



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2019, Vol. 3, Part 2

2019, Vol. 3, 2^e fascicule

Cited as [2019] 3 F.C.R., {¹²⁵⁻³²⁶
D-11-D-15

Renvoi [2019] 3 R.C.F., {¹²⁵⁻³²⁶
F-13-F-18

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

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

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

SUZANNE THIBAUDEAU, Q.C./c.r.

LORNE WALDMAN, Waldman & Associates

LEGAL EDITORS

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

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

PRODUCTION STAFF

Production and Publication Manager

LINDA BRUNET

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY

NATHALIE LALONDE

ARRÊTISTES

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

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

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication

LINDA BRUNET

Attachées de recherche juridique

LYNNE LEMAY

NATHALIE LALONDE

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

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 Commissariat à la magistrature fédérale Canada, dont le commissaire est MARC A. GIROUX.

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2020.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2020.

Print

Cat. No. JU1-2-1

ISSN 1714-3713

Online

Cat. No. JU1-2-1-PDF

ISSN 1714-373X

Imprimé

N° de cat. JU1-2-1

ISSN 1714-3713

En ligne

N° de cat. JU1-2-1-PDF

ISSN 1714-373X

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

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

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

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

Subscribers who receive the Federal Courts Reports pursuant to the Canada Federal Court Reports Distribution Order should also address any inquiries and change of address notifications to the Editor:

Les abonnés qui reçoivent le Recueil en vertu du Décret sur la distribution du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada sont également priés d'adresser leurs demandes de renseignements et leurs avis de changements d'adresse à l'arrê-tiste en chef.

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

Le Recueil des décisions des Cours fédérales peut être consulté sur Internet au site Web suivant : <http://reports.cmf-fja.gc.ca/fra/>

CONTENTS

Appeals noted	I
Judgments	125–326
Digests.	D-11–D-15

Cosmetic Warriors Limited v. Riches, McKenzie & Herbert LLP (F.C.A.). 125

Trade-marks—Expungement—Appeal from Federal Court decision allowing appeal from Trademarks Opposition Board hearing officer's decision to maintain registration of trademark in proceeding challenging registration for non-use under *Trade-marks Act*, s. 45—Appellant owner of trademark “LUSH”—Lush Canada selling t-shirts bearing “LUSH” trademark to employees to wear as part of uniform, to give as gifts—Hearing officer finding trademark used in “normal course of trade” within meaning of Act, s. 4(1)—Finding LUSH-branded t-shirts objects of trade, not merely promotional—Federal Court finding that hearing officer unreasonably failing to consider certain evidence submitted by appellant—Finding conclusion that sales made in “normal course of trade” unreasonable—Concluding use of trademark in association with exported goods not established, therefore striking trademark from register—Whether test under Act, s. 4(1) having to include monetary profit for there to be transfer in “normal course of trade”, whether hearing officer's decision unreasonable—Hearing officer correctly determining that s. 4(1) not requiring that profit result from transfer of trademarked goods to constitute “normal course of trade”—Otherwise, common business practices would never amount to use sufficient to maintain registration of trademark—This not Parliament's intent—Use of trademark not synonymous with commercial success of goods associated with trademark—Strict profit requirement rendering s. 4(1) insufficiently flexible to respond to different commercial contexts—Case law not requiring that trading profit be made—There continues to be authority for proposition that free distribution of goods can meet “normal course of trade” requirement—Hearing officer correct in declining to hold that

SOMMAIRE

Appels notés	I
Jugements	125–326
Fiches analytiques.	F-13–F-18

Cosmetic Warriors Limited c. Riches, McKenzie & Herbert LLP (C.A.F.). 125

Marques de commerce—Radiation—Appel d'un jugement rendu par la Cour fédérale faisant droit à un appel d'une décision d'un agent d'audience de la Commission des oppositions des marques de commerce, qui a maintenu l'enregistrement d'une marque de commerce qui était contesté pour défaut d'emploi au titre de l'art. 45 de la *Loi sur les marques de commerce*—L'appelante est propriétaire de la marque de commerce « LUSH »—Des tee-shirts portant la marque de commerce LUSH ont été vendus par Lush Canada aux employés, qui les portaient comme uniforme ou les donnaient en cadeau—L'agent d'audience a conclu que la marque de commerce avait été employée dans la « pratique normale du commerce » au sens de l'art. 4(1) de la Loi—Il a conclu que les tee-shirts arborant la marque LUSH étaient des objets de commerce et n'étaient pas simplement promotionnels—La Cour fédérale a conclu que l'agent d'audience avait de façon déraisonnable omis de tenir compte d'éléments de preuve présentés par l'appelante—Elle a conclu que la conclusion selon laquelle les ventes avaient été faites dans la « pratique normale du commerce » était déraisonnable—Elle a conclu que l'emploi de la marque de commerce en liaison avec des produits exportés n'avait pas été établi, et a donc radié la marque de commerce du registre—Il s'agissait de savoir si le critère prévu à l'art. 4(1) doit inclure un profit pour qu'il y ait transfert dans la « pratique normale du commerce », et si la décision de l'agent d'audience était déraisonnable—L'agent d'audience a conclu à juste titre que l'art. 4(1) n'exige pas que le transfert de produits arborant une marque de commerce soit effectué à profit réel pour qu'il s'agisse d'un transfert dans la « pratique normale du commerce »—Sinon, des pratiques commerciales courantes ne seraient jamais suffisantes pour

CONTENTS (Continued)

owner needing to sell goods strictly for monetary profit for sales to be considered “in normal course of trade”—Actual profit not a prerequisite—Federal Court erring in finding hearing officer’s application of Act, s. 4(1) unreasonable—Federal Court also erring in undertaking its own reassessment, reappraisal of the evidence—Appeal allowed.

Administrative Law—Judicial Review—Standard of Review—Federal Court allowing appeal from Trademarks Opposition Board hearing officer’s decision to maintain registration of trademark in proceeding challenging registration for non-use under *Trade-marks Act*, s. 45—Appellant owner of trademark “LUSH”—Lush Canada selling t-shirts bearing “LUSH” trademark to employees to wear as part of uniform, to give as gifts—Hearing officer finding trademark used in “normal course of trade” within meaning of Act, s. 4(1)—Finding LUSH-branded t-shirts objects of trade, not merely promotional—Federal Court finding that hearing officer unreasonably failing to consider certain evidence submitted by appellant—Finding conclusion that sales made in “normal course of trade” unreasonable—Concluding use of trademark in association with exported goods not established, therefore striking trademark from register—Whether hearing officer’s decision unreasonable—Federal Court erring in finding hearing officer’s application of Act, s. 4(1) unreasonable, in undertaking its own reassessment, reappraisal of evidence—This amounting to applying correctness, not reasonableness, standard.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

