensuite appliqué aux faits de l'espèce le même raisonnement que celui d'*Oliveira* et de *Peplinski*. Selon elle, la CAP ne pouvait contrôler les conclusions positives, pas plus que les conclusions négatives, sur la question des faits nouveaux. Le ministre devait contester les conclusions positives devant la Cour fédérale par la voie d'une demande de contrôle judiciaire.

[23] Là encore, la question de l'invalidité du demandeur de prestations reste en suspens tandis que la procédure est déviée vers la Cour fédérale, puis, le cas échéant, vers notre Cour. Une fois encore, le citoyen aux ressources limitées doit se défendre dans un contexte judiciaire.

THE *LANDRY* SCENARIO

[24] As if the matter was not sufficiently complicated, the *Landry* case involved a mixed scenario: the Review Tribunal found that some alleged facts constituted new evidence, but others did not.

[25] As a result of the *Oliveira* and the *Kent* decisions, the Minister would seek judicial review in the Federal Court of the positive finding while the disability claimant would also apply for judicial review of the negative finding in the Federal Court. A motion would then have to be made to merge the two applications into a single file and hearing.

[26] Even if the Minister decided not to challenge the positive finding, the claimant would still have to go to the Federal Court to seek a reversal of the negative finding. In *Landry*, this Court described in these terms, at paragraph 9 of the reasons for judgment, the peculiarity, not to say the absurdity, of the legal situation:

Moreover, with respect to the facts that were presented to the Tribunal but were rejected by it, in purely practical terms, the Board must be able to review the Tribunal's refusal to consider those facts to be new facts. If this were otherwise, it would mean that to challenge that refusal, the aggrieved party would have to apply to the Federal Court to have that aspect of the decision reviewed, when an appeal is properly pending before the Board in respect of the facts that were accepted as new facts. The result, in operational terms and in terms of time and judicial economy, would be a pointless and potentially prejudicial splitting of the proceedings. For example, the appeal to the Board would have to be stayed while waiting for the Federal Court to rule on the case submitted to that Court regarding the existence of new facts, because the Federal Court's decision could have an impact on the Board's decision.

[27] Furthermore, the PAB is also given by subsection 84(2) the power to review its previous decisions on the basis of new evidence submitted by a claimant. It therefore possesses and develops an expertise in the assessment of new medical evidence submitted in support of a disability claim. Why should the PAB then

LA SITUATION DU TYPE *LANDRY*

[24] Comme si les choses n'étaient pas déjà suffisamment compliquées, l'affaire *Landry* vient illustrer le cas mixte où le tribunal de révision conclut que certains éléments de preuve constituent des faits nouveaux, et d'autres non.

[25] Si l'on suivait ici les arrêts *Oliveira* et *Kent*, le ministre devrait demander à la Cour fédérale le contrôle judiciaire de la conclusion positive, tandis que le demandeur de prestations d'invalidité devrait former lui aussi une demande de contrôle judiciaire devant la même Cour, mais visant la conclusion négative. Il faudrait ensuite que soit présentée une requête tendant à faire réunir les deux demandes en un seul dossier afin qu'elles soient instruites conjointement.

[26] Même si le ministre décidait de ne pas contester la conclusion positive, le demandeur de prestations n'en devrait pas moins s'adresser à la Cour fédérale pour solliciter l'infirmité de la conclusion négative. Notre Cour a décrit dans les termes suivants, au paragraphe 9 de l'exposé des motifs de l'arrêt *Landry*, la bizarrerie, pour ne pas dire l'absurdité, de cette situation juridique :

En outre, en ce qui concerne les faits qui furent présentés au Tribunal mais rejetés par celui-ci, sur le plan purement pratique, la Commission doit pouvoir réviser le refus par le Tribunal de considérer comme nouveaux ces faits. Autrement, cela signifie qu'à l'égard de ce refus, la partie lésée devrait s'adresser à la Cour fédérale pour faire réviser cet aspect de la décision alors qu'un appel de cette décision est valablement formé devant la Commission en rapport avec les faits qui furent acceptés comme nouveaux. Il en résulterait, au plan opérationnel ainsi qu'au niveau des délais et de l'économie judiciaire, une division inutile et préjudiciable du litige. Par exemple, l'appel à la Commission devrait être suspendu en attendant que la Cour fédérale se prononce sur les allégations de faits nouveaux dont elle est saisie, la décision de la Cour fédérale pouvant avoir un impact sur celle de la Commission.

[27] En outre, le paragraphe 84(2) confère aussi à la CAP le pouvoir de réexaminer ses propres décisions sur la base de faits nouveaux communiqués par le demandeur de prestations. Par conséquent, la CAP possède et développe ainsi une expertise dans l'appréciation des nouveaux éléments de preuve

be deprived of the power to review on appeal a decision of a Review Tribunal pertaining to new evidence when it can determine the issue of new evidence when reconsidering its own previous decisions? As we shall see, I cannot find a valid reason both legally and practically for denying this power to the PAB. This brings me to a reconsideration of the *Oliveira* and *Kent* decisions.

A RECONSIDERATION OF THE *OLIVEIRA* AND *KENT* DECISIONS

The legislative intent in subsections 83(1) and 84(1)

[28] I shall begin with a reference to subsection 84(1) which makes the decision of a Review Tribunal final and binding for all purposes of this Act, except as provided in this Act. By contrast, the PAB's decisions are also final and binding for all purposes of this Act, except, however, for judicial review under the *Federal Courts Act* [R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)].

[29] Parliament has made it clear in subsections 83(1) and 84(1) of the CPP that the review of a decision of a Review Tribunal is exclusively by way of appeal to the PAB within the time frame therein provided. On the other hand, decisions of the PAB are challenged by way of judicial review before this Court. The French text of subsection 84(1), by using the words "*sauf contrôle judiciaire dont elle peut faire l'objet*" [underlining added], leaves no ambiguity as to which of the PAB or the Review Tribunal is subject to judicial review.

[30] By making the reconsideration decisions of the Review Tribunal on the issue of new evidence subject to judicial review before the Federal Court, the decisions in *Peplinski*, *Oliveira* and *Kent* run contrary to the clear and unambiguous text of both subsections 83(1) and 84(1) and the legislative intent.

médicale présentés à l'appui d'une demande de prestations d'invalidité. Pourquoi devrait-on alors refuser à la CAP le pouvoir de contrôler en appel la décision d'un tribunal de révision sur la question des faits nouveaux, alors qu'elle est habilitée à décider cette question lorsqu'elle réexamine ses propres décisions? Comme il apparaîtra plus loin, je ne vois aucune raison valable, ni en droit ni du point de vue pratique, de ne pas reconnaître ce pouvoir à la CAP. Je me trouve ainsi amené à réexaminer les arrêts *Oliveira* et *Kent*.

RÉEXAMEN DES ARRÊTS *OLIVEIRA* ET *KENT*

L'intention du législateur dans les paragraphes 83(1) et 84(1)

[28] Le paragraphe 84(1), rappellerai-je d'abord, dispose que la décision du tribunal de révision, sauf disposition contraire du RPC, est définitive et obligatoire pour l'application de celui-ci. Quant à la décision de la CAP, elle est aussi définitive et obligatoire pour l'application du RPC, mais sous réserve du contrôle judiciaire dont elle peut faire l'objet aux termes 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)].

[29] Le législateur dit explicitement aux paragraphes 83(1) et 84(1) du RPC que la décision du tribunal de révision ne peut être contrôlée que par la voie d'un appel devant la CAP, interjeté dans le délai prescrit. La décision de la CAP, elle, peut être contestée par le dépôt d'une demande de contrôle judiciaire devant notre Cour. Le texte français du paragraphe 84(1), par les termes « *sauf contrôle judiciaire dont elle peut faire l'objet* » [soulignement ajouté], ne laisse aucune ambiguïté touchant le point de savoir laquelle des deux instances, la CAP ou le tribunal de révision, relève du contrôle judiciaire.

[30] En posant que les décisions de réexamen du tribunal de révision sur la question des faits nouveaux sont contestables par voie de demande de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale, la décision *Peplinski*, ainsi que les arrêts *Oliveira* et *Kent*, vont à l'encontre du libellé clair et sans équivoque des paragraphes 83(1) et 84(1), ainsi que de l'intention du législateur.

The legislative intent in subsection 83(11)

[31] Furthermore, none of the *Peplinski*, *Oliveira*, *Fleming*, *Richard* and *Kent* decisions considered or referred to the powers conferred upon the PAB by subsection 83(11) when sitting on appeal of a Review Tribunal's decision made under section 82 [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 45; S.C. 1995, c. 33, s. 35; 2000, c. 12, ss. 60, 64(k)] or subsection 84(2). The PAB "may take any action in relation thereto that might have been taken by the Review Tribunal under section 82 or subsection 84(2)." If the Review Tribunal erroneously found that the new facts submitted constituted new evidence, the PAB is, on an appeal from a Review Tribunal's decision rendered pursuant to subsection 84(2), given the authority by subsection 83(11) to take the proper action that the Review Tribunal might have taken and find that the evidence is not new evidence.

[32] In my respectful view, the PAB possesses under subsection 83(11), on appeal of a reconsideration decision rendered by a Review Tribunal pursuant to subsection 84(2), the power to review the Tribunal's decision relating to the issue of new evidence, whether the Tribunal's decision in this regard is a positive or a negative one.

[33] I should add that our Court, in *Kent*, understood the rationale for the *Peplinski*, *Oliveira*, *Fleming* and *Richard* decisions to be that "the jurisdiction of the Pension Appeals Board is limited to appeals of decisions of the Review Tribunal on the merits, either in the first instance or upon a subsection 84(2) reconsideration": see *Kent*, at paragraph 28. The *Peplinski* decision from which the *Oliveira*, *Fleming* and *Richard* decisions originated was based, as previously mentioned, on the misunderstanding that there was no fresh decision when the finding on reconsideration was that the proffered evidence was not new. There was no mention in the *Peplinski* case that the jurisdiction of the PAB was limited to appeals of decisions of the Review Tribunal on the merits. Had subsection 83(11) been brought to the attention of our Court in *Kent* and considered by it in conjunction with subsections 83(1) and 84(1), I am

L'intention du législateur dans le paragraphe 83(11)

[31] En outre, ni la décision *Peplinski*, ni les arrêts *Oliveira*, *Fleming*, *Richard* ou *Kent*, n'examinent ou ne mentionnent les pouvoirs que le paragraphe 83(11) confère à la CAP siégeant en appel d'une décision rendue par le tribunal de révision sous le régime de l'article 82 [mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 30, art. 45; L.C. 1995, ch. 33, art. 35; 2000, ch. 12, art. 60, 64(k)] ou du paragraphe 84(2). La CAP « peut, à cet égard, prendre toute mesure que le tribunal de révision aurait pu prendre en application de ces dispositions ». Si le tribunal de révision s'est trompé en concluant que les nouveaux éléments de preuve produits constituaient des faits nouveaux, la CAP, saisie d'un appel contre une décision rendue par le tribunal de révision sous le régime du paragraphe 84(2), dispose en vertu du paragraphe 83(11) du pouvoir de prendre la mesure appropriée que ce tribunal aurait pu prendre et de déclarer que les éléments de preuve en question ne constituent pas des faits nouveaux

[32] À mon humble avis, le paragraphe 83(11) confère à la CAP, saisie d'un appel contre une décision de réexamen rendue par un tribunal de révision sous le régime du paragraphe 84(2), le pouvoir de contrôler la conclusion du tribunal touchant la question des faits nouveaux, que cette conclusion soit positive ou négative.

[33] Je dois ajouter que notre Cour, dans *Kent*, a interprété le principe sous-tendant *Peplinski*, *Oliveira*, *Fleming* et *Richard* comme étant que « la compétence de la Commission d'appel des pensions se limite aux appels interjetés contre les décisions au fond rendues par le tribunal de révision, soit en première instance soit après réexamen selon le paragraphe 84(2) »; voir *Kent*, au paragraphe 28. Or la décision *Peplinski*, dont sont issus les arrêts *Oliveira*, *Fleming* et *Richard*, se fondait, comme je le disais plus haut, sur le malentendu voulant qu'il n'y ait pas nouvelle décision dans le cas où il est statué au réexamen que les éléments de preuve produits ne constituent pas des faits nouveaux. Il n'est pas fait mention dans *Peplinski* du fait que la compétence de la CAP se limiterait aux appels de décisions sur le fond du tribunal de révision. Je suis convaincu que si l'on avait porté le paragraphe 83(11) à l'attention de notre Cour

satisfied that its decision would not have been the same.

[34] It should be recalled that subsection 84(1) expressly gives the PAB the authority to determine any question of law or fact as to whether any benefit is payable to a person. The materiality test applicable to alleged new evidence and the admissibility of that evidence are questions of law and mixed fact and law that must be determined in assessing “whether any benefit is payable to a person.” These questions properly belong to the PAB on appeal.

The necessity for the PAB to possess the power to review decisions of Review Tribunals on issues of new evidence

[35] The present case is a good example of the necessity for the PAB to have the power to review issues relating to new evidence. In this instance, the Review Tribunal applied a wrong materiality test to the proffered evidence.

[36] Relying on the decision of the Federal Court in *Mian v. Canada (Attorney General)* (2001), 204 F.T.R. 306 (F.C.T.D.), which cited a 1988 decision of this Court in immigration matters (*Castro v. Minister of Employment and Immigration* (1988), 5 Imm. L.R. (2d) 87 (F.C.A.)) concerning the Immigration Appeal Board’s refusal to reopen an appeal, it lowered the threshold of the materiality test to one of “a reasonable possibility as opposed to probability that [the proffered evidence] could lead the Board to change its original decision” [at paragraph 28 of *Mian*].

[37] In *Kent*, at paragraph 34, our Court concluded that the materiality test is met if the proposed new facts may reasonably be expected to affect the outcome. It wrote:

dans l’affaire *Kent* et que si elle l’y avait examiné conjointement avec les paragraphes 83(1) et 84(1), sa décision n’aurait pas été la même.

[34] Il convient de rappeler que le paragraphe 84(1) confère expressément à la CAP le pouvoir de décider des questions de droit ou de fait concernant la question de savoir si une prestation est payable à une personne. Le critère du caractère substantiel applicable aux éléments de preuve présentés comme des faits nouveaux, ainsi que l’admissibilité de ces éléments, sont des questions de droit et des questions mixtes de fait et de droit qu’il est nécessaire de trancher pour établir « si une prestation est payable à une personne ». Ces questions sont bien du ressort de la CAP sur appel.

La nécessité pour la CAP de posséder le pouvoir de contrôler les décisions des tribunaux de révision sur la question des faits nouveaux

[35] La présente affaire est un bon exemple de la nécessité pour la CAP de posséder le pouvoir de contrôler les décisions sur la question des faits nouveaux. En l’occurrence, le tribunal de révision a appliqué aux éléments de preuve produits une définition erronée du critère du caractère substantiel.

[36] Se fondant sur la décision de la Cour fédérale *Mian c. Canada (Procureur général)*, 2001 CFPI 433, où l’on citait un arrêt rendu par notre Cour en 1988 (*Castro c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*, [1988] A.C.F. n° 532 (C.A.) (QL)) sur le refus opposé par la Commission d’appel de l’immigration à une demande de réexamen d’appel, le tribunal de révision a relâché le critère du caractère substantiel en le définissant comme la « possibilité raisonnable, et non d’une probabilité [que les éléments de preuve produits] justifierait la Commission de modifier sa décision initiale » [*Mian*, au paragraphe 28].

[37] Notre Cour a conclu, au paragraphe 34 de *Kent*, que le critère du caractère substantiel est rempli si l’on peut raisonnablement croire que les faits présentés comme nouveaux auraient conduit à une décision autre :

Whether a fact was discoverable with due diligence is a question of fact. The question of materiality is a question of mixed fact and law, in the sense that it requires a provisional assessment of the importance of the proposed new facts to the merits of the claim for the disability pension. The decision of the Pension Appeals Board in *Suvajac v. Minister of Human Resources Development* (Appeal CP 20069, June 17, 2002) adopts the test from *Dormuth v. Untereiner*, [1964] S.C.R. 122, that new evidence must be practically conclusive. That test is not as stringent as it may appear. New evidence has been held to be practically conclusive if it could reasonably be expected to affect the result of the prior hearing: BC Tel v. Seabird Island Indian Band (C.A.), [2003] 1 F.C. 475. Thus, for the purposes of subsection 84(2) of the Canada Pension Plan, the materiality test is met if the proposed new facts may reasonably be expected to affect the outcome. [Emphasis added.]

This is the proper test to be applied.

[38] On the basis of an erroneous test, the Review Tribunal admitted the proffered evidence as new evidence and rescinded its previous decision. This is a significant error that needs to be corrected. The materiality test is not a mere formality that can be ignored, overlooked or bypassed. The test is there to strike a balance between, on the one hand, the need to have disability claims assessed fairly and the need, on the other hand, to secure, in the public interest, the finality and enforcement of previous decisions which are *res judicata*.