maintenir l’enregistrement d’une marque de commerce—Cela n’était pas l’intention du législateur—L’emploi d’une marque de commerce n’est pas synonyme du succès commercial des marchandises qui y sont liées—Une exigence stricte de profit pourrait enlever à l’art. 4(1) la souplesse qu’il lui faut pour se plier aux contextes commerciaux divers—La jurisprudence n’exige pas qu’un profit commercial soit réalisé—La thèse selon laquelle même la distribution gratuite de produits peut satisfaire à l’exigence de la « pratique normale du commerce », continue de faire autorité—L’agent d’audience a eu raison de refuser de conclure qu’un propriétaire inscrit doit obligatoirement réaliser un profit sur la vente de ses produits pour que ces ventes soient considérées comme ayant été effectuées « dans la pratique normale du commerce »—Un profit réel n’est pas une condition préalable—La Cour fédérale a commis une erreur en concluant que l’agent d’audience avait appliqué l’art. 4(1) de façon déraisonnable—La Cour fédérale a aussi commis une erreur en entreprenant son propre réexamen de la preuve—Appel accueilli.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—Norme de contrôle judiciaire—La Cour fédérale a fait droit à un appel d’une décision d’un agent d’audience de la Commission des oppositions des marques de commerce, qui a maintenu l’enregistrement d’une marque de commerce qui était contesté pour défaut d’emploi au titre de l’art. 45 de la *Loi sur les marques de commerce*—L’appelante est propriétaire de la marque de commerce « LUSH »—Des tee-shirts portant la marque de commerce LUSH ont été vendus par Lush Canada aux employés, qui les portaient comme uniforme ou les donnaient en cadeau—L’agent d’audience a conclu que la marque de commerce avait été employée dans la « pratique normale du commerce » au sens de l’art. 4(1) de la Loi—Il a conclu que les tee-shirts arborant la marque LUSH étaient des objets de commerce et n’étaient pas simplement promotionnels—La Cour fédérale a conclu que l’agent d’audience avait de façon déraisonnable omis de tenir compte d’éléments de preuve présentés par l’appelante—Elle a conclu que la conclusion selon laquelle les ventes avaient été faites dans la « pratique normale du commerce » était déraisonnable—Elle a conclu que l’emploi de la marque de commerce en liaison avec des produits exportés n’avait pas été établi, et elle a donc radié la marque de commerce du registre—Il s’agissait de savoir si la décision de l’agent d’audience était déraisonnable—La Cour fédérale a commis une erreur en concluant que l’agent d’audience avait appliqué l’art. 4(1) de façon déraisonnable et en entreprenant son propre réexamen de la preuve—Cela revenait à appliquer la norme de la décision correcte et non celle de la décision raisonnable.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Canada (Board of Internal Economy) v. Boulterice (F.C.A.)..... 145

Constitutional Law—Fundamental Principles—Parliamentary privilege—Appeal from Federal Court decision dismissing appellants’ motions to strike four judicial review applications respondents bringing—Motions to strike based on contention that decisions being challenged covered by parliamentary privilege; as such, decisions immunized from judicial review; that House of Commons Board of Internal Economy not “federal board, commission or other tribunal” under *Federal Courts Act*—Respondents sitting New Democratic Party (NDP) Members of Parliament when launching judicial review applications; contending that four decisions made by Board arbitrary, contrary to parliamentary rules, politically motivated, made in bad faith—In dismissing appellants’ motions to strike, Federal Court Judge finding both that Federal Court having jurisdiction to review decisions made by Board, that decisions in issue not covered by parliamentary privilege—First two decisions at issue dealing with inappropriate mailings; third decision determining that NDP members inappropriately used parliamentary funds for expenses related to employment, telecommunications, travel; fourth decision requiring repayment of some \$2.7 million by Members whose budgets misused—Respondents maintaining that Board’s decisions unreasonable, incorrect, contrary to principles of natural justice, contrary to rule of law—Judge concluding that Board not excluded from Federal Courts’ jurisdiction under *Federal Courts Act*, s. 2(2)—Judge finding that Board’s powers set out in Parliament of Canada Act (PCA) derived from Act of Parliament, not from *Constitution Act, 1867*, s. 18—Also holding that Board’s decisions made under power conferred by Act of Parliament; therefore, decisions fell within Federal Court’s jurisdiction under *Federal Courts Act*, ss. 18, 18.1—As to issue of parliamentary privilege, Judge concluding that appellants failing to demonstrate that immunizing Board’s decisions from judicial review was necessary to protect dignity, efficiency of House of Commons—Whether Federal Court erred in drawing conclusions both that the Federal Court had jurisdiction to review decisions made by Board like those of any other “federal board” acting pursuant to Act of Parliament; that decisions in issue not covered by parliamentary privilege—Had Federal Court Judge followed principled approach set out by Supreme Court of Canada in *Canada (House of Commons) v. Vaid*, which precludes courts from inquiring into necessity of legislated privilege when it is shown to come within established category, Judge would have had to conclude that decisions in issue covered by parliamentary privilege; therefore, decisions could not be judicially reviewed—Functions performed by Board same as those

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Canada (Bureau de régie interne) c. Boulterice (C.A.F.)..... 145

Droit constitutionnel—Principes fondamentaux—Privilège parlementaire—Appel de la décision rendue par la Cour fédérale, qui a rejeté les requêtes en radiation des appelants de quatre demandes de contrôle judiciaire déposées par les intimés—Aux termes des requêtes en radiation, les décisions en litige sont protégées par le privilège parlementaire et, à ce titre, sont à l’abri du contrôle judiciaire; l’organe de gestion de la Chambre des communes, le Bureau de régie interne (le Bureau), n’est pas un « office fédéral » au sens de la *Loi sur les Cours fédérales*—Les intimés étaient des députés appartenant au Nouveau Parti démocratique (NPD) au moment du dépôt de leurs demandes de contrôle judiciaire; selon eux, quatre décisions du Bureau de régie interne étaient arbitraires, contraires aux règles parlementaires, politiques et empreintes de mauvaise foi—La juge de la Cour fédérale a rejeté les requêtes en radiation, concluant que la Cour fédérale pouvait contrôler les décisions du Bureau et que le privilège parlementaire ne protégeait pas les décisions en litige—Les deux premières décisions contestées portaient sur des envois irréguliers; il a été statué dans la troisième décision que des membres du NPD avaient utilisé des deniers parlementaires à des fins non permises pour payer des dépenses reliées à des emplois, à des télécommunications et à des déplacements; la quatrième décision ordonnait le remboursement de quelque 2,7 millions de dollars par les députés ayant utilisé à tort les fonds prévus à leur budget—Les intimés ont soutenu que les décisions du Bureau étaient déraisonnables et incorrectes, contraires aux principes de justice naturelle et contraires à la primauté du droit—La juge était d’avis que, suivant l’art. 2(2) de la Loi sur les Cours fédérales, le Bureau n’échappait pas à la compétence des Cours fédérales—La juge a estimé que les pouvoirs du Bureau prévus dans la *Loi sur le Parlement du Canada* (LPC) découlaient d’une loi fédérale, et non de l’art. 18 de la *Loi constitutionnelle de 1867*—Elle a conclu également que les décisions du Bureau découlaient de pouvoirs prévus par une loi fédérale et qu’elles étaient donc visées par la compétence que les art. 18 et 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* confèrent à la Cour fédérale—Quant à la question du privilège parlementaire, la juge a estimé que les appelants n’avaient pas réussi à démontrer qu’il était nécessaire de soustraire les décisions du Bureau au contrôle judiciaire pour protéger la dignité et l’efficacité de la Chambre des communes—Il s’agissait de savoir si la Cour fédérale a à tort conclu qu’elle était compétente pour contrôler les décisions du Bureau, comme celles de n’importe quel autre « office fédéral » exerçant des pouvoirs prévus par une loi fédérale, et que le privilège parlementaire ne protégeait pas

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

performed by Senate Committee on Internal Economy: both based on parliamentary privileges legislated in accordance with *Constitution Act, 1867*, s. 18; both constitutional in nature because they are essential aspect of these legislative bodies' autonomous functions—Parliamentary privilege claimed by appellants that House of Commons having exclusive right to oversee, decide matters pursuant to internal rules governing use made of funds, resources provided to Members of House for purpose of allowing them to perform their parliamentary functions accepted—Privilege claimed in this case coming within established categories of proceedings in Parliament, internal affairs, discipline—Because claimed privilege could be shown to come within one or more established categories, not open to Judge to inquire into its necessity—Concerning necessity, allowing courts to oversee decisions regarding allocation, use made of parliamentary resources in context of judicial reviews would seriously challenge dignity, efficiency of House—As to whether Parliament waived or abrogated House's exclusive right to control its internal financial affairs, House's exclusive right to regulate, oversee, decide issues regarding use made of parliamentary funds by Parliamentarians not waived or abrogated by creation of Board, enactment of PCA in 1985, or by any other enactment since then—Appeal allowed.

Federal Court Jurisdiction—Federal Court dismissing appellants' motions to strike four judicial review applications respondents bringing—Motions to strike based on contention that decisions being challenged covered by parliamentary privilege; as such, decisions immunized from judicial review; that House of Commons Board of Internal Economy not "federal board, commission or other tribunal" under *Federal Courts Act*—Federal Court Judge finding both that Federal Court having jurisdiction to review decisions made by Board, that decisions in issue not covered by parliamentary privilege—Judge concluding that Board not excluded from Federal Courts' jurisdiction under *Federal Courts Act*, s. 2(2)—Judge

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

les décisions en litige—Si elle avait adopté la démarche raisonnée énoncée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, suivant laquelle les tribunaux ne doivent pas déterminer la nécessité d'un privilège d'origine législative dès lors qu'il est démontré qu'il appartient à une catégorie établie, la juge de la Cour fédérale aurait été contrainte de conclure que les décisions en litige étaient visées par le privilège parlementaire; les décisions étaient par le fait même à l'abri de tout contrôle judiciaire—Les fonctions du Bureau sont identiques à celles du Comité sénatorial de la régie interne : elles sont fondées sur des privilèges parlementaires établis par voie législative en vertu de l'art. 18 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et sont de nature constitutionnelle, car elles forment un aspect essentiel de l'autonomie des organes législatifs—Le privilège parlementaire invoqué par les appelants, selon lequel la Chambre des communes avait le droit exclusif de surveiller l'utilisation des deniers et des ressources fournis aux députés pour leur permettre d'exercer leurs fonctions parlementaires et de trancher les affaires portant sur les règles adoptées pour ce faire, a été accepté—Le privilège invoqué en l'espèce appartenait à des catégories établies, à savoir celles des débats et travaux parlementaires, des affaires internes et des mesures disciplinaires—Comme il a été démontré que le privilège invoqué appartenait à au moins une catégorie établie, il n'était pas loisible à la juge d'en examiner la nécessité—En ce qui concerne la nécessité, permettre le contrôle judiciaire des décisions sur l'affectation et l'utilisation des ressources parlementaires minerait sérieusement la dignité et l'efficacité de la Chambre—Quant à la question de savoir si le Parlement a renoncé à son droit exclusif de tenir ses affaires financières internes en main ou l'a abrogé, la création du Bureau ou l'adoption de la LPC en 1985 et d'autres dispositions depuis n'ont emporté ni la renonciation au droit exclusif de la Chambre de réglementer et de contrôler l'emploi des deniers parlementaires par les parlementaires ainsi que de trancher les questions s'y rapportant, ni l'abrogation de ce droit—Appel accueilli.

Compétence de la Cour fédérale—La Cour fédérale a rejeté les requêtes des appelants en radiation de quatre demandes de contrôle judiciaire déposées par les intimés—Aux termes des requêtes en radiation, les décisions en litige étaient protégées par le privilège parlementaire et, à ce titre, étaient à l'abri du contrôle judiciaire; l'organe de gestion de la Chambre des communes, le Bureau de régie interne (le Bureau), n'est pas un « office fédéral » au sens de la *Loi sur les Cours fédérales*—La juge de la Cour fédérale a conclu que la Cour fédérale pouvait contrôler les décisions du Bureau et que le privilège parlementaire ne protégeait pas les décisions en litige—La juge était d'avis que, suivant l'art. 2(2) de la

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

finding that Board's powers set out in *Parliament of Canada Act* derived from Act of Parliament, not from *Constitution Act, 1867*, s. 18—Also holding that Board's decisions made under power conferred by Act of Parliament; therefore, decisions fell within Federal Court's jurisdiction under Federal Courts Act, ss. 18, 18.1—Whether Federal Court erred in concluding it had jurisdiction to review decisions made by Board like those of any other "federal board" acting pursuant to Act of Parliament—Appeal allowed—Had Judge followed analytical approach set out by Supreme Court of Canada in *Canada (House of Commons) v. Vaid*, she would have been bound to hold that Court was without jurisdiction to hear underlying judicial review applications because privilege claimed was authoritatively established.