[39] While I agree with this Court's statement in *Kent*, at paragraph 35, that some flexibility is advisable in applying the test so as to balance the above-mentioned interests, the proper test cannot be improperly applied nor can an improper test be applied. The Review Tribunal's decision on the issue of new evidence is a decision under subsection 84(2) which is part and parcel of the ultimate decision on a claimant's disability. The situation is not unlike that which prevails on an appeal against a verdict or judgment. The appeal court will address any contention that evidence has been improperly admitted and that that evidence had a

La question de savoir si un fait pouvait être découvert moyennant une diligence raisonnable est une question de fait. La question du caractère substantiel est une question mixte de droit et de fait, en ce sens qu'elle requiert une évaluation provisoire de l'importance des présumés faits nouveaux pour le fond de la demande de pension d'invalidité. La décision rendue par la Commission d'appel des pensions dans l'affaire *Suvajac c. Ministre du Développement des ressources humaines* (appel CP 20069, 17 juin 2002) adopte le critère exposé dans l'arrêt *Dormuth c. Untereiner*, [1964] R.C.S. 122. Selon ce critère, les preuves nouvelles doivent être pour ainsi dire déterminantes. Ce critère n'est pas aussi rigoureux qu'il peut le paraître. Les preuves nouvelles sont considérées comme des preuves pour ainsi dire déterminantes si l'on peut raisonnablement croire qu'elles auraient modifié l'issue de la procédure antérieure : BC Tel c. Bande indienne de Seabird Island (C.A.), [2003] 1 C.F. 475. Ainsi, pour l'application du paragraphe 84(2) du Régime de pensions du Canada, les faits nouveaux qui sont avancés sont substantiels si l'on peut raisonnablement croire qu'ils auraient conduit à une décision autre. [Non souligné dans l'original.]

C'est là le critère qu'il convient d'appliquer.

[38] En se fondant sur une définition erronée du critère applicable, le tribunal de révision a admis les éléments de preuve produits en tant que faits nouveaux et a annulé sa décision antérieure. C'est là une erreur importante qui doit être corrigée. L'application du critère du caractère substantiel n'est pas une simple formalité qu'on pourrait négliger ou contourner. Ce critère a pour objet de permettre de trouver un équilibre entre la nécessité d'un examen équitable des demandes de prestations d'invalidité et celle d'assurer dans l'intérêt public le caractère définitif et l'exécution des décisions antérieures qui ont autorité de chose jugée.

[39] Si je souscris à l'idée exposée par notre Cour au paragraphe 35 de *Kent*, selon laquelle il convient de faire preuve d'une certaine souplesse dans l'application du critère de manière à trouver le juste milieu entre les intérêts susdits, il n'est cependant pas permis de l'appliquer irrégulièrement ni d'en appliquer une définition inexacte. La décision que rend le tribunal de révision sur la question des faits nouveaux relève du paragraphe 84(2) et fait partie intégrante de la décision qui sera en fin de compte rendue sur l'invalidité du demandeur de prestations. Cette situation ressemble assez au cas d'un appel interjeté contre un verdict ou un

material impact on the verdict or judgment on appeal. In my respectful view, the PAB is in a similar position.

The purpose and objective of the CPP

[40] The full title of the Act is *An Act to establish a comprehensive program of old age pensions and supplementary benefits in Canada payable to and in respect of contributors*. To that end, the CPP contains adjudicative and review mechanisms and a process designed to provide an easy, flexible and affordable access to these mechanisms. An ultimate but limited access to the Federal Court of Appeal by way of judicial review ensures that the process will remain, to the benefits of the parties to a claim, within the boundaries of legality. In other words, the Federal Court of Appeal acts as a watchdog of the lawfulness of the process.

[41] It is interesting to note that Parliament has limited the control of the PAB's decision to one of legality, excluding a review of the merits of their decisions. It is also interesting to note that this judicial control function was conferred to the Federal Court of Appeal: see section 28 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8; 2002, c. 8, s. 35] of the *Federal Courts Act*.

[42] As previously mentioned, subsection 84(1) ensured that all questions of fact and law pertaining to the question of whether a benefit is payable to a person would be determined by the Review Tribunal and, on appeal, by the PAB. I do not think that Parliament envisaged a split of the process between the Federal Court, the Federal Court of Appeal and the adjudicative mechanisms which it put in place and which it invested with broad powers to determine the merits of claims along with all the factual and legal questions that inevitably accompany these claims.

[43] In a nutshell, sending the parties to the Federal Court to have the correctness of a legal ruling made by

jugement. La cour d'appel examine dans ce contexte toutes prétentions voulant que des éléments de preuve aient été irrégulièrement admis et que ces éléments aient influé dans une mesure notable sur le verdict ou le jugement frappé d'appel. À mon humble avis, la CAP se trouve dans une position analogue.

L'objet du RPC

[40] L'intitulé complet du RPC est *Loi instituant au Canada un régime général de pensions de vieillesse et de prestations supplémentaires payables aux cotisants et à leur égard*. Pour remplir l'objet ainsi formulé, le RPC prévoit des mécanismes juridictionnels et de révision, ainsi qu'une procédure visant à donner accès à ces mécanismes, qui se veut facile, souple et peu onéreuse. La possibilité restreinte de recourir en dernier ressort à la Cour d'appel fédérale par voie de demande de contrôle judiciaire garantit que cette procédure restera, pour le bien des parties, dans les limites de la légalité. Autrement dit, la Cour d'appel fédérale joue le rôle de gardienne de la légalité de la procédure.

[41] Il est intéressant de noter que le législateur a limité le contrôle des décisions de la CAP à la question de leur légalité, excluant leur révision sur le fond. Il est également intéressant d'observer que c'est à la Cour d'appel fédérale qu'a été conférée cette fonction de contrôle judiciaire; voir l'article 28 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8; 2002, ch. 8, art. 35] de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[42] Comme je le disais plus haut, le paragraphe 84(1) visait à faire en sorte que toutes les questions de droit ou de fait concernant le point de savoir si une prestation est payable à une personne soient décidées par un tribunal de révision et, sur appel, par la CAP. Je ne pense pas que le législateur ait prévu une division de la procédure entre la Cour fédérale, la Cour d'appel fédérale et les mécanismes juridictionnels qu'il a mis en place et qu'il a investis de pouvoirs étendus les autorisant à rendre des décisions sur le fond des demandes de prestation, ainsi qu'à trancher toutes les questions de droit ou de fait que ces demandes soulèvent inévitablement.

[43] Bref, l'idée qu'on devrait adresser les parties à la Cour fédérale pour faire contrôler la justesse d'une

a Review Tribunal reviewed on an application for reconsideration pursuant to subsection 84(2) does not find support in the statutory provisions enacted by Parliament. Moreover, it defeats the legislative purpose and objective of the CPP because the unnecessary diversion is costly and the claimant, whether he is the applicant or the defendant in the Federal Court proceedings, always stands at the losing end of this process: he bears his own costs of the proceedings, and possibly those of the winning party if he loses, and, in the meantime, the adjudication on the merits of his disability claim is long delayed. The diversion puts an unnecessary and unwarranted constraint on the fairness and efficiency of the adjudicative process put in place by Parliament.

WHETHER THE PAB APPLIED THE CORRECT MATERIALITY TEST TO THE PROFFERED NEW EVIDENCE

[44] In my summary of the PAB's decision, I have mentioned that the PAB concluded that the Review Tribunal applied the wrong materiality test when it relied on a reasonable possibility as opposed to probability that the proffered evidence could lead it to change its original decision. While the word "reasonable" is a welcome qualifier of the word "possibility," it is not sufficient, however, to lift the test out of the realm of possibility. The PAB, in my view, rightly concluded that a wrong test had been applied.

[45] I have already mentioned in these reasons the materiality test formulated by this Court in the *Kent* decision. At paragraph 34 of that decision, our Court ruled that, for the purposes of subsection 84(2) of the CPP, the materiality test is met if the proposed new facts may reasonably be expected to affect the outcome: see also *Chippewas of Nawash First Nation v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, 2002 FCA 22.

décision rendue par un tribunal de révision sur une demande de réexamen qui relève du paragraphe 84(2) ne paraît pas conforme aux dispositions législatives adoptées par le Parlement. En outre, elle va à l'encontre de l'objet du RPC, étant donné que ce détour inutile est onéreux et que le demandeur de prestations, qu'il soit demandeur ou défendeur devant la Cour fédérale, ne peut qu'y perdre : il doit assumer ses propres dépens et risque de supporter aussi ceux de la partie adverse s'il succombe, tandis que l'examen sur le fond de sa demande de prestations d'invalidité se trouve considérablement retardé. Ce détour par la Cour fédérale limite inutilement et sans justification l'équité et l'efficacité du processus juridictionnel mis en place par le législateur.

LE POINT DE SAVOIR SI LA CAP A APPLIQUÉ LA DÉFINITION CORRECTE DU CRITÈRE DU CARACTÈRE SUBSTANTIEL AUX ÉLÉMENTS DE PREUVE PRÉSENTÉS COMME DES FAITS NOUVEAUX

[44] Comme je le disais dans mon résumé de la décision de la CAP, cette dernière a conclu que le tribunal de révision avait appliqué une définition erronée du critère du caractère substantiel en se fondant sur la possibilité raisonnable, plutôt que sur la probabilité, que les éléments de preuve produits l'amènent à rendre une décision différente de la première. Si l'épithète « raisonnable » apporte une nuance heureuse au terme « possibilité », elle ne suffit pourtant pas à faire passer la définition du critère au-delà du domaine de la possibilité. La CAP a eu raison, à mon sens, de conclure que le tribunal de révision avait appliqué une définition erronée du critère.

[45] J'ai rappelé plus haut la définition du critère du caractère substantiel formulée par notre Cour dans l'arrêt *Kent*. Au paragraphe 34 de cet arrêt, notre Cour a statué que, pour l'application du paragraphe 84(2) du RPC, le critère du caractère substantiel est rempli si l'on peut raisonnablement croire que les faits présentés comme nouveaux auraient conduit à une décision autre; voir aussi *Première nation des Chippewas de Nawash c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, 2002 CAF 22.

WHETHER THE PAB ERRED IN APPLYING THE
CORRECT MATERIALITY TEST

[46] The alleged new evidence consisted of medical reports. Both the Review Tribunal on reconsideration and the PAB found that all this allegedly new evidence existed prior to the hearing of the Review Tribunal on March 25, 1998. Contrary to the Review Tribunal, the PAB found that these reports could have been obtained by reasonable diligence: they were in the possession of the applicant's lawyer who represented him pursuant to a motor vehicle accident in which he was involved on March 31, 1997.

[47] The PAB deplored that no explanation was given by affidavit evidence as to why the applicant, according to what he said, was not aware of the reports in his own lawyer's office.

[48] It was open to the PAB on the facts before it to conclude that the applicant had failed to satisfy his onus of demonstrating that he exercised due diligence to discover the medical reports in question.

[49] It was also open to the Board to conclude that the applicant, who said that he relied upon the persons representing him, was bound by the actions of his agents.

[50] Counsel for the applicant submits that the PAB failed to consider all the reports and limited its review to only three. In so doing, he said, the Board erred. I think that counsel's submission cannot succeed.

[51] There were two aspects to the Review Tribunal's decision. First, the Tribunal concluded that all medical reports were in possession of the applicant's counsel. However, it did not conclude that the applicant would have been aware of them. Therefore, the Tribunal considered them to be all new evidence.

LE POINT DE SAVOIR SI LA CAP A COMMIS UNE
ERREUR D'APPLICATION DU CRITÈRE DU
CARACTÈRE SUBSTANTIEL CORRECTEMENT
DÉFINI

[46] Les éléments de preuve présentés comme des faits nouveaux consistaient en des rapports médicaux. Le tribunal de révision (dans le cadre du réexamen) aussi bien que la CAP ont conclu que ces éléments existaient avant l'audience du tribunal de révision en date du 25 mars 1998. Cependant, contrairement au tribunal de révision, la CAP a aussi conclu que le demandeur aurait pu obtenir ces rapports en faisant preuve de diligence raisonnable : ils se trouvaient en la possession de l'avocat qu'il avait engagé relativement à un accident de la route survenu le 31 mars 1997.

[47] La CAP a exprimé le regret que le demandeur n'ait pas expliqué, par voie d'affidavit, pourquoi il n'avait pas eu connaissance, selon ses dires, de rapports qui se trouvaient au bureau de son propre avocat.

[48] Il était loisible à la CAP de conclure, sur le fondement des faits dont elle était saisie, que le demandeur ne s'était pas acquitté de la charge pesant sur lui de prouver qu'il avait fait preuve de diligence raisonnable pour découvrir les rapports médicaux en question.

[49] Il était également permis à la CAP de conclure que le demandeur, qui avait argué du fait qu'il s'était fié à ses mandataires, était lié par leurs actes.

[50] L'avocat du demandeur fait valoir que la CAP n'a pas pris en considération la totalité des rapports en question et a limité son examen à trois d'entre eux. La CAP, soutient-il, a ainsi commis une erreur. Ce moyen du demandeur ne peut à mon sens être accueilli.

[51] La décision du tribunal de révision comportait deux aspects. Premièrement, il a conclu que tous les rapports médicaux se trouvaient en la possession de l'avocat du demandeur. Cependant, il n'a pas conclu que le demandeur était censé en avoir eu connaissance. Par conséquent, il a considéré tous ces rapports comme constituant des faits nouveaux.

[52] Second, the Tribunal looked at all the reports and singled out three of them to which it applied an erroneous materiality test.

[53] The PAB reviewed the materiality test applied by the Tribunal to these three reports to point out the error made by the Tribunal. In addition, it ruled that all the medical reports which were in the hands of applicant's counsel were not new evidence because the applicant failed to demonstrate that he exercised due diligence to discover them. Therefore, there was no failure on the part of the PAB to consider all reports for the purpose of determining whether they constituted new evidence under subsection 84(2) of the CPP.

CONCLUSION

[54] In order to dissipate the uncertainty that has prevailed with respect to demands for reconsideration under subsection 84(2) of the CPP made on the basis of new evidence, I believe that I should summarize my findings. They are as follows:

(a) the decisions in *Peplinski, Oliveira, Fleming, Richard* and *Kent* which sent litigants to the Federal Court of Canada to have reviewed by way of judicial review a Review Tribunal's positive or negative determination of proffered new evidence are no longer good law;

(b) these positive or negative determinations are appealable to the PAB pursuant to the procedure set out in subsection 83(1) of the CPP;

(c) the PAB possesses the power under subsections 83(1), 83(11) and 84(1) to review the correctness of these determinations; and

(d) the materiality test for the purpose of subsection 84(2) of the CPP is met if the proposed new facts may reasonably be expected to affect the outcome.

[52] Deuxièmement, le tribunal de révision a examiné tous les rapports et en a retenu trois, auxquels il a appliqué une définition erronée du critère du caractère substantiel.

[53] La CAP a examiné la définition du caractère substantiel appliquée par le tribunal de révision à ces trois rapports pour relever l'erreur commise par ce dernier. En outre, elle a statué que tous les rapports médicaux qui se trouvaient en la possession de l'avocat du demandeur échappaient à la définition des faits nouveaux, au motif que le demandeur n'avait pas établi qu'il avait fait preuve de diligence raisonnable pour les découvrir. Par conséquent, la CAP n'a pas omis de prendre en considération la totalité des rapports aux fins d'établir s'ils constituaient des faits nouveaux sous le régime du paragraphe 84(2) du RPC.

CONCLUSION

[54] Il me paraît utile de récapituler mes conclusions afin de dissiper l'incertitude dont font l'objet les demandes de réexamen sur la base de faits nouveaux relevant du paragraphe 84(2) du RPC. Ces conclusions sont les suivantes :

a) la décision *Peplinski* et les arrêts *Oliveira, Fleming, Richard* et *Kent*, qui adressaient les plaideurs à la Cour fédérale du Canada pour y faire contrôler, par voie de demande de contrôle judiciaire, la décision positive ou négative d'un tribunal de révision sur la question des faits nouveaux, ne font plus jurisprudence;

b) cette décision positive ou négative est susceptible d'appel devant la CAP, selon la procédure prévue au paragraphe 83(1) du RPC;

c) les paragraphes 83(1), 83(11) et 84(1) du RPC confèrent à la CAP le pouvoir de contrôler la justesse de cette décision positive ou négative;

d) le critère du caractère substantiel, pour l'application du paragraphe 84(2) du RPC, se trouve rempli si l'on peut raisonnablement croire que les faits présentés comme nouveaux auraient conduit à une décision autre.

[55] For these reasons, I would dismiss the application for judicial review without costs.

LINDEN J.A.: I agree.

SEXTON J.A.: I agree.

[55] Pour ces motifs, je rejetterais la demande de contrôle judiciaire, sans adjuger de dépens.

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

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

T-1667-06
2007 FC 1142

T-1667-06
2007 CF 1142

DBC Marine Safety Systems Ltd. (Applicant)

DBC Marine Safety Systems Ltd. (demanderesse)

v.

c.

The Commissioner of Patents and The Attorney General of Canada (Respondents)

La commissaire aux brevets et le procureur général du Canada (défendeurs)

INDEXED AS: DBC MARINE SAFETY SYSTEMS LTD. v. CANADA (COMMISSIONER OF PATENTS) (F.C.)

RÉPERTORIÉ : DBC MARINE SAFETY SYSTEMS LTD. c. CANADA (COMMISSAIRE AUX BREVETS) (C.F.)

Federal Court, Mosley J.—Ottawa, September 24; November 5, 2007.

Cour fédérale, juge Mosley—Ottawa, 24 septembre; 5 novembre 2007.

Patents — Practice — Judicial review of notice of abandonment issued by Office of Commissioner of Patents for failure to respond to examiner's requisition by prescribed deadline — Written reply to each requisition within six months required to avoid multiple abandonments under Patent Act, s. 73(1)(a) — S. 73(1)(a) providing application deemed abandoned if applicant not replying "in good faith" to "any requisition" within prescribed period — Patent agent inadvertently filing response to first requisition but not to second — Failure to respond to both requisitions invoking deemed abandonment of application — Patent Office's usual practice of sending courtesy communication when application in default not followed — (1) Commissioner of Patents having no inherent jurisdiction to relieve against applicant's inadvertent errors, omissions — Effects of statutory regime cannot be waived by administrative body, Court — Act not allowing for any "good faith" exception to requirements of Act, s. 73(1)(a) where failure to respond to requisition within time frame provided — Patent application abandoned as matter of law; Court unable to provide remedy — (2) Applicant not denied procedural fairness when Patent Office failed to provide timely notice of abandonment — Commissioner having no duty to provide notice to applicant even where Commissioner's office previously followed general practice of delivering timely notice when initial deadline to comply with obligations missed — Commissioner's failure cannot relieve applicant of legislated obligations, allow applicant to avoid legal consequences of failure to satisfy obligations — Application dismissed.

Brevets — Pratique — Contrôle judiciaire d'un avis d'abandon expédié par le Bureau du commissaire aux brevets pour défaut de répondre dans le délai prescrit à une demande formulée par l'examineur — Afin d'éviter les abandons multiples en vertu de l'art. 73(1)a de la Loi sur les brevets, une réponse écrite à chacune des demandes devait être reçue dans les six mois — L'art. 73(1)a précise qu'une demande est considérée comme abandonnée si le demandeur omet de répondre « de bonne foi » à « toute demande » dans le délai prescrit — L'agent de brevets a répondu à la première demande, mais pas à la deuxième par inadvertance — L'omission de répondre aux deux demandes a eu pour effet le déclenchement de l'abandon présumé de la demande — La pratique habituelle du Bureau des brevets d'envoyer une lettre de courtoisie lorsqu'une demande de renseignements est en défaut n'a pas été suivie — 1) Le commissaire aux brevets ne possède aucune compétence inhérente de remédier aux erreurs que le demandeur commet par inadvertance ou par omission — Les effets du régime législatif ne peuvent pas être supprimés par l'organisme administratif ou par la Cour — La loi ne prévoit aucune exception de « bonne foi » aux exigences prévues à l'art. 73(1)a de la Loi lorsqu'il y a eu omission de répondre à une demande dans le délai prescrit — La demande de brevet a été abandonnée par application de la loi et la Cour était incapable d'accorder réparation — 2) Le Bureau des brevets n'a pas manqué au principe de l'équité procédurale envers la demanderesse parce qu'il ne lui a pas expédié d'avis d'abandon en temps opportun — Le commissaire n'a pas l'obligation d'expédier un avis à un demandeur même lorsque le Bureau du commissaire a suivi la pratique générale selon laquelle il délivre un avis lorsqu'une première échéance n'est pas respectée — L'omission de la commissaire ne dégage pas la demanderesse de ses obligations prévues par la loi et ne permet pas à la demanderesse d'éviter les conséquences juridiques découlant de l'omission d'honorer ses obligations — Demande rejetée.

This was an application for judicial review of a notice issued by the office of the Commissioner of Patents declaring a patent application abandoned for failure to respond to an examiner's requisition by the prescribed deadline. The applicant filed Canadian patent application No. 2233846 in 1998. On August 10, 2004, a patent examiner wrote to the applicant notifying it of a requisition in accordance with each of section 29 and subsection 30(2) of the *Patent Rules*. A written reply to each requisition within six months was requested in order to avoid multiple abandonments under paragraph 73(1)(a) of the *Patent Act*. While that paragraph does not refer to "multiple abandonments", it states that an application shall be deemed to be abandoned for failure to reply "in good faith" to "any requisition" within the prescribed period. The use of the term "multiple abandonments" stems from a change of practice adopted by the Patent Office in 2003 such that responses which were completely silent in respect of any of the requisitions in an examiner's report would not be considered as replying in good faith to that particular requisition and that the application would be deemed to be abandoned. Three days before the deadline to reply to the requisitions, the applicant's patent agent filed a response to one requisition but not the other. Although an oversight, this failure invoked a deemed abandonment under paragraph 73(1)(a) and commenced the 12-month period for reinstatement, which expired on February 10, 2006, as prescribed in the Rules. The annual maintenance fee for the application was submitted and accepted in July 2005. Contrary to the office's customary practice of sending a courtesy communication when an application was in default, as stated in the *Manual of Patent Office Practice* (Manual), no such notice of deemed abandonment was provided to the applicant or its agent. A notice of abandonment was issued on May 8, 2006. The applicant's appeal to the Commissioner was dismissed on the ground that the Commissioner has no discretionary power to reinstate an abandoned application after the reinstatement period specified in the Rules. The issues were: (1) whether the Federal Court has jurisdiction to review a non-discretionary outcome mandated by operation of law; and (2) whether the applicant was denied procedural fairness.

Held, the application should be dismissed.

(1) The Commissioner has only the powers explicitly granted in the Act. A statutory body, such as the

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'un avis expédié par le Bureau du commissaire aux brevets par lequel celui-ci a déclaré abandonnée une demande de brevet pour défaut de répondre dans le délai prescrit à une demande formulée par l'examinateur. La demanderesse a déposé la demande de brevet canadien n° 2233846 en 1998. Le 10 août 2004, un examinateur de brevets a expédié une lettre à la demanderesse l'avisant d'une demande faite en conformité avec l'article 29 et d'une demande faite en conformité avec le paragraphe 30(2) des *Règles sur les brevets*. Afin d'éviter les abandons multiples en vertu de l'alinéa 73(1)a) de la *Loi sur les brevets*, une réponse écrite à chacune des demandes devait être reçue dans les six mois. Bien que cet alinéa ne fasse pas référence à des « abandons multiples », il précise qu'une demande de brevet est considérée comme abandonnée si le demandeur omet de répondre « de bonne foi » à « toute demande » dans le délai prescrit. L'utilisation de l'expression « abandons multiples » découle d'un changement de pratique adopté par le Bureau des brevets en 2003 suivant lequel les réponses qui ne mentionnaient absolument rien quant à l'une ou l'autre demande figurant dans un rapport d'examinateur ne seraient pas considérées comme des réponses données de bonne foi à la demande de l'examinateur et suivant lequel la demande de brevet serait considérée comme abandonnée. Trois jours avant le délai fixé pour répondre aux demandes, l'agent de brevets de la demanderesse a déposé une réponse à une demande, mais pas à l'autre. Bien qu'il s'agissait d'une omission, cet oubli a eu pour effet le déclenchement de l'abandon présumé prévu à l'alinéa 73(1)a) et le déclenchement du délai de 12 mois prévu dans les Règles quant au rétablissement de la demande de brevet; ce délai prenait fin le 10 février 2006. Le paiement des taxes périodiques quant à la demande de brevet a été effectué et accepté en juillet 2005. Contrairement à la pratique habituelle du Bureau des brevets d'envoyer une lettre de courtoisie lorsqu'une demande de renseignements est en défaut, tel que le prévoit le *Recueil des pratiques du Bureau des brevets* (le recueil), aucun avis d'abandon présumé n'a été communiqué à la demanderesse ou à son agent de brevets. Un avis d'abandon a été envoyé le 8 mai 2006. L'appel que la demanderesse a interjeté auprès de la commissaire a été rejeté au motif que la commissaire n'avait pas le pouvoir discrétionnaire de rétablir, après la période de rétablissement prévue dans les Règles, une demande abandonnée. Les questions à trancher étaient celles de savoir : 1) si la Cour fédérale a compétence pour réviser un résultat non discrétionnaire entraîné par l'application de la loi et 2) s'il y a eu atteinte au droit de la demanderesse à l'équité procédurale.

Jugement : la demande doit être rejetée.

1) Le commissaire ne détient que les pouvoirs qui lui sont expressément accordés dans la Loi. Un organisme créé par la

Commissioner of Patents, has no inherent jurisdiction to relieve against inadvertent errors or omissions such as occurred in this instance. Where a statutory regime has been expressly laid out by Parliament, without discretionary powers granted to the body overseeing the operation of the statute, the effects of that regime cannot be waived either by the administrative body or the Court. Despite the requirement set out in paragraph 73(1)(a) of the Act and the clear indication on the letter received by their agent that any lapse would result in abandonment, the applicant failed to respond to both requisitions. Replying in good faith to one requisition in a letter containing two is not the equivalent of replying in good faith to both. The statute allows for no “good faith” exception to the requirements of paragraph 73(1)(a) where there has been a failure to respond to a requisition. Also, the abandonment and reinstatement provisions of the Act do not allow for the exercise of discretion by the Commissioner but impose obligations upon the applicant that must be met. There is no decision on the Commissioner’s part in this process that affects the rights of the applicant. This lack of discretion includes the inability to set a new point to begin the period in which reinstatement can occur. Thus, where an applicant fails to respond to a requisition and the application is not reinstated within the year provided to rectify the situation, the patent application is abandoned as a matter of law and the Court is unable to provide a remedy. There is no discretionary decision which is reviewable by the Court.

(2) The applicant’s argument that it was denied procedural fairness because the Patent Office failed to provide a timely notice of abandonment was tantamount to an argument based on the principle of legitimate expectations. That doctrine applies to situations where an applicant has been led to believe that he will have a right to make representations to, or be consulted by, a government decision maker, before a particular decision is taken. However, it does not apply where an administrative body has, in its past practice, brought deficiencies in the filing process to an applicant’s attention so as to create an expectation that the Commissioner will catch each deficiency. It has been held that the Commissioner has no duty to provide notice to an applicant that an application has not been properly reinstated when the obligation to reinstate an abandoned application, by submitting certain prescribed materials and fees, is clearly placed on the applicant by the legislative scheme. The same reasoning applied herein, even where the Commissioner’s office has followed a general practice of delivering timely notice when an initial deadline

loi, comme celui auquel appartient le commissaire aux brevets, ne possède aucune compétence inhérente de remédier aux erreurs commises par inadvertance ou par omission du genre de celle qui a été commise en l’espèce. Dans le cas où le régime législatif a expressément été établi par le législateur, sans qu’aucun pouvoir discrétionnaire ne soit accordé à l’organisme chargé de l’application de la loi, les effets de ce régime ne peuvent pas être supprimés par l’organisme administratif ou par la Cour. Malgré l’exigence énoncée à l’alinéa 73(1)a) de la Loi et l’indication claire figurant sur la lettre reçue par l’agent de la demanderesse qu’une telle omission entraînerait un abandon, la demanderesse a omis de répondre aux deux demandes. Répondre de bonne foi à une demande dans le cadre d’une lettre comprenant deux demandes n’équivaut pas à répondre de bonne foi aux deux demandes. La loi ne prévoit aucune exception de « bonne foi » aux exigences prévues à l’alinéa 73(1)a) lorsqu’il y a eu omission de répondre à une demande. De même, les dispositions de la Loi quant à l’abandon et quant au rétablissement ne prévoient l’exercice d’aucun pouvoir discrétionnaire de la part du commissaire, mais elles imposent au demandeur des obligations qui doivent être satisfaites. En l’espèce, il n’y avait aucune décision de la part de la commissaire qui touchait aux droits de la demanderesse. Cette absence de pouvoir discrétionnaire comprend l’incapacité de fixer un nouveau point de départ quant au délai de rétablissement. Par conséquent, lorsqu’un demandeur de brevet ne répond pas à une demande de l’examineur et que la demande de brevet n’est pas rétablie dans le délai d’un an accordé pour corriger la situation, la demande de brevet est abandonnée par application de la loi et la Cour est incapable d’accorder réparation. Il n’existe aucune décision discrétionnaire susceptible de révision par la Cour.

2) La prétention de la demanderesse selon laquelle le Bureau des brevets a manqué au principe de l’équité procédurale envers elle parce qu’il ne lui a pas expédié d’avis d’abandon en temps opportun équivalait à un argument fondé sur le principe des attentes légitimes. Cette doctrine s’applique aux situations où un demandeur a été amené à croire qu’il aura le droit de présenter des observations à un décideur administratif ou d’être consulté par un décideur administratif avant qu’une décision particulière ne soit prise. Cependant, elle ne s’applique pas dans le cas où un organisme administratif a, par le passé, prétendument porté à l’attention d’un demandeur des manquements à la procédure de dépôt, créant ainsi l’attente que le commissaire relèvera toutes les erreurs. Il a été établi que le commissaire n’a pas l’obligation d’informer un demandeur que sa demande n’a pas été correctement rétablie s’il est clair que le cadre législatif impose au demandeur l’obligation de rétablir une demande abandonnée, et ce, en soumettant, comme il est prescrit, certains documents et en versant les taxes applicables. Le

was missed, as set out in the Manual's guidelines.

Finally, while guidelines may be legally and properly set out, they cannot confine a Commissioner's discretion. The Commissioner's failure to follow the guidelines in the Manual cannot relieve the applicant of its legislated obligations or allow the applicant to avoid the legal consequences of failing to satisfy those obligations.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).

Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 73 (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 52).

Patent Rules, SOR/96-423, ss. 29, 30 (as am. by SOR/2007-90, s. 7), 98 (as am. *idem*, s. 23).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Eiba v. Canada (Attorney General), [2004] 3 F.C.R. 416; (2004), 15 Admin. L.R. (4th) 261; 34 C.P.R. (4th) 119; 247 F.T.R. 260; 2004 FC 250.

CONSIDERED:

Pfizer Inc. v. Canada (Commissioner of Patents) (1999), 1 C.P.R. (4th) 200; 171 F.T.R. 100 (F.C.T.D.); rev'd (2000), 9 C.P.R. (4th) 13; 269 N.R. 373 (F.C.A.); *F. Hoffmann-La Roche AG v. Canada (Commissioner of Patents)*, [2004] 2 F.C.R. 405; (2003), 9 Admin. L.R. (4th) 106; 242 F.T.R. 64; 2003 FC 1381; aff'd (2005), 44 Admin. L.R. (4th) 1; 45 C.P.R. (4th) 1; 344 N.R. 202; 2005 FCA 399; *Nunavut Tunngavik Inc. v. Canada (Attorney General)* (2004), 245 F.T.R. 42; 2004 FC 85.

REFERRED TO:

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; *Anheuser-Busch, Inc. v. Carling O'Keefe Breweries of Canada Limited*, [1983] 2 F.C. 71; (1982), 142 D.L.R.

même raisonnement s'appliquait en l'espèce même si le bureau du commissaire a suivi la pratique générale du commissaire selon laquelle il délivre un avis lorsqu'une première échéance n'est pas respectée, comme le prévoit les lignes directrices du Recueil.

Enfin, bien que les lignes directrices puissent être légalement et correctement formulées, elles ne peuvent pas restreindre le pouvoir discrétionnaire du commissaire. Toute omission de la commissaire de suivre les lignes directrices du Recueil ne dégage pas la demanderesse de ses obligations prévues par la loi et ne permet pas à la demanderesse d'éviter les conséquences juridiques découlant de l'omission d'honorer ces obligations.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 73 (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 52).

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).

Règles sur les brevets, DORS/96-423, art. 29, 30 (mod. par DORS/2007-90, art. 7), 98 (mod., *idem*, art. 23).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Eiba c. Canada (Procureur général), [2004] 3 R.C.F. 416; 2004 CF 250.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Pfizer Inc. c. Canada (Commissaire aux brevets), [1999] A.C.F. n° 942 (1^{re} inst.) (QL); inf. par [2000] A.C.F. n° 1801 (C.A.) (QL); *F. Hoffmann-La Roche AG c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2004] 2 R.C.F. 405; 2003 CF 1381; conf. par 2005 CAF 399; *Nunavut Tunngavik Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 85.