Fehér v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) (F.C.)..... 207

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Removal of Refugees—Judicial reviews of decisions by inland enforcement officers refusing applicants' requests for deferrals of removal—Applicants, citizens of Hungary of Roma descent, challenging validity of *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 112(2)(b.1)—S. 112(2)(b.1) precluding refugee claimants from Designated Countries of Origin (DCO) from applying for pre-removal risk assessment (PRRA) before 36 months elapsing from last determination of risk before Refugee Protection Division (RPD)—Applicants' refugee claims refused by RPD—Applicants served with Direction to Report for removal—Applicants DCO nationals, having to wait 36 month before applying for PRRA—Applicants stating, *inter alia*, that s. 112(2)(b.1) denying class of persons right to timely PRRA by virtue of their nationality—Whether s. 112(2)(b.1) inconsistent with *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 15(1); if so, whether s. 112(2)(b.1) justifiable under Charter, s. 1—S. 112(2)(b.1), insofar as pertaining to DCO nationals, inconsistent with Charter, s. 15(1)—Differential treatment of DCO nationals constituting distinction based on national origin—Distinction not based on country conditions—Serving to marginalize, prejudice, stereotype refugee claimants from DCO countries—S. 112(2)(b.1) depriving refugee claimants from DCO countries of substantive equality—Expressly imposing disadvantage based on national origin alone constituting discrimination—Denying nationals from DCOs access to PRRA for

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Loi sur les Cours fédérales, le Bureau n'échappait pas à la compétence des Cours fédérales—La juge a estimé que les pouvoirs du Bureau prévus dans la *Loi sur le Parlement du Canada* découlent d'une loi fédérale, et non de l'art. 18 de la *Loi constitutionnelle de 1867*—Elle a conclu également que les décisions du Bureau découlaient de pouvoirs prévus par une loi fédérale et qu'elles étaient donc visées par la compétence que les art. 18 et 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* confèrent à la Cour fédérale—Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a à tort conclu qu'elle était compétente pour contrôler les décisions du Bureau, comme celles de n'importe quel autre « office fédéral » exerçant des pouvoirs prévus par une loi fédérale—Appel accueilli—Si elle avait adopté la démarche raisonnée énoncée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, la juge de la Cour fédérale aurait été contrainte de conclure que la Cour ne pouvait connaître des demandes de contrôle judiciaire au motif que le privilège invoqué devant elle avait été établi péremptoirement.

Fehér c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) (C.F.)..... 207

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Renvoi de réfugiés—Contrôle judiciaire des décisions par lesquelles des agents d'exécution de la loi dans les bureaux intérieurs ont refusé les demandes de report du renvoi des demandeurs—Les demandeurs, des citoyens de la Hongrie et d'origine rome, ont contesté la validité de l'art. 112(2)b.1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*—L'art. 112(2)b.1) empêche un demandeur d'asile, en provenance d'un pays d'origine désigné (POD), de demander un examen des risques avant renvoi (ERAR) avant que 36 mois se soient écoulés à compter du dernier examen du risque, devant la Section de la protection des réfugiés (SPR)—Les demandes d'asile des demandeurs ont été refusées par la SPR—On a ordonné aux demandeurs de se présenter pour leur renvoi du Canada—Les demandeurs, des ressortissants d'un POD, ont dû attendre pendant 36 mois avant de demander un ERAR—Les demandeurs ont soutenu notamment que l'art. 112(2)b.1) nie à une catégorie de personnes le droit d'obtenir un ERAR assez rapidement à cause de leur nationalité—Il s'agissait de savoir si l'art. 112(2)b.1) était incompatible avec l'art. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*; si c'était le cas, si l'art. 112(2)b.1) pouvait se justifier aux termes de l'article premier de la Charte—L'art. 112(2)b.1), en ce qui a trait aux ressortissants de POD, est incompatible avec l'art. 15(1) de la Charte—Le traitement différentiel à l'égard des ressortissants provenant d'un POD constitue une distinction fondée sur le pays d'origine—La distinction n'est pas fondée sur

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

24 months longer than non-DCO nationals not proportional to government's objectives, not minimally impairing—This inequality not saved by Charter, s. 1—Not necessary for Parliament to differentiate between DCO, non-DCO claimants when imposing restriction on when failed refugee claimant could access PRRA—S. 112(2)(b.1) declared inconsistent with Charter, s. 15(1) insofar as concerning DCO nationals—Words therein “or, in the case of a person who is a national of a country that is designated under subsection 109.1(1), less than 36 months” having no force or effect with respect to DCO nationals—Questions certified—Applications allowed.

Constitutional Law—Charter of Rights—Equality Rights—Enforcement officers refusing applicants' requests for deferrals of removal—Applicants, citizens of Hungary of Roma descent, challenging validity of *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 112(2)(b.1)—S. 112(2)(b.1) precluding refugee claimants from Designated Countries of Origin (DCO) from applying for pre-removal risk assessment (PRRA) before 36 months elapsing from last determination of risk—Applicants' refugee claims refused—Applicants DCO nationals, having to wait 36 month before applying for PRRA—Applicants stating, inter alia, that s. 112(2)(b.1) denying class of persons right to timely PRRA by virtue of their nationality—S. 112(2)(b.1), insofar as pertaining to DCO nationals, inconsistent with Charter, s. 15(1)—Differential treatment of DCO nationals vis-à-vis non-DCO nationals constituting distinction based on national origin for purposes of Charter, s. 15(1)—Distinction not based on country conditions—First aspect of substantive equality test satisfied by wording of s. 112(2)(b.1)—Distinction drawn between non-DCO, DCO refugee claimants in s. 112(2)(b.1) discriminatory on its face—Serving to further marginalize, prejudice, stereotype refugee claimants from DCO countries—S. 112(2)(b.1) depriving refugee claimants from DCO countries of substantive equality—Expressly imposing disadvantage based on national origin alone constituting discrimination—Denying nationals from DCOs access to PRRA for 24 months

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

les conditions en vigueur dans le pays—Elle a pour effet de marginaliser, de léser et de stéréotyper les demandeurs d'asile provenant d'un POD—L'art. 112(2)(b.1) prive les demandeurs d'asile provenant d'un POD d'une égalité réelle—Imposer expressément un désavantage fondé sur le pays d'origine constitue de la discrimination—Nier aux ressortissants d'un POD le recours à une demande d'ERAR pendant 24 mois de plus qu'aux ressortissants qui ne proviennent pas d'un POD n'est pas proportionnel aux objectifs du gouvernement, et ne constitue pas une atteinte minimale—Cette inégalité n'était pas justifiée aux termes de l'article premier de la Charte—Il n'était pas nécessaire que le législateur établisse une différence entre les ressortissants d'un POD et ceux ne provenant pas d'un POD pour imposer une restriction quant au délai à respecter pour qu'un demandeur d'asile débouté puisse présenter une demande d'ERAR—L'art. 112(2)(b.1) a été déclaré contraire à l'art. 15(1) de la Charte dans la mesure où il concernait les ressortissants d'un POD—Les termes « ou, dans le cas d'un ressortissant d'un pays qui fait l'objet de la désignation visée au paragraphe 109.1(1), moins de trente-six mois », contenus à l'art. 112(2)(b.1), ont été déclarés inopérants à l'égard des ressortissants d'un POD—Des questions ont été certifiées—Demandes accueillies.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Droits à l'égalité—Des agents d'exécution de la loi ont refusé les demandes de report du renvoi des demandeurs—Les demandeurs, des citoyens de la Hongrie et d'origine rome, ont contesté la validité de l'art. 112(2)(b.1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*—L'art. 112(2)(b.1) empêche un demandeur d'asile, en provenance d'un pays d'origine désigné (POD), de demander un examen des risques avant renvoi (ERAR) avant que 36 mois se soient écoulés à compter du dernier examen du risque—Les demandes d'asile des demandeurs ont été refusées—Les demandeurs, des ressortissants d'un POD, ont dû attendre 36 mois avant de demander un ERAR—Les demandeurs ont soutenu notamment que l'art. 112(2)(b.1) nie à une catégorie de personnes le droit d'obtenir un ERAR assez rapidement à cause de leur nationalité—Dans la mesure où il concerne les ressortissants d'un POD, l'art. 112(2)(b.1) est incompatible avec l'art. 15(1) de la Charte—Le traitement différentiel de ressortissants d'un POD par rapport à des ressortissants de pays d'origine non désignés constitue une distinction fondée sur le pays d'origine pour les besoins de l'application de l'art. 15(1) de la Charte—La distinction n'est pas fondée sur les conditions en vigueur dans le pays—Le premier aspect du critère d'égalité réelle a été satisfait par le libellé de l'art. 112(2)(b.1)—La distinction établie entre les demandeurs d'asile provenant d'un POD et ceux

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

longer than non-DCO nationals not proportional to government's objectives, not minimally invasive—112(2)(b.1) declared inconsistent with Charter, s. 15(1) insofar as concerning DCO nationals, not saved by Charter, s. 1.

Constitutional Law—Charter of Rights—Limitation Clause—Enforcement officers refusing applicants' requests for deferrals of removal—Applicants, citizens of Hungary of Roma descent, challenging validity of *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 112(2)(b.1)—S. 112(2)(b.1) precluding refugee claimants from Designated Countries of Origin (DCO) from applying for pre-removal risk assessment (PRRA) before 36 months elapsing from last determination of risk—Applicants' refugee claims refused—Applicants DCO nationals, having to wait 36 month before applying for PRRA—Applicants stating, *inter alia*, that s. 112(2)(b.1) denying class of persons right to timely PRRA by virtue of their nationality—S. 112(2)(b.1), insofar as pertaining to DCO nationals, inconsistent with Charter, s. 15(1)—Whether impact of s. 112(2)(b.1) on rights of DCO claimants vis-à-vis non-DCO claimants proportionate to pressing, substantial objectives of s. 112(2)(b.1)—Charter, s. 1 engaged herein—Objective of s. 112(2)(b.1) part of overall objectives of immigration reforms—However, s. 112(2)(b.1) not proportional to government's objectives, not minimally impairing—Risk of refolement not mitigated by other avenues open to DCO claimants—Not proven herein that s. 112(2)(b.1) least drastic means by which government could satisfy its objectives, that s. 112(2)(b.1) having additional deterrent effect—Not necessary for Parliament to differentiate between DCO, non-DCO claimants when imposing restriction on when failed refugee claimant could access PRRA—Act, s. 112(2)(b.1) not saved by Charter, s. 1.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

ne provenant pas d'un POD à l'art. 112(2)b.1) était discriminatoire en apparence—Elle a pour effet de marginaliser, de léser et de stéréotyper davantage les demandeurs provenant d'un POD—L'art. 112(2)b.1) prive les demandeurs d'asile provenant des pays d'origine désignés d'une égalité réelle—Imposer expressément un désavantage fondé sur le pays d'origine constitue de la discrimination—Nier aux ressortissants d'un POD le recours à une demande d'ERAR pendant 24 mois de plus qu'aux ressortissants qui ne proviennent pas d'un pays d'origine désigné n'est pas proportionnel aux objectifs du gouvernement, et ne constitue pas une atteinte minimale—L'art. 112(2)(b.1) a été déclaré contraire à l'art. 15(1) de la Charte dans la mesure où il concernait les ressortissants d'un POD, et il n'était pas justifié aux termes de l'article premier de la Charte.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Clause limitative—Des agents d'exécution de la loi ont refusé les demandes de report du renvoi des demandeurs—Les demandeurs, des citoyens de la Hongrie et d'origine rome, ont contesté la validité de l'art. 112(2)(b.1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*—L'art. 112(2)(b.1) empêche un demandeur d'asile, en provenance d'un pays d'origine désigné (POD), de demander un examen des risques avant renvoi (ERAR) avant que 36 mois se soient écoulés à compter du dernier examen du risque—Les demandes d'asile des demandeurs ont été refusées—Les demandeurs, des ressortissants d'un POD, ont dû attendre 36 mois avant de demander un ERAR—Les demandeurs ont soutenu notamment que l'art. 112(2)(b.1) nie à une catégorie de personnes le droit d'obtenir un ERAR assez rapidement à cause de leur nationalité—Dans la mesure où il concerne les ressortissants de POD, l'art. 112(2)(b.1) est incompatible avec l'art. 15(1) de la Charte—Il s'agissait de savoir si l'incidence de l'art. 112(2)(b.1) sur les droits des demandeurs provenant d'un POD par rapport à ceux ne provenant pas d'un POD était proportionnée eu égard aux objectifs urgents et réels de cet article—L'article premier de la Charte s'appliquait—L'objectif de l'art. 112(2)(b.1) fait partie des objectifs globaux visés par les modifications en matière d'immigration—Toutefois, l'art. 112(2)(b.1) n'est pas proportionnel aux objectifs du gouvernement et ne constitue pas une atteinte minimale—Tout risque de refolement n'est pas atténué compte tenu des recours dont les ressortissants d'un POD peuvent se prévaloir—On n'a pas démontré que l'art. 112(2)(b.1) était le moyen le moins radical permettant au gouvernement d'atteindre ses objectifs, que l'art. 112(2)(b.1) renferme un autre effet dissuasif—Il n'était pas nécessaire que le législateur établisse une différence entre les ressortissants d'un POD et ceux ne provenant pas d'un

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Practice—Mootness—Enforcement officers refusing applicants' requests for deferrals of removal—Applicants, citizens of Hungary of Roma descent, challenging validity of *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 112(2)(b.1)—S. 112(2)(b.1) precluding refugee claimants from Designated Countries of Origin (DCO) from applying for pre-removal risk assessment (PRRA) before 36 months elapsing from last determination of risk—Applicant's refugee claims refused—Applicants served with Direction to Report for removal—Deferrals of removal refused—Applicants DCO nationals, having to wait 36 months before applying for PRRA—Applicant Feher subsequently becoming eligible for PRRA—However, case management Judge dismissing respondent's motion to dismiss applications based on mootness—36-month PRRA waiting period eventually expiring for remaining applicants—Issue of mootness res judicata—Even though other individual applicants not becoming PRRA-eligible until after date of case management Judge's order, same considerations, analysis applying to them mutatis mutandis—Discretion exercised herein to decide case on its merits—Case raising important constitutional question otherwise evading judicial review, adversarial context still present.

SOMMAIRE (Fin)

POD pour imposer une restriction quant au délai à respecter pour qu'un demandeur d'asile débouté puisse présenter une demande d'ERAR—L'art. 112(2)(b.1) n'était pas justifié aux termes de l'article premier de la Charte.