DÉCISIONS CITÉES :

S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail), [2003] 1 R.C.S. 539; 2003 CSC 29; *Anheuser-Busch, Inc. c. Carling O'Keefe Breweries of Canada Limited*, [1983] 2 C.F. 71 (C.A.); *Dutch Industries Ltd. c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2003] 4 C.F. 67; 2003 CAF 121;

(3d) 548; 69 C.P.R. (2d) 136; 45 N.R. 126 (C.A.); *Dutch Industries Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents)*, [2003] 4 F.C. 67; (2003), 24 C.P.R. (4th) 157; 301 N.R. 152; 2003 FCA 121; leave to appeal to S.C.C. refused, [2003] 3 S.C.R. vi; *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170; (1990), 75 D.L.R. (4th) 385; [1991] 2 W.W.R. 145; 2 M.P.L.R. (2d) 217; 69 Man. R. (2d) 134; 46 Admin. L.R. 161; 116 N.R. 46; *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.

AUTHORS CITED

Canadian Intellectual Property Office. *Manual of Patent Office Practice*, sections 19.07.03, 20.07. The Office, 2003.

APPLICATION for judicial review of a notice of abandonment issued by the office of the Commissioner of Patents for failure to respond to an examiner's requisition by the prescribed deadline pursuant to paragraph 73(1)(a) of the *Patent Act*. Application dismissed.

APPEARANCES:

Marcus T. Gallie and Karla Baker for applicant.

Frederick B. Woyiwada for respondents.

SOLICITORS OF RECORD:

Ridout & Maybee LLP, Ottawa, for applicant.

Deputy Attorney General of Canada for respondents.

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

[1] MOSLEY J.: This is an application for judicial review of a notice issued by the office of the Commissioner of Patents declaring a patent application abandoned for failure to respond to an examiner's requisition by the prescribed deadline. The notice was issued after the reinstatement period had expired. The

autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2003] 3 R.C.S. vi; *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170; *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2.

DOCTRINE CITÉE

Office de la propriété intellectuelle du Canada. *Recueil des pratiques du Bureau des brevets*, articles 19.07.03, 20.07. Le Bureau, 2003.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'un avis d'abandon expédié par le Bureau du commissaire aux brevets par lequel celui-ci a déclaré abandonnée une demande de brevet pour défaut de répondre dans le délai prescrit à une demande formulée par l'examineur en vertu de l'alinéa 73(1)a) de la *Loi sur les brevets*. Demande rejetée.

ONT COMPARU :

Marcus T. Gallie et Karla Baker pour la demanderesse.

Frederick B. Woyiwada pour les défendeurs.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Ridout & Maybee LLP, Ottawa, pour la demanderesse.

Le sous-procureur général du Canada pour les défendeurs.

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

[1] LE JUGE MOSLEY : Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire d'un avis expédié par le bureau du commissaire aux brevets par lequel celui-ci a déclaré abandonnée une demande de brevet pour défaut de répondre dans le délai prescrit à une demande formulée par l'examineur. L'avis a été expédié après

applicant's agent erred in overlooking the requisition. The Patent Office erred in failing to follow their normal practice of providing a timely "courtesy" notice. Nonetheless, for the reasons that follow, I conclude that the application was abandoned by operation of law and that the Court is unable to provide a remedy.

BACKGROUND

[2] The relevant provisions of the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4 (the Act) and the *Patent Rules*, SOR/96-423 (the Rules) are attached as Schedule A for ease of reference.

[3] The applicant filed Canadian patent application No. 2233846 on April 2, 1998 claiming priority from a U.S. application. The matter was placed in the application queue and eventually assigned to a patent examiner who on August 10, 2004, sent a letter (called an office action) to the applicant requiring further information. That office action highlighted a number of perceived defects in the application and contained the following passage:

You are hereby notified of:

- A requisition by the Examiner in accordance with Subsection 30(2) of the *Patent Rules*;

- A requisition by the Examiner in accordance with Section 29 of the *Patent Rules*

In order to avoid **multiple abandonments** under Paragraph 73(1)(a) of the *Patent Act*, a written reply to **each requisition** must be received within 6 months after the above date. [Emphasis in original.]

[4] The requisition in relation to subsection 30(2) [of the Rules] called for amendments to the application in order to comply with the Act and the Rules, or,

l'expiration du délai de rétablissement. L'agent de la demanderesse a commis une erreur en ne tenant pas compte de la demande du Bureau des brevets. Le Bureau des brevets a commis une erreur en omettant de suivre sa pratique habituelle qui consiste à expédier un avis de « courtoisie ». Néanmoins, pour les motifs qui suivent, je conclus que la demande a été abandonnée par application de la loi et que la Cour est incapable d'accorder réparation.

L'HISTORIQUE

[2] Par souci de commodité, les dispositions pertinentes de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4 (la Loi) et des *Règles sur les brevets*, DORS/96-423 (les Règles) sont reproduites à l'annexe A.

[3] La demanderesse a déposé la demande de brevet canadien n° 2233846 le 2 avril 1998 en revendiquant la priorité en raison d'une demande déposée aux États-Unis. L'affaire a été classée parmi les autres demandes et a ultérieurement été confiée à un examinateur de brevets qui, le 10 août 2004, a expédié une lettre (appelée acte de l'office) à la demanderesse dans laquelle il lui demandait de fournir des renseignements supplémentaires. Dans cet acte de l'office, il était fait mention d'un certain nombre de présumées irrégularités figurant dans la demande de brevet et il y avait notamment le passage suivant :

[TRADUCTION]

Vous êtes par les présentes avisés des demandes suivantes :

- Une demande faite par l'examinateur en conformité avec le paragraphe 30(2) des *Règles sur les brevets*;

- Une demande faite par l'examinateur en conformité avec l'article 29 des *Règles sur les brevets*

Afin d'éviter les abandons multiples en vertu de l'alinéa 73(1)a) de la *Loi sur les brevets*, une réponse écrite à chacune des demandes doit être reçue dans les 6 mois suivant la date susmentionnée. [Souligné dans l'original.]

[4] Dans sa demande faite en vertu du paragraphe 30(2) [des Règles], l'examinateur demandait à la demanderesse de modifier sa demande de brevet afin de

arguments as to why the application did comply.

[5] Under section 29 [of the Rules] the patent examiner has the discretion to request the applicant to provide particulars of the prosecution of any foreign patent application for the same invention. The requisition in this instance called for the “identification of any prior art cited in respect of the United States and United Kingdom applications describing the same invention on behalf of the applicant, or on behalf of any other person claiming under an inventor named in the present application” or, if such particulars were not available to the applicant, the reason why was to be stated.

[6] The applicant had no connection to the U.K. application to which the requisition referred. That document had been referenced in another pending Canadian patent application for a similar invention. A statement to the effect that the applicant did not have the information would have been sufficient to dispose of that aspect of the requisition. The requisitioned information respecting the U.S. application was either already before the examiner in the application materials or was readily available to him through online access to the U.S. patent office.

[7] The six-month limitation period for replies to requisitions is set out in paragraph 73(1)(a) [as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 52] of the Act. That paragraph does not refer to “multiple abandonments” but states that an application shall be deemed to be abandoned for failure to reply “in good faith” to “any requisition” within the prescribed period.

[8] The use of the term “multiple abandonments” stems from a change of practice adopted by the Patent Office in 2003 and conveyed to the profession by means

la rendre conforme à la Loi et aux Règles, ou, de lui faire parvenir les arguments justifiant que la demande de brevet était conforme.

[5] En vertu de l'article 29 [des Règles], l'examineur des brevets a le pouvoir discrétionnaire de demander au demandeur de brevet de fournir des détails quant à toute demande de brevet déposée à l'étranger à l'égard de la même invention. Dans la demande en l'espèce, l'examineur demandait [TRADUCTION] « l'identification de toute réalisation antérieurement citée en rapport avec les demandes de brevet décrivant la même invention déposées aux États-Unis et au Royaume-Uni au nom de la demanderesse, ou déposées au nom d'une autre personne se réclamant d'un inventeur désigné dans la présente demande » ou, si la demanderesse ne détenait pas ces renseignements, l'examineur lui demandait de lui en donner la raison.

[6] La demanderesse n'avait rien à voir avec la demande de brevet déposée au Royaume-Uni et dont il était fait mention dans la demande de l'examineur. Ce document avait été mentionné en rapport avec une invention semblable dans une autre demande de brevet canadien en cours. Une déclaration portant que la demanderesse ne détenait pas les renseignements aurait suffi pour régler cet aspect de la demande. Les renseignements demandés concernant la demande de brevet déposée aux États-Unis figuraient déjà dans les documents de la demande de brevet dont l'examineur était saisi ou pouvaient facilement être consultés par l'examineur grâce à l'accès en ligne au Bureau des brevets des États-Unis.

[7] Le délai de six mois accordé pour répondre aux demandes de l'examineur est mentionné à l'alinéa 73(1)a) [mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 52] de la Loi. Cet alinéa ne fait pas mention d'« abandons multiples » mais mentionne qu'une demande de brevet est considérée comme abandonnée si le demandeur omet de répondre de « bonne foi » à « toute demande » dans le délai prescrit.

[8] L'utilisation de l'expression « abandons multiples » découle d'un changement de pratique adopté par le Bureau des brevets en 2003 et ce changement de

of a practice notice dated September 2, 2003 and an updated notice issued on April 2, 2004. Through these notices, the Office advised that responses which were completely silent in respect of any of the requisitions in an examiner's report would not be considered as replying in good faith to that particular requisition and that the application would be deemed to be abandoned.

[9] From correspondence exchanged between the Commissioner and the President of the Intellectual Property Institute of Canada in 2004, it appears that this change was prompted by concerns about the failure of applicants, in general, to adequately respond to section 29 requisitions.

[10] On February 7, 2005, three days before the deadline to reply to the requisitions in the August 2004 examiner's report, the applicant's patent agent filed a response to the requisition that was issued in accordance with subsection 30(2) of the Rules. He failed to respond to the second requisition respecting the section 29 information and gave no reason as to why the particulars required were not provided. This was simply an oversight, as the agent acknowledges in an affidavit. However, the effect was to invoke a deemed abandonment pursuant to paragraph 73(1)(a) of the Act and to start the clock ticking on the 12-month period for reinstatement prescribed in the Rules. That period expired on February 10, 2006.

[11] The annual maintenance fee for the application was submitted and accepted in July 2005. The applicant was not informed after the payment was made that the application was considered to have been abandoned at that time.

[12] On April 10, 2006, unaware of the deemed abandonment and the subsequent expiration of the reinstatement period two months previously, the applicant's agent wrote to the Commissioner asking

pratique a été communiqué à la profession au moyen d'un avis de pratique daté du 2 septembre 2003 et d'un avis mis à jour daté du 2 avril 2004. Par ces avis, le Bureau a avisé que les réponses qui ne mentionnaient absolument rien quant à l'une ou l'autre demande figurant dans un rapport d'examineur ne seraient pas considérées comme des réponses données de bonne foi à la demande de l'examineur et que la demande de brevet serait considérée comme abandonnée.

[9] Il ressort de la correspondance échangée en 2004 entre la commissaire aux brevets et le président de l'Institut de la propriété intellectuelle du Canada que ce changement de pratique a été provoqué par des inquiétudes suscitées par le fait que, trop souvent, les demandeurs de brevet ne répondaient pas adéquatement aux demandes présentées en vertu de l'article 29.

[10] Le 7 février 2005, trois jours avant le délai fixé pour répondre aux demandes figurant dans le rapport de l'examineur d'août 2004, l'agent de brevets de la demanderesse a déposé une réponse à la demande qui avait été faite en conformité avec le paragraphe 30(2) des Règles. Il a omis de répondre à la deuxième demande de renseignements présentée en vertu de l'article 29 et n'a pas expliqué pourquoi les renseignements exigés n'avaient pas été fournis. L'agent a affirmé dans son affidavit qu'il s'agissait tout simplement d'un oubli. Toutefois, cet oubli a eu pour effet le déclenchement de l'abandon présumé prévu à l'alinéa 73(1)a) de la Loi et le déclenchement du délai de 12 mois prévu dans les Règles quant au rétablissement de la demande de brevet. Ce délai a pris fin le 10 février 2006.

[11] Le paiement des taxes périodiques quant à la demande de brevet a été effectué et accepté en juillet 2005. La demanderesse n'a pas été prévenue, après que le paiement fut fait, que la demande était à ce moment-là considérée comme abandonnée.

[12] Le 10 avril 2006, n'étant pas au courant de l'abandon présumé de la demande de brevet et de l'expiration du délai de rétablissement deux mois auparavant, l'agent de la demanderesse a écrit à la

when the application would be examined. In response, the Patent Office returned a copy of the agent's letter bearing a stamp which indicated that there was an outstanding action on the application and that notice of abandonment had been mailed on February 10, 2005. That stamp bears the date of May 9, 2006. There is no evidence that such a notice was in fact mailed.

[13] It is not disputed by the respondents that no notice was provided to the applicant or to its agent that the application was deemed to have been abandoned. The evidence is that when an applicant has responded to a portion of a Patent Office action but has failed to respond to another part, the normal practice in the office is that the examiner would contact the applicant in a timely fashion to provide an opportunity to correct the defect without any loss of rights to the applicant. Where a notice of abandonment was issued, ample time would be provided to take steps to reinstate the application.

[14] This is supported by extracts from the *Manual of Patent Office Practice*, revised in December 2003, which states, in section 19.07.03, that the applicant would be notified by a courtesy communication, or, if the due date had already passed, by a notice of abandonment when the response to a requisition under section 29 was found to be incomplete.

[15] In this instance, the notice of abandonment, containing a paragraph describing the steps to be taken to reinstate the application, was issued on May 8, 2006, far too late for the applicant to take such action. Upon receipt, the applicant appealed to the Commissioner of Patents, submitting the missing documentation and filing the appropriate fee. The response on behalf of the Commissioner, dated August 15, 2006, concludes that the Commissioner has no discretionary power to reinstate an abandoned application after the reinstatement period specified in the Rules. The letter states that when a response to a requisition is considered incomplete the applicant will, when there is time left to respond before the due date, be notified by a courtesy

commissaire pour lui demander quand la demande de brevet serait examinée. En réponse, le Bureau des brevets a retourné une copie de la lettre de l'agent frappée d'une étampe indiquant que la demande faisait l'objet d'un acte et qu'un avis d'abandon avait été expédié dans le courrier le 10 février 2005. Cette étampe était datée du 9 mai 2006. Rien ne prouve que cet avis a vraiment été expédié par la poste.

[13] Les défendeurs ne contestent pas qu'aucun avis portant que la demande de brevet était considérée comme abandonnée n'a été envoyé à la demanderesse ou à son agent. La preuve révèle que lorsqu'un demandeur a répondu à une partie de l'acte de l'office mais a omis de répondre à une autre partie, la pratique normale du Bureau veut que l'examineur prévienne le demandeur en temps opportun pour lui donner l'occasion de palier à l'omission sans aucune perte de droits de sa part. Lorsqu'un avis d'abandon est expédié, un délai suffisant est accordé pour que les mesures nécessaires soient prises afin de rétablir la demande.

[14] Cette affirmation est étayée par des extraits du *Recueil des pratiques du Bureau des brevets*, version décembre 2003, qui mentionnent notamment, à l'article 19.07.03, que le demandeur sera avisé par une lettre de courtoisie, ou, si la date d'échéance est passée, par un avis d'abandon lorsque la réponse à la demande de renseignements présentée en vertu de l'article 29 a été jugée incomplète.

[15] En l'espèce, l'avis d'abandon, lequel comprenait un paragraphe décrivant les mesures à prendre afin de rétablir la demande, a été envoyé le 8 mai 2006, trop tard pour que la demanderesse puisse agir. Après avoir reçu l'avis, la demanderesse a interjeté appel auprès de la commissaire aux brevets, elle a soumis les documents manquants et acquitté les taxes exigées. La réponse donnée au nom de la commissaire, datée du 15 août 2006, concluait que la commissaire n'avait pas le pouvoir discrétionnaire de rétablir, après la période de rétablissement mentionnée dans les Règles, une demande abandonnée. La lettre mentionnait que lorsqu'une réponse à une demande de l'examineur est considérée incomplète, le demandeur, lorsqu'il reste du

communication requesting information or reasons why a full response was not received. If the due date for responding has already passed, a notice of abandonment will be sent allowing for reinstatement action to be taken. In this case, the letter acknowledges that a notice of abandonment was not sent prior to the expiry of the reinstatement period. Citing section 20.07 of the *Manual of Patent Office Practice*, the letter states that the practice of notification was merely a courtesy and the Patent Office accepts no responsibility for failure to send a notice in a particular situation.