Pratique—Caractère théorique—Des agents d'exécution de la loi ont refusé les demandes de report du renvoi des demandeurs—Les demandeurs, des citoyens de la Hongrie et d'origine rome, ont contesté la validité de l'art. 112(2)(b.1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*—L'art. 112(2)(b.1) empêche un demandeur d'asile, en provenance d'un pays d'origine désigné (POD), de demander un examen des risques avant renvoi (ERAR) avant que 36 mois se soient écoulés à compter du dernier examen du risque—Les demandes d'asile des demandeurs ont été refusées—On a ordonné aux demandeurs de se présenter pour leur renvoi du Canada—Les reports du renvoi ont été refusés—Les demandeurs, des ressortissants d'un POD, devaient attendre 36 mois avant de demander un ERAR—L'un des demandeurs, M. Feher, est par la suite devenu admissible à un ERAR—Toutefois, un juge chargé de la gestion de l'instance a rejeté une requête du défendeur visant à rejeter les demandes en se fondant sur le caractère théorique—La période d'attente de 36 mois de l'ERAR est finalement venue à échéance pour les autres demandeurs—La question relative au caractère théorique était une chose jugée—Même si tous les autres demandeurs ne sont pas devenus admissibles à l'ERAR avant la date de l'ordonnance rendue par le juge chargé de la gestion de l'instance, les mêmes considérations et analyse s'appliquaient à eux avec les adaptations nécessaires—La Cour a exercé son pouvoir discrétionnaire en l'espèce pour trancher cette affaire selon son bien-fondé—Cette affaire soulevait une question constitutionnelle importante qui aurait pu autrement avoir échappé au contrôle judiciaire, et il existait toujours un contexte contradictoire.

APPEALS NOTED

SUPREME COURT OF CANADA

Applications for leave to appeal

Bernard v. Canada (Professional Institute of the Public Service), A-181-18, 2019 FCA 236, Stratas J.A., judgment dated September 20, 2019, leave to appeal to S.C.C. refused April 16, 2020.

Brown v. Canada (Transportation Agency), 19-A-28, Stratas, de Montigny and Woods J.J.A., order dated August 15, 2019, leave to appeal to S.C.C. refused April 9, 2020.

Evolution Technologies Inc. v. Human Care Canada Inc., A-425-18, 2019 FCA 209, Laskin J.A., judgment dated July 18, 2019, leave to appeal to S.C.C. refused April 9, 2020.

Leung (Estate) v. Canada (Attorney General), A-9-18, 2019 FCA 180, Webb J.A., judgment dated June 13, 2019, leave to appeal to S.C.C. refused April 16, 2020.

Lim v. Canada (Citizenship and Immigration), A-282-19, Rennie, Woods and Rivoalen J.J.A., order dated December 3, 2019, leave to appeal to S.C.C. refused April 16, 2020.

Louie v. Canada, A-410-18, 2019 FCA 255, Dawson J.A., judgment dated October 17, 2019, leave to appeal to S.C.C. refused April 16, 2020.

Moretto v. Canada (Citizenship and Immigration), A-50-18, 2019 FCA 261, de Montigny J.A., judgment dated October 18, 2019, leave to appeal to S.C.C. refused April 2, 2020.

Oceanex Inc. v. Canada (Transport), A-113-18, 2019 FCA 250, Laskin J.A., judgment dated October 10, 2019, leave to appeal to S.C.C. refused March 26, 2020.

Revell v. Canada (Citizenship and Immigration), A-316-17, 2019 FCA 262, de Montigny J.A., judgement dated October 18, 2019, leave to appeal to S.C.C. refused April 2, 2020.

Southwind v. Canada, A-337-17, 2019 FCA 171, Nadon and Gleason J.J.A., judgment dated June 10, 2019, leave to appeal to S.C.C. granted April 16, 2020.

APPELS NOTÉS

COUR SUPRÊME DU CANADA

Demandes d'autorisation de pourvoi

Bernard c. Canada (Institut professionnel de la fonction publique), A-181-18, 2019 CAF 236, le juge Stratas, J.C.A., jugement en date du 20 septembre 2019, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 16 avril 2020.

Brown c. Canada (Office des transports), 19-A-28, les juges Stratas, de Montigny et Woods, J.C.A., ordonnance en date du 15 août 2019, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 9 avril 2020.

Evolution Technologies Inc. c. Human Care Canada Inc., A-425-18, 2019 CAF 209, le juge Laskin, J.C.A., jugement en date du 18 juillet 2019, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 9 avril 2020.

Leung (Succession) c. Canada (Procureur général), A-9-18, 2019 CAF 180, le juge Webb, J.C.A., jugement en date du 13 juin 2019, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 16 avril 2020.

Lim c. Canada (Citoyenneté et Immigration), A-282-19, les juges Rennie, Woods et Rivoalen, J.C.A., ordonnance en date du 3 décembre 2019, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 16 avril 2020.

Louie c. Canada, A-410-18, 2019 CAF 255, la juge Dawson, J.C.A., jugement en date du 17 octobre 2019, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 16 avril 2020.

Moretto c. Canada (Citoyenneté et Immigration), A-50-18, 2019 CAF 261, le juge de Montigny, J.C.A., jugement en date du 18 octobre 2019, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 2 avril 2020.

Oceanex Inc. c. Canada (Transport), A-113-18, 2019 CAF 250, le juge Laskin, J.C.A., jugement en date du 10 octobre 2019, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 26 mars 2020.

Revell c. Canada (Citoyenneté et Immigration), A-316-17, 2019 CAF 262, le juge de Montigny, J.C.A., jugement en date du 18 octobre 2019, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 2 avril 2020.

Southwind c. Canada, A-337-17, 2019 CAF 171, les juges Nadon et Gleason, J.C.A., jugement en date du 10 juin 2019, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée le 16 avril 2020.

Tetra Tech EBA Inc. v. Georgetown Rail Equipment Company,
A-69-18, 2019 FCA 203, Dawson J.A., judgment dated July 9,
2019, leave to appeal to S.C.C. refused April 16, 2010.

Tetra Tech EBA Inc. c. Georgetown Rail Equipment Company,
A-69-18, 2019 CAF 203, la juge Dawson, J.C.A., jugement en
date du 9 juillet 2019, autorisation de pourvoi à la C.S.C.
refusée le 16 avril 2010.

**Federal Courts
Reports**

2019, Vol. 3, Part 2

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2019, Vol. 3, 2^e fascicule

A-70-18
2019 FCA 48

A-70-18
2019 CAF 48

Cosmetic Warriors Limited (*Appellant*)

Cosmetic Warriors Limited (*appelante*)

v.

c.

Riches, McKenzie & Herbert LLP (*Respondent*)

Riches, McKenzie & Herbert LLP (*intimée*)

INDEXED AS: COSMETIC WARRIORS LIMITED v. RICHES, MCKENZIE & HERBERT LLP

RÉPERTORIÉ : COSMETIC WARRIORS LIMITED c. RICHES, MCKENZIE & HERBERT LLP

Federal Court of Appeal, Webb, Rennie and Laskin J.J.A.—Toronto, October 1, 2018; Ottawa, March 11, 2019.

Cour d’appel fédérale, juges Webb, Rennie et Laskin, J.C.A.—Toronto, 1^{er} octobre 2018; Ottawa, 11 mars 2019.

Trademarks — Expungement — Appeal from Federal Court decision allowing appeal from Trademarks Opposition Board hearing officer’s decision to maintain registration of trademark in proceeding challenging registration for non-use under Trademarks Act, s. 45 — Appellant owner of trademark “LUSH” — Lush Canada selling t-shirts bearing “LUSH” trademark to employees to wear as part of uniform, to give as gifts — Hearing officer finding trademark used in “normal course of trade” within meaning of Act, s. 4(1) — Finding LUSH-branded t-shirts objects of trade, not merely promotional — Federal Court finding that hearing officer unreasonably failing to consider certain evidence submitted by appellant — Finding conclusion that sales made in “normal course of trade” unreasonable — Concluding use of trademark in association with exported goods not established, therefore striking trademark from register — Whether test under Act, s. 4(1) having to include monetary profit for there to be transfer in “normal course of trade”, whether hearing officer’s decision unreasonable — Hearing officer correctly determining that s. 4(1) not requiring that profit result from transfer of trademarked goods to constitute “normal course of trade” — Otherwise, common business practices would never amount to use sufficient to maintain registration of trademark — This not Parliament’s intent — Use of trademark not synonymous with commercial success of goods associated with trademark — Strict profit requirement rendering s. 4(1) insufficiently flexible to respond to different commercial contexts — Case law not requiring that trading profit be made — There continues to be authority for proposition that free distribution of goods can meet “normal course of trade” requirement — Hearing officer correct in declining to hold that owner needing to sell goods strictly for monetary profit for sales to be considered “in normal course of trade” — Actual profit not a prerequisite — Federal Court erring in finding hearing officer’s application of Act, s. 4(1) unreasonable — Federal Court also erring in

Marques de commerce — Radiation — Appel d’un jugement rendu par la Cour fédérale faisant droit à un appel d’une décision d’un agent d’audience de la Commission des oppositions des marques de commerce, qui a maintenu l’enregistrement d’une marque de commerce qui était contesté pour défaut d’emploi au titre de l’art. 45 de la Loi sur les marques de commerce — L’appelante est propriétaire de la marque de commerce « LUSH » — Des tee-shirts portant la marque de commerce LUSH ont été vendus par Lush Canada aux employés, qui les portaient comme uniforme ou les donnaient en cadeau — L’agent d’audience a conclu que la marque de commerce avait été employée dans la « pratique normale du commerce » au sens de l’art. 4(1) de la Loi — Il a conclu que les tee-shirts arborant la marque LUSH étaient des objets de commerce et n’étaient pas simplement promotionnels — La Cour fédérale a conclu que l’agent d’audience avait de façon déraisonnable omis de tenir compte d’éléments de preuve présentés par l’appelante — Elle a conclu que la conclusion selon laquelle les ventes avaient été faites dans la « pratique normale du commerce » était déraisonnable — Elle a conclu que l’emploi de la marque de commerce en liaison avec des produits exportés n’avait pas été établi, et a donc radié la marque de commerce du registre — Il s’agissait de savoir si le critère prévu à l’art. 4(1) doit inclure un profit pour qu’il y ait transfert dans la « pratique normale du commerce », et si la décision de l’agent d’audience était déraisonnable — L’agent d’audience a conclu à juste titre que l’art. 4(1) n’exige pas que le transfert de produits arborant une marque de commerce soit effectué à profit réel pour qu’il s’agisse d’un transfert dans la « pratique normale du commerce » — Sinon, des pratiques commerciales courantes ne seraient jamais suffisantes pour maintenir l’enregistrement d’une marque de commerce — Cela n’était pas l’intention du législateur — L’emploi d’une marque de commerce n’est pas synonyme du succès commercial des marchandises qui y sont liées — Une exigence stricte de profit

undertaking its own reassessment, reappraisal of the evidence — Appeal allowed.

Administrative Law — Judicial Review — Standard of Review — Federal Court allowing appeal from Trademarks Opposition Board hearing officer's decision to maintain registration of trademark in proceeding challenging registration for non-use under Trademarks Act, s. 45 — Appellant owner of trademark "LUSH" — Lush Canada selling t-shirts bearing "LUSH" trademark to employees to wear as part of uniform, to give as gifts — Hearing officer finding trademark used in "normal course of trade" within meaning of Act, s. 4(1) — Finding LUSH-branded t-shirts objects of trade, not merely promotional — Federal Court finding that hearing officer unreasonably failing to consider certain evidence submitted by appellant — Finding conclusion that sales made in "normal course of trade" unreasonable — Concluding use of trademark in association with exported goods not established, therefore striking trademark from register — Whether hearing officer's decision unreasonable — Federal Court erring in finding hearing officer's application of Act, s. 4(1) unreasonable, in undertaking its own reassessment, reappraisal of evidence — This amounting to applying correctness, not reasonableness, standard.

This was an appeal from a Federal Court decision allowing an appeal from a decision of a hearing officer of the Trademarks Opposition Board maintaining the registration of a trademark in a proceeding challenging the registration for non-use under section 45 of the *Trademarks Act*.

pourrait enlever à l'art. 4(1) la souplesse qu'il lui faut pour se plier aux contextes commerciaux divers — La jurisprudence n'exige pas qu'un profit commercial soit réalisé — La thèse selon laquelle même la distribution gratuite de produits peut satisfaire à l'exigence de la « pratique normale du commerce », continue de faire autorité — L'agent d'audience a eu raison de refuser de conclure qu'un propriétaire inscrit doit obligatoirement réaliser un profit sur la vente de ses produits pour que ces ventes soient considérées comme ayant été effectuées « dans la pratique normale du commerce » — Un profit réel n'est pas une condition préalable — La Cour fédérale a commis une erreur en concluant que l'agent d'audience avait appliqué l'art. 4(1) de façon déraisonnable — La Cour fédérale a aussi commis une erreur en entreprenant son propre réexamen de la preuve — Appel accueilli.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle judiciaire — La Cour fédérale a fait droit à un appel d'une décision d'un agent d'audience de la Commission des oppositions des marques de commerce, qui a maintenu l'enregistrement d'une marque de commerce qui était contesté pour défaut d'emploi au titre de l'art. 45 de la Loi sur les marques de commerce — L'appelante est propriétaire de la marque de commerce « LUSH » — Des tee-shirts portant la marque de commerce LUSH ont été vendus par Lush Canada aux employés, qui les portaient comme uniforme ou les donnaient en cadeau — L'agent d'audience a conclu que la marque de commerce avait été employée dans la « pratique normale du commerce » au sens de l'art. 4(1) de la Loi — Il a conclu que les tee-shirts arborant la marque LUSH étaient des objets de commerce et n'étaient pas simplement promotionnels — La Cour fédérale a conclu que l'agent d'audience avait de façon déraisonnable omis de tenir compte d'éléments de preuve présentés par l'appelante — Elle a conclu que la conclusion selon laquelle les ventes avaient été faites dans la « pratique normale du commerce » était déraisonnable — Elle a conclu que l'emploi de la marque de commerce en liaison avec des produits exportés n'avait pas été établi, et elle a donc radié la marque de commerce du registre — Il s'agissait de savoir si la décision de l'agent d'audience était déraisonnable — La Cour fédérale a commis une erreur en concluant que l'agent d'audience avait appliqué l'art. 4(1) de façon déraisonnable et en entreprenant son propre réexamen de la preuve — Cela revenait à appliquer la norme de la décision correcte et non celle de la décision raisonnable.