[16] This application for judicial review was filed on September 14, 2006, seeking that the decision made by the Commissioner in the letter of August 15, 2006, be quashed, reinstatement of the application and referral back to the examiner for a determination on the merits.

[17] While it is clear that in this instance the Patent Office neglected to follow their customary practice to notify applicants that an application was in default, upon the evidence submitted I find that the Commissioner made no decision and took no action to determine that the application was abandoned or to deny reinstatement of the application within the prescribed time.

ISSUES

[18] In its written submissions, the applicant raised several arguments respecting alleged errors of law made by the Commissioner in her interpretation of the Act and the Rules. These arguments are predicated upon the assumption that the Commissioner made a reviewable discretionary decision that resulted in the abandonment of the application and denial of the opportunity to seek reinstatement. I will deal with these interpretation questions briefly in addressing the key issues.

temps avant la date d'échéance prévue pour répondre, sera avisé par une lettre de courtoisie l'invitant à fournir l'information ou les raisons pour lesquelles une réponse incomplète a été reçue. Si la date limite pour répondre est passée, un avis d'abandon est envoyé et des mesures de rétablissement peuvent alors être prises. En l'espèce, la lettre reconnaissait qu'aucun avis d'abandon n'avait été envoyé avant l'expiration du délai prévu pour le rétablissement. Citant l'article 20.07 du *Recueil des pratiques du Bureau des brevets*, la lettre mentionnait que la pratique qui consiste à expédier un avis était tout simplement une forme de courtoisie et que le Bureau des brevets déclinait toute responsabilité quant à l'absence d'avis dans un cas particulier.

[16] Par la présente demande de contrôle judiciaire, qui a été déposée le 14 septembre 2006, la demanderesse demande l'annulation de la décision rendue par la commissaire dans sa lettre du 15 août 2006, le rétablissement de la demande de brevet et le renvoi de la demande de brevet à l'examineur pour décision sur le fond.

[17] Même s'il est évident en l'espèce que le Bureau des brevets ne s'est pas conformé à sa pratique habituelle qui consiste à aviser les demandeurs de brevet lorsqu'une demande de renseignements est en défaut, je conclus que, vu la preuve produite, la commissaire n'a pris aucune décision et n'a pris aucune mesure pour décider que la demande avait été abandonnée ou pour refuser le rétablissement de la demande dans le délai prescrit.

LES QUESTIONS EN LITIGE

[18] Dans ses observations écrites, la demanderesse a soulevé de nombreux arguments concernant les présumés erreurs de droit commises par la commissaire dans son interprétation de la Loi et des Règles. Ces arguments reposent sur la présomption que la commissaire a rendu une décision susceptible de révision qui a entraîné l'abandon de la demande et le refus d'accorder la possibilité d'en demander le rétablissement. Je traiterai brièvement de ces questions d'interprétation en traitant les questions importantes.

[19] In oral argument, counsel for the applicant submitted that the central issue was denial of procedural fairness.

[20] The respondents stress that they have no interest in whether this particular patent application is reinstated or not. In their submission, the key issue is whether the Court has jurisdiction to review a non-discretionary outcome mandated by operation of law.

ANALYSIS

Standard of Review

[21] The question of what standard of review to apply does not arise on the jurisdictional issue. The Court must make its own determination of whether it has the competence to review the actions taken by the Commissioner. Questions of procedural fairness are reviewed against a standard of correctness: *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539, at paragraph 100.

Jurisdiction

[22] The respondents maintain the position previously advanced by the ministers in *Pfizer Inc. v. Canada (Commissioner of Patents)* (1999), 1 C.P.R. (4th) 200 (F.C.T.D.), rev'd on other grounds (2000), 9 C.P.R. (4th) 13 (F.C.A.); *F. Hoffmann-La Roche AG v. Canada (Commissioner of Patents)*, [2004] 2 F.C.R. 405 (F.C.), aff'd (2005), 44 Admin. L.R. (4th) 1 (F.C.A.), and *Eiba v. Canada (Attorney General)*, [2004] 3 F.C.R. 416 (F.C.). The jurisdiction of the Federal Court on an application for judicial review of the actions of federal administrative bodies is limited to that found in subsection 18.1(3) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)]. That provision permits the Court to provide a remedy with respect to any "decision, order, act or proceeding." The respondents submit that as the deemed abandonment of the patent application was due to the operation of section 73 of the Act, there is no reviewable decision or action on the facts of this case. The Commissioner's

[19] Dans leur plaidoirie, les avocats de la demanderesse ont prétendu que la question cruciale en l'espèce était le manquement à l'équité procédurale.

[20] Les défendeurs soulignent qu'ils n'ont aucun intérêt en ce qui a trait à la question du rétablissement de la présente demande de brevet. Selon eux, la question cruciale consiste à savoir si la Cour a compétence pour réviser un résultat non discrétionnaire entraîné par l'application de la loi.

L'ANALYSE

La norme de contrôle

[21] La question de savoir quelle norme de contrôle il convient d'appliquer quant à la question de la compétence ne se pose pas. La Cour doit décider elle-même si elle a compétence pour examiner les mesures prises par la commissaire. C'est la norme de la décision correcte qui s'applique aux questions d'équité procédurale : *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539, au paragraphe 100.

La compétence

[22] Les défendeurs soutiennent le point de vue avancé antérieurement par les ministres dans la décision *Pfizer Inc. c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [1999] A.C.F. n° 942 (1^{re} inst.) (QL), infirmée pour d'autres motifs [2000] A.C.F. n° 1801 (C.A.) (QL); *F. Hoffmann-La Roche AG c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2004] 2 R.C.F. 405 (C.F.), confirmée par 2005 CAF 399 et *Eiba c. Canada (Procureur général)*, [2004] 3 R.C.F. 416 (C.F.). La compétence de la Cour fédérale quant à une demande de contrôle judiciaire des actes des offices fédéraux est limitée à ce qui est mentionné au paragraphe 18.1(3) [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)]. Cette disposition permet à la Cour d'accorder une réparation quant à toute « décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte » de l'office fédéral. Les défendeurs prétendent que, comme l'abandon présumé de la demande de brevet était dû à l'application de l'article 73 de la Loi, il n'y a, d'après les faits de l'espèce, aucune décision ou aucun acte susceptible de

correspondence notifying the applicant of that fact is purely an administrative act, not subject to review.

[23] The applicant acknowledges that, in this instance, there was no formal decision of the Commissioner to refuse the patent application for registration. However, the applicant submits, the Court has the jurisdiction to review the actions of federal bodies if the exercise of administrative action stems from statutory authority and affects the rights and interests of others: *Nunavut Tunngavik Inc. v. Canada (Attorney General)* (2004), 245 F.T.R. 42 (F.C.), at paragraphs 8-9. The Commissioner's letter of August 15, 2006, refusing to reinstate the application should be considered as falling within that category, in the applicant's submission.

[24] In *Nunavut Tunngavik*, at paragraph 8, Justice James O'Reilly found that the Court's role in judicial review "extends beyond formal decisions. It includes review of "a diverse range of administrative action that does not amount to a 'decision or order', such as subordinate legislation, reports or recommendations made pursuant to statutory powers, policy statements, guidelines and operating manuals, or any of the myriad forms that administrative action may take in the delivery by a statutory agency of a public programme." However, in that case the agency in question, the Privy Council Office, had no authority to act as the applicants sought to have it do. Justice O'Reilly found that the refusal to take the action requested was not reviewable as it did not flow from any statutory power.

[25] In *Pfizer*, above, the applicant had been sent an erroneous notice of reinstatement with respect to a patent application deemed to have been abandoned for non-payment of fees. This was subsequently corrected in further correspondence. Justice Cullen concluded that as the correspondence was issued by a federal body pursuant to a statutory power and clearly affected the rights and interests of the applicant, the letters constituted an "act or proceeding" subject to review. His

révision. La correspondance de la commissaire avisant la demanderesse de ce fait n'est qu'un pur acte administratif non susceptible de révision.

[23] La demanderesse reconnaît que, en l'espèce, la commissaire n'a pas officiellement refusé l'enregistrement de la demande de brevet. Toutefois, selon la demanderesse, la Cour a compétence pour examiner les actes des offices fédéraux si l'exercice d'une action administrative découle d'un pouvoir conféré par la loi susceptible de modifier les droits et intérêts d'autrui : *Nunavut Tunngavik Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 85, aux paragraphes 8 et 9. Selon la demanderesse, la lettre de la commissaire du 15 août 2006 par laquelle celle-ci a refusé de rétablir la demande devrait être considérée comme appartenant à cette catégorie.

[24] Dans *Nunavut Tunngavik*, au paragraphe 8, le juge James O'Reilly a conclu que le rôle de la Cour dans le cadre d'un contrôle judiciaire « va au-delà des décisions au sens strict ». Il comprend l'examen d'« une grande diversité d'actions administratives qui ne sont pas pour autant des "décisions ou ordonnances", par exemple les règlements, rapports ou recommandations relevant de pouvoirs légaux, les énoncés de politique, lignes directrices et guides, ou l'une quelconque des formes multiples que peut prendre l'action administrative dans la prestation d'un programme public par un organisme public ». Toutefois, l'office en question dans cette affaire, le Bureau du Conseil privé, n'avait pas le pouvoir d'agir comme les demandeurs demandaient qu'il agisse. Le juge O'Reilly a conclu que le refus de poser l'acte demandé n'était pas susceptible de contrôle car elle ne découlait d'aucun pouvoir conféré par la loi.

[25] Dans *Pfizer*, susmentionnée, la demanderesse avait reçu un avis erroné de rétablissement concernant une demande de brevet considérée comme abandonnée pour non paiement des taxes. Cette erreur fut par la suite corrigée dans la correspondance qui a suivi. Le juge Cullen a conclu que, comme la correspondance avait été émise par un office fédéral en vertu d'un pouvoir conféré par la loi et qu'elle touchait manifestement les droits et les intérêts de la demanderesse, elle constituait

determination that the application had been validly reinstated through the initial correspondence was overturned on appeal. The Court of Appeal did not question whether the Commissioner's actions were reviewable but held that as the statutory requirements for reinstatement under section 73 had not been met, the erroneous notice was of no force or effect.

[26] By analogy to *Pfizer*, the Commissioner's errors in this case including the acceptance of the 2005 maintenance fee and failure to issue a notice of abandonment can't be relied upon to revive an application which the statute has deemed abandoned.

[27] *Pfizer* was followed in *F. Hoffmann-La Roche* and *Eiba*, above, also cases dealing with the failure to pay fees. In each instance, the Court determined that as a threshold question, it had jurisdiction under section 18.1 of the *Federal Courts Act* to judicially review administrative actions taken by the Commissioner of Patents. However, this does not mean that the Court has the jurisdiction to grant a remedy under subsection 18.1(3) of the *Federal Courts Act*, where the abandonment, or as was the situation in *F. Hoffmann-La Roche*, the expiry of a reissued patent, results not from any discretionary decision of the Commissioner but by operation of the statute.

[28] The Commissioner has only the powers explicitly granted in the Act. A statutory body, such as the Commissioner of Patents, has no inherent jurisdiction to relieve against inadvertent errors or omissions such as occurred in this instance. This was made clear by the Court of Appeal in the analogous context of administrative actions taken by the Registrar of Trademarks in *Anheuser-Busch, Inc. v. Carling O'Keefe Breweries of Canada Limited*, [1983] 2 F.C. 71 (C.A.).

[29] In circumstances where a statutory regime has been expressly laid out by Parliament, without

une « procédure ou un acte » susceptible de révision. Sa décision selon laquelle la demande avait été valablement rétablie par la correspondance initiale a été renversée en appel. La Cour d'appel n'a pas contesté la question de savoir si les actes du commissaire étaient susceptibles de révision mais a conclu que, comme les exigences prévues à l'article 73 quant au rétablissement n'avaient pas été satisfaites, l'avis erroné était invalide.

[26] Par analogie avec *Pfizer*, les erreurs commises par la commissaire en l'espèce, notamment l'acceptation des taxes périodiques pour 2005 et le défaut d'expédier un avis d'abandon, ne peuvent pas être invoquées pour rétablir une demande considérée par la loi comme abandonnée.

[27] La décision *Pfizer* a été suivie dans les décisions *F. Hoffmann-La Roche* et *Eiba*, susmentionnées. Ces décisions traitent également du défaut de payer les taxes. Dans chaque cas, la Cour a décidé que, comme question préliminaire, elle avait compétence en vertu de l'article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* pour contrôler les actions administratives du commissaire aux brevets. Toutefois, cela ne signifie pas que la Cour a le pouvoir d'accorder réparation en vertu du paragraphe 18.1(3) de la *Loi sur les Cours fédérales*, lorsque l'abandon, ou comme ce fut le cas dans *F. Hoffmann-La Roche*, l'expiration d'un brevet redélivré, ne découle pas d'une décision discrétionnaire du commissaire mais plutôt d'une application de la loi.

[28] Le commissaire ne détient que les pouvoirs qui lui sont expressément accordés dans la Loi. Un organisme créé par la loi, comme celui auquel appartient le commissaire aux brevets, ne possède aucune compétence inhérente de remédier aux erreurs commises par inadvertance ou par omission du genre de celle qui a été commise en l'espèce. C'est ce qu'a affirmé de façon non équivoque la Cour d'appel dans *Anheuser-Busch, Inc. c. Carling O'Keefe Breweries of Canada Limited*, [1983] 2 C.F. 71 (C.A.), dans le contexte analogue des actions administratives accomplies par le registraire des marques de commerce.

[29] Dans le cas où un régime législatif a expressément été établi par le législateur, sans qu'aucun

discretionary powers granted to the body overseeing the operation of the statute, the effects of that regime cannot be waived either by the administrative body or this Court. Even where steps have been taken by the Commissioner to ease harsh consequences, they are of no effect where they are not explicitly authorized by the Act: *Dutch Industries Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents)*, [2003] 4 F.C. 67 (C.A.), leave to appeal to the S.C.C. refused December 11, 2003, [2003] 3 S.C.R. vi.

[30] The applicant submitted that paragraph 73(1)(a) of the Act requires the Commissioner of Patents to decide whether an applicant's response to a requisition has been in good faith. It was further argued that that decision is reviewable, and the clear attempts of the applicant to respond to the requisition letter would meet the requirements of that section. The respondents countered that there is no question of assessing good faith where there was no response. They asserted that each requisition must be given a separate response and that DBC Marine failed to respond to the second requisition contained in the office action of August 10, 2004.

[31] As I have noted above, I find the applicant's argument in this matter unpersuasive. The applicant failed to respond to both requisitions, despite the clear indication on the letter received by their agent that such lapse would result in abandonment. Replying in good faith to one requisition in an office action containing two is not the equivalent of replying in good faith to both. The statute allows for no "good faith" exception to the requirements of paragraph 73(1)(a) where there has been a failure to respond to a requisition.

[32] The applicant further argued that the question of whether a reply has been in good faith is an inherently subjective one, which the patent applicants cannot answer for themselves. It is thus necessary, it is contended, that the examiner issue a final action under section 30 [as am. by SOR/2007-90, s. 7, of the Rules]

pouvoir discrétionnaire ne soit accordé à l'organisme chargé de l'application de la loi, les effets de ce régime ne peuvent pas être supprimés par l'organisme administratif ou par la Cour. Même lorsque des mesures ont été prises par le commissaire afin d'atténuer de dures conséquences, celles-ci n'ont aucun effet lorsqu'elles ne sont pas expressément autorisées par la Loi : *Dutch Industries Ltd. c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2003] 4 C.F. 67 (C.A.), autorisation d'interjeter appel devant la C.S.C. rejetée le 11 décembre 2003, [2003] 3 R.C.S. vi.

[30] La demanderesse a prétendu que l'alinéa 73(1)a) de la Loi exige que le commissaire aux brevets décide si la réponse d'un demandeur de brevet à une demande de l'examineur a été formulée de bonne foi. Elle a de plus prétendu que la décision est susceptible de révision et que les tentatives évidentes de sa part de répondre à la lettre de demande de l'examineur satisfont les exigences de cette disposition. Les défendeurs ont rétorqué qu'il n'est pas question d'évaluer la bonne foi lorsque aucune réponse n'a été formulée. Ils ont prétendu que chaque demande doit recevoir une réponse distincte et que DBC Marine n'a pas répondu à la deuxième demande figurant dans l'acte de l'office du 10 août 2004.

[31] Comme je l'ai déjà souligné, j'estime que l'argument soulevé par la demanderesse en l'espèce n'est pas convaincant. La demanderesse n'a pas répondu aux deux demandes de l'examineur, et ce, malgré l'indication claire figurant sur la lettre reçue par son agent qu'une telle omission entraînerait un abandon. Répondre de bonne foi à une demande dans le cadre d'un acte de l'office comprenant deux demandes n'équivaut pas à répondre de bonne foi aux deux demandes. La loi ne prévoit aucune exception de « bonne foi » aux exigences prévues à l'alinéa 73(1)a) lorsqu'il y a eu omission de répondre à une demande.

[32] La demanderesse a de plus prétendu que la question de savoir si une réponse a été formulée de bonne foi est en soi une question subjective à laquelle le demandeur de brevet ne peut pas répondre. On a donc prétendu qu'il est nécessaire que l'examineur rende une décision finale en vertu de l'article 30 [mod. par

where the applicant has failed to adequately respond to a substantive requisition, and the 12-month period in which the application could be reinstated would begin.

[33] The abandonment and reinstatement provisions of the Act do not allow for the exercise of discretion by the Commissioner but impose obligations upon the applicant that must be met. There is no decision on the Commissioner's part in this process which affects the rights of the applicant: *F. Hoffmann-La Roche AG* [F.C.A.]. This lack of discretion includes the inability to set a new point to begin the period in which reinstatement can occur.

[34] Thus, where an applicant fails to respond to a requisition and the application is not reinstated within the year provided to rectify the situation, the patent application is abandoned as a matter of law. There is no discretionary decision which is reviewable by the Court.

[35] In written submissions, the applicant raised an interpretive argument that the use of the phrase "*toute demande*" as equivalent to "requisition" in paragraph 73(1)(a) is not mirrored in section 29 [of the Rules], where the verb "*exiger*" is used. Applying the statutory interpretive principle of the equal authority of the French and English language texts, this must indicate that the term "requisition" in paragraph 73(1)(a) has a different meaning than in section 29. The applicant then submits that the noun "requisition" must be interpreted as the document on which the requests are drawn up; that is, the form itself rather than the individual requests. This argument was not raised in oral submissions, nor did the respondent articulate any position on it.

[36] It seems to me that this form of application of the bilingual rule of statutory interpretation fails to

DORS/2007-90, art. 7, des Règles] lorsque le demandeur de brevet n'a pas répondu adéquatement à une demande importante et que le délai de 12 mois au cours de laquelle la demande de brevet peut être rétablie a commencé à courir.

[33] Les dispositions de la Loi quant à l'abandon et quant au rétablissement ne prévoient l'exercice d'aucun pouvoir discrétionnaire de la part du commissaire mais imposent au demandeur des obligations qui doivent être satisfaites. En l'espèce, il n'y a aucune décision de la part de la commissaire qui touche aux droits de la demanderesse : *F. Hoffmann-La Roche AG* [C.A.F.]. Cette absence de pouvoir discrétionnaire comprend l'incapacité de fixer un nouveau point de départ quant au délai de rétablissement.

[34] Par conséquent, lorsqu'un demandeur de brevet ne répond pas à une demande de l'examineur et que la demande de brevet n'est pas rétablie dans le délai d'un an accordé pour corriger la situation, la demande de brevet est abandonnée par application de la loi. Il n'existe aucune décision discrétionnaire susceptible de révision par la Cour.

[35] Dans ses observations écrites, la demanderesse a soulevé un argument d'interprétation selon lequel l'utilisation, à l'alinéa 73(1)a), des mots « toute demande » comme équivalent du mot « *requisition* » ne se retrouve pas à l'article 29 [des Règles] où c'est le verbe « *exiger* » qui est utilisé. Appliquant le principe d'interprétation établi par la loi que les versions française et anglaise d'une loi ont pareille autorité, alors le mot « *requisition* » qui figure à l'alinéa 73(1)a) n'a pas la même signification que le mot « *requisition* » qui figure à l'article 29. La demanderesse prétend ensuite que le mot « *requisition* » doit être interprété comme étant le document sur lequel les demandes sont mentionnées; c'est-à-dire, le formulaire lui-même plutôt que les demandes individuelles. Cet argument n'a pas été soulevé au cours des plaidoiries, et le défendeur n'a adopté aucune position fondée sur celui-ci.

[36] Il me semble que cette forme d'application de la règle bilingue d'interprétation des lois ne reconnaît pas

recognize that languages may not always have parallel structures. In this particular case, there is no noun form of “*exiger*” which would convey the concept of a “requisition.” When the French version of paragraph 73(1)(a) is read in its entirety, however, it is quite clear that the word “*demande*” is given additional force to render its meaning essentially equivalent to “requisition.” I cannot, therefore, accept the applicant’s submissions on this point. The requirement of paragraph 73(1)(a) is to respond to each requisition of the Commissioner; that is, each individual request for information.

Procedural fairness

[37] Paragraph 73(1)(a) of the Act provides that an application shall be deemed abandoned if the applicant does not reply “in good faith to any requisition” [emphasis added] within the prescribed period. The applicant argues that the previous policy of the Patent Office had been to accept a response to an office action or examiner’s report as a sign of a good faith response to the requisitions therein even when not all of them have been answered. The applicant further submits that the alteration of this long-standing custom is unfair not only to themselves but to all patent applicants putting at risk of deemed abandonment thousands of applications filed since 1996.

[38] The evidence is that notwithstanding the 2003 adoption of the “multiple abandonments” concept and notice to the profession in an effort to emphasize that a response was required to each requisition, the Patent Office continued the practice of formal or informal “courtesy” communications that one or more requisitions, notably those pursuant to section 29, had been overlooked. Where the deadline had passed, a timely notice of abandonment would be issued. This practice served to protect the rights of the applicants which could otherwise be lost through mere inadvertence. Had it been applied in this case, there is no doubt that the necessary steps to procure reinstatement of the application would have been taken.

que les langues n’ont pas toujours des structures parallèles. En l’espèce, il n’existe aucune forme nominale du verbe « *exiger* » qui traduirait le concept de « *requisition* ». Toutefois, lorsque la version française de l’alinéa 73(1)a) est lue dans son intégralité, il est évident que l’interprétation de la signification du mot « *demande* » comme équivalant essentiellement à celle du mot « *requisition* » se trouve renforcée. Je ne peux donc pas accepter les observations de la demanderesse sur ce point. L’exigence formulée à l’alinéa 73(1)a) est de répondre à chacune des demandes du commissaire, c’est-à-dire à chacune des demandes individuelles de renseignement.

L’équité procédurale

[37] L’alinéa 73(1)a) de la Loi prévoit qu’une demande doit être considérée comme abandonnée si la demanderesse ne répond pas « de bonne foi à toute demande » [non souligné dans l’original] dans le délai prescrit. La demanderesse prétend que la politique antérieure du Bureau des brevets était de considérer la réponse à un acte de l’office ou à un rapport de l’examineur comme étant le signe d’une réponse de bonne foi aux demandes en question même lorsqu’elles n’ont pas toutes reçu une réponse. La demanderesse prétend de plus que la modification de cette coutume établie est non seulement injuste pour elle, mais également pour tous les demandeurs de brevet qui risquent que leurs demandes, c’est-à-dire des milliers depuis 1996, soient considérées comme abandonnées.

[38] La preuve révèle que, nonobstant l’adoption en 2003 du concept d’« abandons multiples » et d’avis à la profession afin de souligner qu’une réponse est exigée pour chacune des demandes, le Bureau des brevets a continué la pratique officielle ou officieuse d’envoi d’avis de « courtoisie » mentionnant qu’on a oublié de répondre à une ou plusieurs demandes, notamment celles formulées en vertu de l’article 29. Lorsque le délai était écoulé, un avis d’abandon était expédié en temps opportun. Cette pratique servait à protéger les droits des demandeurs qui, autrement, auraient été perdus par simple mégarde. Si cette pratique avait été appliquée en l’espèce, il ne fait aucun doute que les mesures nécessaires pour obtenir le rétablissement de la demande

There is no dispute that the Patent Office failed to provide a timely notice of abandonment in this case. But in so doing, did it deny the applicant procedural fairness?

[39] While it was not characterized as such by the applicant, the submission that it was denied procedural fairness by the Patent Office is tantamount to an argument based on the principle of legitimate expectations. In essence, the applicant's position is that it was induced to its detriment to rely upon the pre-2003 practice of the Office to accept partial responses to multiple requisitions and upon the continuing practice of the Office to provide notice of default so as to allow timely reinstatement of applications deemed abandoned.

[40] As I found in *Eiba*, above, in an analogous context where one request for reinstatement with the required fee had been received by the Patent Office but not another, the legitimate expectations doctrine applies to situations where an applicant has been led to believe that he will have a right to make representations to, or be consulted by, a government decision maker, prior to a particular decision being taken: *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170. I was not persuaded then, nor am I now, that it applies where an administrative body has, in its past practice, brought deficiencies in the filing process to an applicant's attention, so as to create an expectation that the Commissioner will catch each slip, even inadvertent ones, of an applicant.

[41] I concluded in *Eiba* that the Commissioner has no duty to provide notice to an applicant that an application has not been properly reinstated, when the obligation to reinstate an abandoned application, by submitting certain prescribed materials and fees, is clearly placed on the shoulders of the applicant by the legislative scheme. In my view, the same reasoning applies here even where the Commissioner's office has

auraient été prises. Il n'est pas contesté que, en l'espèce, le Bureau des brevets n'a expédié aucun avis d'abandon. Mais ce faisant, a-t-il manqué au principe de l'équité procédurale envers la demanderesse?

[39] Bien que cela ne fut pas qualifier de la sorte par la demanderesse, la prétention que le Bureau des brevets a manqué au principe de l'équité procédurale envers elle équivaut à un argument fondé sur le principe des attentes légitimes. Essentiellement, la position de la demanderesse est qu'elle a été amenée à son détriment à se fier à la pratique en vigueur au Bureau avant 2003, pratique qui consistait à accepter les réponses partielles aux demandes multiples, et à la pratique continue du Bureau d'expédier des avis de défaut afin de permettre le rétablissement en temps opportun des demandes considérées comme abandonnées.

[40] Comme je l'ai déjà conclu dans la décision *Eiba*, précitée, dans laquelle le contexte était analogue, c'est-à-dire qu'une demande de rétablissement avec la taxe exigée avait été reçue par le Bureau des brevets mais qu'une autre demande n'avait pas été reçue, la doctrine des attentes légitimes s'applique aux situations où un demandeur a été amené à croire qu'il aura le droit de présenter des observations à un décideur administratif ou d'être consulté par un décideur administratif, avant qu'une décision particulière ne soit prise : *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170. Je n'étais pas convaincu alors, et je ne le suis toujours pas, que cela s'applique dans le cas où un organisme administratif a, par le passé, prétendument porté à l'attention d'un demandeur des manquements à la procédure de dépôt, créant ainsi l'attente que le commissaire relève toutes les erreurs, même involontaires, commises par le demandeur dans le cadre du processus de rétablissement.

[41] J'ai conclu dans *Eiba* que le commissaire n'a pas l'obligation d'informer un demandeur que sa demande n'a pas été correctement rétablie s'il est clair que le cadre législatif impose au demandeur l'obligation de rétablir une demande abandonnée, et ce, en soumettant, comme il est prescrit, certains documents et en versant les taxes applicables. Selon moi, le même raisonnement s'applique en l'espèce même lorsque le bureau du

followed a general practice of delivering timely notice when an initial deadline was missed.

[42] Finally, the applicant alleges that the Commissioner breached her duty of procedural fairness in dealing with this patent application, both in failing to follow its own guidelines and in failing to provide a reasonable notice period for the applicant to resolve the problem. It submits that the specific guideline of section 19.07.03 of the *Manual of Patent Office Practice*, which provides that the applicant will be notified where information requisitioned under section 29 [of the Rules] is not supplied, should take precedence over the more general provisions of section 20.07, which notes that a notice of abandonment is not always sent and is a courtesy. The Commissioner has accepted the duty to provide notice. It is, therefore, also under a duty to provide this notice in a timely manner which allows the applicant to take remedial action.

[43] It is a general rule that, while guidelines may be legally and properly set out by a minister, and by extension the Commissioner, those guidelines cannot confine his or her discretion: *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2. As I have already decided that the Commissioner had no discretion in the automatic application of the Act, any failure on her part to follow the guidelines of the Manual cannot relieve the applicant of its legislated obligations, nor can it allow the applicant to avoid the legal consequences of failing to satisfy those obligations.

[44] In the circumstances, the respondents do not seek their costs in this matter and none will be awarded.

JUDGMENT

IT IS THE JUDGMENT OF THIS COURT that the application is dismissed. The parties shall bear their own costs.

commissaire a suivi la pratique générale du commissaire selon laquelle il délivre un avis lorsqu'une première échéance n'est pas respectée.

[42] Enfin, la demanderesse prétend que, en traitant la présente demande de brevet, la commissaire a manqué à son devoir d'agir équitablement car elle a omis de suivre ses propres lignes directrices et a omis de donner un préavis raisonnable à la demanderesse afin de lui permettre de régler le problème. Elle prétend que la ligne directrice spécifique de l'article 19.07.03 du *Recueil des pratiques du Bureau des brevets*, qui prévoit que le demandeur sera avisé lorsque les renseignements demandés en vertu de l'article 29 [des Règles] ne sont pas fournis, doit avoir préséance sur les dispositions plus générales de l'article 20.07, qui soulignent qu'un avis d'abandon n'est pas toujours expédié et qu'il constitue une forme de courtoisie. La commissaire a accepté la tâche d'expédier un avis. Elle est donc également tenue d'expédier cet avis en temps opportun afin de permettre au demandeur de corriger la situation.

[43] Il est bien établi que, malgré que les lignes directrices puissent être légalement et correctement formulées par un ministre, et par voie de conséquence par le commissaire, ces lignes directrices ne peuvent pas restreindre le pouvoir discrétionnaire du commissaire : *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2. Comme j'ai déjà décidé que la commissaire n'avait aucun pouvoir discrétionnaire quant à l'application automatique de la Loi, toute omission de sa part de suivre les lignes directrices du Recueil ne dégage pas la demanderesse de ses obligations prévues par la loi et ne permet pas à la demanderesse d'éviter les conséquences juridiques découlant de l'omission d'honorer ces obligations.

[44] Dans les circonstances, les défendeurs ne demandent pas que les dépens leur soient accordés dans la présente affaire et aucuns dépens ne seront accordés.

JUGEMENT

LA COUR ORDONNE que la demande soit rejetée. Les parties assumeront leurs propres dépens.

SCHEDULE A

ANNEXE A

Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4*Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4

73. (1) An application for a patent in Canada shall be deemed to be abandoned if the applicant does not

73. (1) La demande de brevet est considérée comme abandonnée si le demandeur omet, selon le cas :

(a) reply in good faith to any requisition made by an examiner in connection with an examination, within six months after the requisition is made or within any shorter period established by the Commissioner;

a) de répondre de bonne foi, dans le cadre d'un examen, à toute demande de l'examineur, dans les six mois suivant cette demande ou dans le délai plus court déterminé par la commissaire;

(b) comply with a notice given pursuant to subsection 27(6);

b) de se conformer à l'avis mentionné au paragraphe 27(6);

(c) pay the fees payable under section 27.1, within the time provided by the regulations;

c) de payer, dans le délai réglementaire, les taxes visées à l'article 27.1;

(d) make a request for examination or pay the prescribed fee under subsection 35(1) within the time provided by the regulations;

d) de présenter la requête visée au paragraphe 35(1) ou de payer la taxe réglementaire dans le délai réglementaire;

(e) comply with a notice given under subsection 35(2); or

e) de se conformer à l'avis mentionné au paragraphe 35(2);

(f) pay the prescribed fees stated to be payable in a notice of allowance of patent within six months after the date of the notice.

f) de payer les taxes réglementaires mentionnées dans l'avis d'acceptation de la demande de brevet dans les six mois suivant celui-ci.

(2) An application shall also be deemed to be abandoned in any other circumstances that are prescribed.

(2) Elle est aussi considérée comme abandonnée dans les circonstances réglementaires.

(3) An application deemed to be abandoned under this section shall be reinstated if the applicant

(3) Elle peut être rétablie si le demandeur :

(a) makes a request for reinstatement to the Commissioner within the prescribed period;

a) présente au commissaire, dans le délai réglementaire, une requête à cet effet;

(b) takes the action that should have been taken in order to avoid the abandonment; and

b) prend les mesures qui s'imposaient pour éviter l'abandon;

(c) pays the prescribed fee before the expiration of the prescribed period.

c) paie les taxes réglementaires avant l'expiration de la période réglementaire.

(4) An application that has been abandoned pursuant to paragraph (1)(f) and reinstated is subject to amendment and further examination.

(4) La demande abandonnée au titre de l'alinéa (1)f) et rétablie par la suite est sujette à modification et à nouvel examen.

(5) An application that is reinstated retains its original filing date.

(5) La demande rétablie conserve sa date de dépôt.

Patent Rules, SOR/96-423 [s. 98 (as am. by SOR/2007-90, s. 23)]

29. (1) Where an examiner examining an application in accordance with section 35 of the Act or the Act as it read immediately before October 1, 1989 has reasonable grounds to believe that an application for a patent describing the same invention has been filed, in or for any country, on behalf of the applicant or on behalf of any other person claiming under an inventor named in the application being examined, the examiner may requisition from the applicant any of the following information and a copy of any related document:

- (a) an identification of any prior art cited in respect of the applications;
- (b) the application numbers, filing dates and, if granted, the patent numbers;
- (c) particulars of conflict, opposition, re-examination or similar proceedings; and
- (d) where a document is not in either English or French, a translation of the document, or a part of the document, into English or French.

(2) Where an examiner examining an application in accordance with section 35 of the Act or the Act as it read immediately before October 1, 1989 has reasonable grounds to believe that an invention disclosed in the application was, before the filing date of the application, published or the subject of a patent, the examiner may requisition the applicant to identify the first publication of or patent for that invention.

(3) Subsections (1) and (2) do not apply to any information or document that is not available or known to the applicant, provided that the applicant states the reasons why the information or document is not available or known.

...

98. (1) For an application deemed to be abandoned under section 73 of the Act to be reinstated, the applicant shall, in respect of each failure to take an action referred to in subsection 73(1) of the Act or section 97, make a request for reinstatement to the Commissioner, take the action that should have been taken in order to avoid the abandonment and pay the fee set out in item 7 of Schedule II, before the expiry of the 12-month period after the date on which the application is deemed to be abandoned as a result of that failure.

Règles sur les brevets, DORS/96-423 [art. 98 (mod. par DORS/2007-90, art. 23)]

29. (1) Lorsque l'examineur chargé de l'examen d'une demande conformément à l'article 35 de la Loi ou de la Loi dans sa version antérieure au 1^{er} octobre 1989 a des motifs raisonnables de croire qu'une demande de brevet visant la même invention a été déposée dans tout pays ou pour tout pays, au nom du demandeur ou d'une autre personne se réclamant d'un inventeur désigné dans la demande examinée, il peut exiger que le demandeur lui fournisse les renseignements suivants et des copies des documents connexes :

- a) toute antériorité citée à l'égard de ces demandes;
- b) les numéros des demandes, les dates de dépôt et les numéros des brevets s'ils ont été octroyés;
- c) les détails relatifs aux conflits, oppositions, réexamens ou procédures analogues;
- d) si le document n'est ni en français ni en anglais, une traduction en français ou en anglais de tout ou partie du document.

(2) Lorsque l'examineur chargé de l'examen d'une demande conformément à l'article 35 de la Loi ou de la Loi dans sa version antérieure au 1^{er} octobre 1989 a des motifs raisonnables de croire qu'une invention mentionnée dans la demande faisait l'objet, avant la date du dépôt de la demande, d'une publication ou était brevetée, il peut exiger que le demandeur précise la première publication ou le brevet se rapportant à cette invention.

(3) Les paragraphes (1) et (2) ne s'appliquent pas aux renseignements et documents qui ne sont pas à la disposition du demandeur ou qui ne sont pas connus de lui, dans la mesure où il donne les motifs pour lesquels ils ne le sont pas.

[...]

98. (1) Pour que la demande considérée comme abandonnée en application de l'article 73 de la Loi soit rétablie, le demandeur, à l'égard de chaque omission visée au paragraphe 73(1) de la Loi ou à l'article 97, présente au commissaire une requête à cet effet, prend les mesures qui s'imposaient pour éviter l'abandon et paie la taxe prévue à l'article 7 de l'annexe II, dans les douze mois suivant la date de prise d'effet de l'abandon.

(2) For the purposes of subsection (1), if an application is deemed to be abandoned for failure to pay a fee referred to in subsection 3(3), (4) or (7), for the applicant to take the action that should have been taken in order to avoid the abandonment, the applicant shall, before the expiry of the time prescribed by subsection (1), either

(a) pay the applicable standard fee, or

(b) file a small entity declaration in respect of the application in accordance with section 3.01 and pay the applicable small entity fee.

(2) Pour prendre les mesures qui s'imposaient pour éviter l'abandon pour non-paiement de la taxe visée aux paragraphes 3(3), (4) ou (7), le demandeur, avant l'expiration du délai prévu au paragraphe (1) :

a) soit paie la taxe générale applicable;

b) soit dépose, à l'égard de sa demande, la déclaration du statut de petite entité conformément à l'article 3.01 et paie la taxe applicable aux petites entités.

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.**

ABORIGINAL PEOPLES

ELECTIONS

Judicial review of decisions of band Chief Electoral Officer, Piikani Nation Election Appeals Board, concluding applicants ineligible to stand for election as band councillors based on past shameful conduct—Not possible to import traditional band principle of behaviour into qualification for candidacy—Would be inconsistent with evidence of intent as to grounds of ineligibility to read in grounds specifically stated in Election Code for removal from office—However, broad interests herein not justifying overturning Officer's decision—Application allowed in part.

JACKSON V. PIKANI NATION (T-8-07, T-477-07, 2008 FC 130, Phelan J., judgment dated 1/2/08, 12 pp.)

LANDS

Appeal from decision ([2007] 3 F.C.R. 464 (F.C.)) dismissing judicial review of Minister of Indian Affairs and Northern Development's decision allowing sale of nine lots on Songhees Indian Band reserve—Judge correctly concluded "not a scintilla of evidence" before Minister giving him reason to look beyond certificates of possession—Appeal dismissed.

SONGHEES INDIAN BAND V. CANADA (MINISTER OF INDIAN AFFAIRS AND NORTHERN DEVELOPMENT) (A-414-06, 2008 FCA 46, Trudel J.A., judgment dated 6/2/08, 5 pp.)

ARMED FORCES

Appeal from Federal Court's refusal (2006 FC 1532) to compel Chief Military Judge (CMJ) to assign military judge, require Court Martial Administrator (CMA) to issue order convening court martial—Accused, warrant officer serving in Joint Task Force 2 (JTF 2), special operations unit for counter-terrorism operations—Information about JTF 2 members protected from public release under national defence policy—Charged with aggravated assault in Afghanistan—CMJ refused to assign military judge since accused's charge sheet, documentation classified "Secret"—Appeal allowed—Open-court principle not absolute—Balancing exercise must be conducted by independent decision maker to determine whether principle outweighs interests sought to be protected by preventing information from being disclosed—*National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5, s. 180(2), *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces*, s. 112.03(2) permitting *in camera* hearings where public safety or defence concerns exist—Policy not preventing convening order from identifying accused, without association with JTF 2, since accused's identification not classified information—Sealing charge briefly by DMP to allow military judge to assess issue of confidentiality not offending open-court principle.

CANADA (DIRECTOR OF MILITARY PROSECUTIONS) V. CANADA (COURT MARTIAL ADMINISTRATOR) (A-53-07, 2007 FCA 390, Noël J.A., judgment dated 10/12/07, 22 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

STATUS IN CANADA

Citizens

Appeal from Citizenship Court's decision dismissing application for citizenship—Applicant falling 385 days short of 1095-day minimum residency requirement—Citizenship Court not erring when applying strict numerical approach in citizenship test—However, exceeding jurisdiction when recommending to Department of Citizenship & Immigration to notify Canadian Border Security Agency, immigration officials that applicant provided incomplete, misleading information regarding residence in Canada—*Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 14(2), 15(1) limiting Citizenship Court's reporting function to provision of reasons for determination or to recommending to Minister waiver of certain statutory requirements—Not Court's role to give administrative advice to Department on how citizenship application to be treated for purposes of maintaining border security—In absence of thorough analysis of evidence, Court's remarks, recommendation unwarranted—Application dismissed.

SERFATY V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T-897-07, 2007 FC 1328, Barnes J., judgment dated 17/12/07, 6 pp.)

Convention Refugees

Judicial review of dismissal by Refugee Protection Division of Immigration and Refugee Board (IRB) of claim for refugee status—Applicant, Mexican, claiming persecution by state of Mexico through judicial police officers—IRB finding applicant not rebutting presumption of state protection—In determining whether presumption of state protection rebutted, effectiveness of protection offered constituting significant element—Protection must be evaluated at operational level—Although bearing burden of proof, claimant not required to seek protection where objectively unreasonable to do so—IRB considering existence, but not effectiveness of state protection, ignoring contradictory evidence related thereto—Determination as to nature of persecuting agent required in state protection analysis in order to fully assess claim—Distinction between “state agents,” “rogue officers,” “criminals” raising different considerations in evaluating effectiveness of state protection—Application allowed.

LOPEZ V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5544-06, 2007 FC 1341, Tremblay-Lamer J., judgment dated 21/12/07, 11 pp.)

Persons in Need of Protection

Judicial review of negative pre-removal risk assessment (PRRA)—Applicant, Pakistani, active member of MQM-A political movement—PRRA officer finding applicant having internal flight alternative (IFA) in city of Karachi, where applicant lived—Although past persecution occurred in Karachi, evidence clearly establishing MQM-A having strongholds within several districts in Karachi in which its members live, work safely—Concept of IFA not requiring safe haven to be in another city or province of state of origin as long as area offering refuge from persecution experienced in home district—Officer's conclusion state protection available reasonable—As integrated into political life of country, MQM-A having some influence over security forces—Applicant not showing more than mere possibility of risk in Pakistan—Application dismissed.

JILANI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-711-07, 2007 FC 1354, Mosley J., judgment dated 21/12/07, 7 pp.)

COMPETITION

Motion pursuant to *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 399 for order setting aside or varying order, made pursuant to *Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34, s. 11 on *ex parte* application of Commissioner, requiring Labatt and Lakeport to produce documentary records, written return of information—Heavy burden on Commissioner to make full, frank disclosure on *ex parte* application under Act, s. 11—All matters relevant to weighing operation Court has to make in deciding whether or not to grant order must be disclosed—Disclosure made by Commissioner herein misleading, inaccurate, incomplete in light of, *inter alia*, significant overlap between information sought and that already provided, and failure to bring concerns previously articulated by Labatt about burdensome nature of Commissioner's prior demands for information to Court's attention—Motion granted, order set aside.

COMMISSIONER OF COMPETITION V. LABATT BREWING CO. LTD. (T-325-07, 2008 FC 59, Mactavish J., public reasons for order dated 28/1/08, 51 pp.)

CONSTITUTIONAL LAW

CHARTER OF RIGHTS

Fundamental Freedoms

Judicial review of decision by Chief of Defence Staff rejecting grievance pertaining to allegation of institutional harassment stemming from policies/protocols requiring display of loyalty, respect towards Queen—*Roach v. Canada (Minister of State for Multiculturalism and Citizenship)*, [1994] 2 F.C. 406 (C.A.) followed, Charter, s. 2(b) (freedom of expression) not engaged—In any event, impugned policies/protocols justified under Charter, s. 1—Applicant also not demonstrating how Charter, s. 2(a) (religious freedom) infringed—As impugned policies/protocols not unconstitutional, no institutional harassment—Application dismissed.

CHAINNIGH V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1809-06, 2008 FC 69, Barnes J., judgment dated 21/1/08, 27 pp.)

CUSTOMS AND EXCISE

PROCEEDS OF CRIME (MONEY LAUNDERING) AND TERRORIST FINANCING ACT

Judicial review of Minister's delegate's (Adjudicator) decision returning money declared at time of entry into Canada (C \$15,000), forfeiting to Crown balance of money held based on reasonable grounds to suspect proceeds of crime—*Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act*, S.C. 2000, c. 17, s. 12 requiring applicants to report full amount imported—Officer must return funds upon payment of penalty unless reasonable grounds to suspect that currency, monetary instruments constitute proceeds of crime—Minister of Public Works and Government Services cashing undeclared bank draft for US \$28,000 payable to applicant but returning to travelling companion three undeclared cheques for US \$20,000—No reasonable apprehension of bias but differential treatment inconsistent with decision to seize, forfeit funds—Decision to return three cheques to travelling companion patently unreasonable given scheme of legislation, Adjudicator's suspicions regarding source of money—Application allowed.

LYEW V. CANADA (MINISTER OF PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS) (T-1852-06, 2007 FC 1117, Phelan J., judgment dated 30/10/07, 19 pp.)

INCOME TAX

INCOME CALCULATION

Deductions

Appeal from Tax Court of Canada decision (2006 TCC 651) respondent (Nisker) entitled to deduct from income payment made to settle action against him notwithstanding fact liability took place at corporate level—T.C.C. erred in concluding expense incurred to protect respondent's business—Amount paid by respondent as damages resulting from personal liability not business expense under *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1—T.C.C. also erred in piercing corporate veil—Piercing of corporate veil directed towards shareholders, not corporate officers such as respondent—Appeal allowed.

NISKER V. CANADA (A-2-07, 2008 FCA 37, Létourneau J.A., judgment dated 31/1/08, 21 pp.)

Income or Capital Gain

Appeal from Tax Court of Canada decision allowing appeal against reassessment of income tax liability for 2000 taxation year—Employer receiving warrants to purchase common shares of company as part of consideration for financing—Allocating 742,692 warrants to appellant in 1998—Appellant exercising warrants, selling shares received in 2000—Including net proceeds as employment income in 2000—Tax Court holding net proceeds capital gain in 2000—*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 6(1)(a) generally mandating inclusion of value of property in income of employee for year of receipt when property of any kind (including warrants, stock options) received by employee from employer in course of employment—*Robertson v. Canada*, [1990] 2 F.C. 717 (C.A.) holding where, in course of employment relationship, employee receives right to acquire property from employer upon fulfillment of condition or contingency, receipt of right not constituting

INCOME TAX—Concluded

s. 6(1)(a) benefit to employee until condition fulfilled—Appellant receiving s. 6(1)(a) benefit in 1998 when warrants received from employer—Appeal dismissed.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. HENLEY (A-415-06, 2007 FCA 370, Ryer J.A., judgment dated 21/11/07, 10 pp.)

JUDGES AND COURTS

Judicial review of adjudicator's decision matter sent back to him for reconsideration be remitted to different adjudicator as he was convinced he had made right decision and could thus not fairly re-adjudicate matter—Although sometimes appropriate to remit matter back to same adjudicator, not so herein—Presumption of impartiality torn asunder by adjudicator's own words—Much better for adjudicator to recuse himself than to keep silent and give unfair hearing—Natural justice requiring matter be referred to another adjudicator—Application dismissed.

WEST REGION CHILD AND FAMILY SERVICES INC. V. NORTH (T-610-07, 2008 FC 85, Harrington J., order dated 23/1/08, 7 pp.)

PATENTS

Appeal from order (2005 FC 1183) prohibiting Minister of Health from issuing notice of compliance to Mayne Pharma (Canada) Inc. in respect of drug cefotaxime sodium until after expiry of Canadian patent No. 1319682—That patent subsequently de-listed—Prohibition remedy only available in context of *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133—Allowing prohibition order to stand would give respondent benefit of remedy not available outside context of Regulations where no basis existing under those Regulations for remedy—Appeal allowed.

AVENTIS PHARMA INC. V. MAYNE PHARMA (CANADA) INC. (A-456-05, 2008 FCA 21, Pelletier J.A., judgment dated 15/1/08, 2 pp.)

Appeal from applications Judge's decision (2007 FC 455) sufficiency of disclosure in Canadian patent No. 2041113 not properly before her since Apotex not raising issue in notice of allegation (NOA)—Judge correct in holding sufficiency of disclosure stand-alone ground which ought to have been raised in NOA—Appeal dismissed.

ELI LILLY CANADA INC. V. APOTEX INC. (A-261-07, 2008 FCA 44, Noël J.A., judgment dated 4/2/08, 3 pp.)

PRACTICE**JUDGMENTS AND ORDERS***Stay of Execution*

Motion for stay pursuant to *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 398(1)(b) of Federal Court judgment (2007 FC 1262) invalidating *Agreement between the Government of Canada and the Government of the United States of America for Cooperation in the Examination of Refugee Status Claims from Nationals of Third Countries*, Washington, 5 December 2002, [2004] Can. T.S. No. 2 (entered into force 29 December 2004) pending determination of appeal—Agreement invalidated on basis Governor in Council exceeded jurisdiction when designated U.S. as safe third country—Stays pending disposition of appeal granted on same basis as interlocutory injunctions—All three criteria (serious issue, irreparable harm, balance of convenience) met herein—Motion granted.

CANADIAN COUNCIL FOR REFUGEES V. CANADA (A-37-08, 2008 FCA 40, Richard C.J., order dated 31/1/08, 16 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.html> pour la Cour fédérale ou le commander au bureau central du greffé 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.**

BREVETS

Appel de l'ordonnance (2005 CF 1183) interdisant au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité à Mayne Pharma (Canada) Inc. relativement au céfotaxime sodique jusqu'à l'expiration du brevet canadien n° 1319682—Ce brevet a été radié par la suite—Le recours en interdiction ne peut être intenté qu'en vertu du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133—Le fait de ne pas infirmer l'ordonnance d'interdiction permettrait à l'intimé de se prévaloir d'un recours qui n'existe pas en dehors du contexte du Règlement alors qu'il n'existe aucun fondement pour le recours en vertu du Règlement—Appel accueilli.

AVENTIS PHARMA INC. C. MAYNE PHARMA (CANADA) INC. (A-456-05, 2008 CAF 21, juge Pelletier, J.C.A., jugement en date du 15-1-08, 2 p.)

Appel de la décision de la juge des requêtes (2007 CF 455) portant qu'elle n'était pas à bon droit saisie de la divulgation dans le brevet canadien n° 2041113 parce qu'Apotex n'a pas soulevé cette question dans son avis d'allégation (AA)—La juge a déclaré à bon droit que le caractère suffisant de la divulgation est un motif indépendant qui aurait dû être présenté dans l'AA—Appel rejeté.

ELI LILLY CANADA INC. C. APOTEX INC. (A-261-07, 2008 CAF 44, juge Noël, J.C.A., jugement en date du 4-2-08, 3 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

STATUT AU CANADA

Citoyens

Appel de la décision du Bureau de la citoyenneté rejetant une demande de citoyenneté—Il manquait au demandeur 385 jours à l'exigence d'au moins 1095 jours de résidence—Le Bureau de la citoyenneté n'a pas commis d'erreur lorsqu'il a appliqué une approche numérique stricte dans le cadre de l'examen pour la citoyenneté—Il a toutefois outrepassé sa compétence lorsqu'il a recommandé au ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration d'aviser l'Agence des services frontaliers du Canada et les fonctionnaires de l'immigration que le demandeur avait fourni des renseignements incomplets et erronés quant à sa résidence au Canada—Les art. 14(2) et 15(1) de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, limitent la fonction de communication du Bureau de la citoyenneté au prononcé des motifs de décision ou à l'émission de recommandations au ministre pour qu'il renonce à certaines conditions prescrites—Le rôle du Bureau n'est pas de prodiguer des conseils de nature administrative au ministère quant à la façon dont la demande de citoyenneté doit être traitée en vue d'assurer la sécurité frontalière—En l'absence d'une analyse approfondie de la preuve, les commentaires et la recommandation du Bureau n'étaient pas justifiés—Demande rejetée.

SERFATY C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (T-897-07, 2007 CF 1328, juge Barnes, jugement en date du 17-12-07, 6 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin*Personnes à protéger*

Contrôle judiciaire de la décision négative rendue à l'issue de l'examen des risques avant renvoi (ERAR)—Le demandeur, un Pakistanais, était un membre actif du mouvement politique MQM-A—L'agente d'ERAR a conclu que le demandeur pouvait se prévaloir d'une possibilité de refuge intérieur (PRI) à Karachi, où il demeurerait—Bien qu'il y ait eu de la persécution à Karachi dans le passé, la preuve démontre clairement que le MQM-A a des bastions dans plusieurs districts de Karachi où ses membres vivent et travaillent en toute sécurité—Selon la notion de la PRI, le refuge ne doit pas nécessairement être dans une autre ville ou province de l'État d'origine, dans la mesure où la région offre un refuge de la persécution qui sévit dans la région d'origine—La conclusion de l'agente selon laquelle le demandeur pouvait se prévaloir de la protection de l'État était raisonnable—Comme il est intégré à la vie politique du pays, le MQM-A exerce une certaine influence sur les forces de sécurité—Le demandeur n'a pas établi qu'il y avait plus qu'une simple possibilité de persécution au Pakistan—Demande rejetée.

JILANI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-711-07, 2007 CF 1354, juge Mosley, jugement en date du 21-12-07, 7 p.)

Réfugiés au sens de la Convention

Contrôle judiciaire du rejet, par la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR), de la demande d'asile—Le demandeur, un Mexicain, affirmait avoir été persécuté par le Mexique, par l'entremise d'agents de la police judiciaire—La CISR a conclu que le demandeur n'avait pas réfuté la présomption de la protection de l'État—Pour savoir si la présomption de la protection de l'État a été réfutée, l'efficacité de la protection offerte constitue un facteur d'importance—La protection doit être appréciée au niveau opérationnel—Même si le fardeau de la preuve lui revenait, le demandeur n'était pas tenu de demander la protection de l'État s'il était objectivement déraisonnable de le faire—La CISR a tenu compte de l'existence, mais non de l'efficacité, de la protection de l'État, faisant fi de la preuve contradictoire à cet égard—Afin d'évaluer à fond une demande d'asile, il faut établir la nature de l'agent de persécution dans le cadre de l'analyse de la protection de l'État—La distinction entre les « agents de l'État », les « agents rebelles » et les « criminels » soulève divers facteurs dans le cadre de l'appréciation de l'efficacité de la protection de l'État—Demande accueillie.

LOPEZ C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5544-06, 2007 CF 1341, juge Tremblay-Lamer, jugement en date du 21-12-07, 11 p.)

CONCURRENCE

Requête présentée en vertu de la règle 399 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, en vue d'obtenir une ordonnance annulant ou modifiant une ordonnance, rendue en vertu de l'art. 11 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34, sur requête *ex parte* du commissaire, obligeant Labatt et Lakeport à produire des dossiers documentaires et une déclaration écrite—Le fardeau qui incombe au commissaire de faire une divulgation fidèle et complète dans le cadre d'une requête *ex parte* en vertu de l'art. 11 de la Loi est lourd—Toutes les questions pertinentes au processus de pondération auquel la Cour doit se livrer pour trancher la question de savoir si elle doit rendre une ordonnance ou non doivent être divulguées—La divulgation faite par le commissaire en l'espèce était trompeuse, inexacte et incomplète à la lumière, entre autres, du chevauchement considérable entre les renseignements demandés et ceux qui avaient déjà été fournis et de l'omission de porter à l'attention de la Cour les préoccupations que Labatt avait soulevées auparavant quant au caractère onéreux des demandes antérieures de renseignements du commissaire—Requête accueillie, ordonnance annulée.

COMMISSAIRE DE LA CONCURRENCE C. LABATT BREWING CO. LTD. (T-325-07, 2008 CF 59, juge Mactavish, motifs publics de l'ordonnance en date du 28-1-08, 51 p.)

DOUANES ET ACCISE**LOI SUR LE RECYCLAGE DES PRODUITS DE LA CRIMINALITÉ ET LE FINANCEMENT DES ACTIVITÉS TERRORISTES**

Demande de contrôle judiciaire de la décision du représentant du ministre (l'arbitre) de restituer les espèces déclarées au moment de l'entrée au Canada (15 000 \$ CA) et de confisquer au profit de la Couronne le solde de l'argent parce qu'il soupçonnait que les autres sommes que les demanderesses tentaient d'amener au Canada constituaient des produits de la criminalité—En vertu de l'art. 12 de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités*

DOUANES ET ACCISE—Fin

terroristes, L.C. 2000, ch. 17, les demanderessees sont tenues de déclarer l'importation du montant intégral—Sur paiement de la pénalité, l'agent doit restituer les espèces sauf s'il soupçonne, pour des motifs raisonnables, que les espèces ou les instruments monétaires sont des produits de la criminalité—Le ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux a encaissé la traite bancaire non déclarée de 28 000 \$ US de la première demanderesse, mais a remis à la deuxième demanderesse trois chèques non déclarés d'une valeur de 20 000 \$ US—Aucune crainte raisonnable de partialité mais la différence de traitement ne concordait pas avec la décision de saisir et de confisquer l'argent—La décision de l'arbitre de restituer les trois chèques à la deuxième demanderesse était manifestement déraisonnable à la lumière du cadre législatif et des doutes quant à la provenance de l'argent—Demande accueillie.

LYEW C. CANADA (MINISTRE DE LA SÉCURITÉ PUBLIQUE ET DE LA PROTECTION CIVILE) (T-1852-06, 2007 CF 1117, juge Phelan, jugement en date du 30-10-07, 19 p.)

DROIT CONSTITUTIONNEL

CHARTRE DES DROITS

Libertés fondamentales

Contrôle judiciaire de la décision du Chef d'état-major de la Défense, qui a rejeté le grief relatif à l'allégation de harcèlement institutionnel découlant de politiques et de protocoles imposant une marque de loyauté et de respect envers la Reine—L'affaire *Roach c. Canada (Ministre d'État au Multiculturalisme et à la Citoyenneté)*, [1994] 2 C.F. 406 (C.A.) a été suivie; l'art. 2b) de la Charte (liberté d'expression) n'entraîne pas en jeu—Quoi qu'il en soit, les politiques et protocoles contestés étaient justifiés en vertu de l'article premier de la Charte—En outre, le demandeur n'a pas établi comment il y a eu atteinte à l'art. 2a) de la Charte (liberté de religion)—Comme les politiques et protocoles contestés n'étaient pas inconstitutionnels, il n'y avait pas de harcèlement institutionnel—Demande rejetée.

CHAINNIGH C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1809-06, 2008 CF 69, juge Barnes, jugement en date du 21-1-08, 27 p.)

FORCES ARMÉES

Appel de la décision (2006 CF 1532) par laquelle la Cour fédérale a refusé de contraindre la juge en chef militaire (JMC) à désigner un juge militaire et à demander à l'administrateur de la cour martiale (ACM) d'émettre un ordre de convocation de la cour martiale—L'accusé était un adjudant affecté à la Force opérationnelle interarmées 2 (FOI 2), unité affectée à la lutte contre le terrorisme et aux opérations spéciales—Les renseignements sur les membres de la FOI 2 sont protégés contre la diffusion publique conformément à une politique nationale de défense—L'accusé a été inculpé de voies de fait graves en Afghanistan—La JMC a refusé de désigner un juge militaire parce que l'acte d'accusation de l'accusé et les documents qui l'accompagnaient portaient la cote « Secret »—Appel accueilli—Le principe de la publicité des débats n'est pas absolu—Le décideur indépendant doit se livrer à un exercice de pondération pour établir si le principe l'emporte sur les intérêts que l'on tente de protéger en empêchant la diffusion des renseignements—L'art. 180(2) de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5, et l'art. 112.03(2) des *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* prévoient des audiences à huis clos lorsque des questions de sécurité publique ou de défense se posent—La politique n'empêche pas l'ordre de convocation d'identifier l'accusé sans l'associer à la FOI 2 puisque son identité n'est pas classifiée—La mise sous scellés de l'accusation par le DPM pendant quelque temps pour permettre au juge militaire d'apprécier la question de la confidentialité ne viole pas le principe de la publicité des débats.

CANADA (DIRECTEUR DES POURSUITES MILITAIRES) C. CANADA (ADMINISTRATEUR DE LA COUR MARTIALE) (A-53-07, 2007 CAF 390, juge Noël, J.C.A., jugement en date du 10-12-07, 22 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU

CALCUL DU REVENU

Déductions

Appel de la décision de la Cour canadienne de l'impôt (2006 CCI 651) portant que l'intimé (Nisker) avait le droit de déduire de son revenu le paiement versé en règlement de l'action intentée contre lui même si la responsabilité a été engagée au niveau

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

de la société—La C.C.I. a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que la dépense a été engagée pour protéger l'entreprise de l'intimé—Le montant que l'intimé a versé au titre de dommages-intérêts découlant de la responsabilité personnelle ne fait pas partie des dépenses d'entreprise en application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1—La C.C.I. s'est aussi méprise lorsqu'elle a levé le voile corporatif—La levée du voile corporatif s'adresse aux actionnaires, pas aux dirigeants de l'entreprise comme l'intimé—Appel accueilli.

NISKER C. CANADA (A-2-07, 2008 CAF 37, juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 31-1-08, 21 p.)

Revenu ou gain en capital

Appel de la décision de la Cour canadienne de l'impôt, qui a accueilli l'appel interjeté à l'encontre de la nouvelle cotisation de l'impôt sur le revenu pour l'année d'imposition 2000—L'employeur a reçu des bons de souscription visant l'achat d'actions ordinaires d'une société à titre de contrepartie dans le cadre d'un financement—Il a consenti 742 692 bons de souscription à l'appelant en 1998—L'appelant a exercé les bons de souscription et a vendu les actions reçues en 2000—Il a inclus le produit net à titre de revenu d'emploi en 2000—La Cour de l'impôt a statué que le produit net constituait un gain en capital en 2000—L'art. 6(1)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, précise de façon générale que la valeur des biens est à inclure dans le calcul du revenu de l'employé de l'année où les biens ont été reçus lorsque l'employé a reçu de l'employeur des biens de quelque nature que ce soit (y compris des bons de souscription et des options d'achat d'actions) dans le cadre de son emploi—Selon l'arrêt *Robertson c. Canada*, [1990] 2 C.F. 717 (C.A.) lorsque, dans le cadre d'une relation employeur-employé, l'employé obtient le droit d'acquérir des biens de l'employeur à la satisfaction d'une condition ou de la réalisation d'une éventualité, l'obtention de ce droit ne constitue pas un avantage au sens de l'art. 6(1)a) pour l'employé tant que la condition n'a pas été remplie—L'appelant a obtenu l'avantage au sens de l'art. 6(1)a) en 1998 lorsqu'il a reçu les bons de souscription de l'employeur—Appel rejeté.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. HENLEY (A-415-06, 2007 CAF 370, juge Ryer, J.C.A., jugement en date du 21-11-07, 10 p.)

JUGES ET TRIBUNAUX

Contrôle judiciaire de la décision de l'arbitre de déferer à un autre arbitre une affaire qui lui a été renvoyée pour réexamen parce qu'il était convaincu d'avoir pris la bonne décision et qu'il ne pouvait donc pas régler l'affaire de nouveau de façon juste—Bien qu'il y ait des cas où il convient de renvoyer l'affaire au même arbitre, ce n'était pas le cas en l'espèce—La présomption d'impartialité a été déchirée par les propos de l'arbitre—Il est préférable que l'arbitre se récuse plutôt que de garder le silence et d'avoir une audience inéquitable—Il faut, selon la justice naturelle, renvoyer l'affaire à un autre arbitre—Demande rejetée.

WEST REGION CHILD AND FAMILY SERVICES INC. C. NORTH (T-610-07, 2008 CF 85, juge Harrington, ordonnance en date du 23-1-08, 7 p.)

PEUPLES AUTOCHTONES*ÉLECTIONS*

Contrôle judiciaire des décisions de la directrice générale des élections de la bande et du Comité des appels en matière d'élections de la nation Piikani portant que les demandeurs ne pouvaient se porter candidats aux postes de conseillers de bande en raison de leur conduite indigne passée—On ne peut importer le principe traditionnel de la bande en matière de conduite dans le droit de se porter candidat—Il serait contraire aux éléments de preuve relatifs à l'intention quant aux motifs d'inadmissibilité d'inclure les motifs de révocation expressément énoncés dans le code électoral—Cependant, les divers intérêts en l'espèce ne justifient pas l'annulation de la décision de la directrice—Demande accueillie en partie.

JACKSON C. NATION PIIKANI (T-8-07, T-477-07, 2008 CF 130, juge Phelan, jugement en date du 1-2-08, 12 p.)

TERRES

Appel de la décision ([2007] 3 R.C.F. 464 (C.F.)) rejetant la demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien a autorisé la vente de neuf lots sur la réserve de la Bande indienne de

PEUPLES AUTOCHTONES—Fin

Songhees—Le juge a conclu à bon droit qu'il n'y avait pas la moindre trace de preuve devant le ministre pour l'inciter à aller au-delà des certificats de possession—Appel rejeté.

BANDE INDIENNE DE SONGHEES C. CANADA (MINISTRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN) (A-414-06, 2008 CAF 46, juge Trudel, J.C.A., jugement en date du 6-2-08, 5 p.)

PRATIQUE

JUGEMENTS ET ORDONNANCES

Sursis d'exécution

Requête visant à surseoir à l'exécution en vertu de la règle 398(1)b) des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, d'un jugement de la Cour fédérale (2007 CF 1262) qui a invalidé l'*Entente entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique pour la coopération en matière d'examen des demandes d'asile présentées par des ressortissants de pays tiers*, Washington, 5 décembre 2002, [2004] R.T. Can. n° 2 (entrée en vigueur le 29 décembre 2004) en attendant qu'il soit statué sur l'appel—L'Entente a été invalidée au motif que le gouverneur en conseil a outrepassé sa compétence lorsqu'il a désigné les É.-U. comme un pays tiers sûr—Les sursis en attendant qu'il soit statué sur l'appel sont accordés sur la même base que les injonctions interlocutoires—Les trois critères (question sérieuse, préjudice irréparable, prépondérance des inconvénients) ont été remplis en l'espèce—Requête accueillie.

CONSEIL CANADIEN POUR LES RÉFUGIÉS C. CANADA (A-37-08, 2008 CAF 40, juge en chef Richard, ordonnance en date du 31-1-08, 16 p.)