Il s'agissait d'un appel d'un jugement rendu par la Cour fédérale faisant droit à un appel d'une décision d'un agent d'audience de la Commission des oppositions des marques de commerce, qui a maintenu l'enregistrement d'une marque de commerce qui était contesté pour défaut d'emploi au titre de l'article 45 de la *Loi sur les marques de commerce*.

The appellant is the owner of the trademark “LUSH” and operates through licensees worldwide. One such licensee, Lush Canada, operates LUSH stores. Lush Canada sold t-shirts bearing the “LUSH” trademark to LUSH employees to wear as part of their uniform, and sometimes to give as gifts to family and friends. The hearing officer found that the trademark had been used in the “normal course of trade” within the meaning of subsection 4(1) of the Act, and that there was no need to consider whether use was established in relation to exported goods under subsection 4(3). The hearing officer found that even though the evidence suggested that the clothing was sold to employees at cost, and even though the trademark owner’s primary business was personal care products and cosmetics, the LUSH-branded t-shirts were “themselves objects of trade” and “not *merely* promotional”, since they had been sold to employees, invoices had been issued, and taxes had been collected on the sales. The Federal Court found that the hearing officer had unreasonably failed to consider evidence submitted by the appellant indicating that the t-shirts were identified as “swag” by their supplier, and were sold by Lush Canada to employees at prices approximating their acquisition cost. The Federal Court found the conclusion that the sales were in the “normal course of trade” to be unreasonable based on the absence of profit, the limited extent of the sales and their promotional nature, and the fact that the appellant is not normally in the business of selling clothing. The Federal Court also concluded that use of the trademark in association with exported goods had not been established. It therefore struck the trademark from the register. The appellant asked that the LUSH trademark be maintained on the register. The appellant argued, *inter alia*, that the Federal Court applied the wrong tests for trademark use within the meaning of subsections 4(1) and (3) of the Act.

At issue was whether the test under subsection 4(1) must include a monetary profit for there to be a transfer in the “normal course of trade”, and whether the hearing officer’s decision was unreasonable.

Held, the appeal should be allowed.

The hearing officer correctly determined that subsection 4(1) does not require that a transfer of trademarked goods be for actual profit to constitute a transfer in the “normal course of trade”. A conclusion that actual profit is required would mean that such common business practices as selling last year’s trademarked merchandise at a discount would never amount

L’appelante est propriétaire de la marque de commerce « LUSH » et exerce ses activités par l’entremise de licenciés partout dans le monde. Parmi ces licenciés se trouve Lush Canada, qui exploite des magasins LUSH. Des tee-shirts portant la marque de commerce LUSH ont été vendus par Lush Canada aux employés des magasins LUSH, qui les portaient comme uniforme ou parfois les donnaient en cadeau à leur famille et à leurs amis. L’agent d’audience a conclu que la marque de commerce avait été employée dans la « pratique normale du commerce » au sens du paragraphe 4(1) de la Loi et qu’il n’était pas nécessaire de déterminer si l’emploi, au sens du paragraphe 4(3), avait été établi relativement aux produits exportés. L’agent d’audience a conclu que, même si la preuve donnait à penser que les vêtements avaient été vendus à des employés au prix coûtant et même si l’activité principale du propriétaire de la marque du commerce était la vente de produits de soins personnels et de produits cosmétiques, les tee-shirts arborant la marque LUSH étaient « en eux-mêmes, des objets de commerce » et n’étaient « pas *simplement* promotionnels », puisqu’ils avaient été vendus à des employés, que des factures avaient été établies et que des taxes avaient été perçues sur les ventes. La Cour fédérale a conclu que l’agent d’audience avait de façon déraisonnable omis de tenir compte d’éléments de preuve présentés par l’appelante montrant que les tee-shirts avaient été qualifiés par leur fournisseur de [TRADUCTION] « marchandises promotionnelles » et qu’ils étaient vendus par Lush Canada aux employés à des prix se rapprochant de leur coût d’acquisition. La Cour fédérale a conclu que la conclusion selon laquelle les ventes avaient été faites dans la « pratique normale du commerce » était déraisonnable compte tenu de l’absence de preuve de profit, de la portée limitée des ventes et de leur nature promotionnelle, et du fait que l’appelante ne vend habituellement pas de vêtements. La Cour fédérale a également conclu que l’emploi de la marque de commerce en liaison avec des produits exportés n’avait pas été établi. Elle a donc radié la marque de commerce du registre. L’appelante a demandé le maintien de l’enregistrement de la marque de commerce LUSH. Elle a fait valoir notamment que la Cour fédérale a appliqué les mauvais critères pour déterminer s’il y avait emploi de la marque de commerce au sens des paragraphes 4(1) et (3) de la Loi.

Il s’agissait de savoir si le critère prévu au paragraphe 4(1) doit inclure un profit pour qu’il y ait transfert dans la « pratique normale du commerce », et si la décision de l’agent d’audience était déraisonnable.

Arrêt : l’appel doit être accueilli.

L’agent d’audience a conclu à juste titre que le paragraphe 4(1) n’exige pas que le transfert de produits arborant une marque de commerce soit effectué à profit réel pour qu’il s’agisse d’un transfert dans la « pratique normale du commerce ». Une conclusion selon laquelle un profit réel est nécessaire signifierait que des pratiques commerciales

to use sufficient to maintain registration of a trademark. That could not have been the intention of Parliament. It would also be inconsistent with the principle that “[u]se of a trademark is not ... synonymous with commercial success of the [goods] associated with the trade-mark”. A strict profit requirement could render subsection 4(1) insufficiently flexible to respond to the many different commercial contexts in which it may need to be applied. The case law does not go so far as to require that a trading profit be made. There continues to be authority for the proposition that even the free distribution of goods can, depending on the circumstances, meet the “normal course of trade” requirement. The hearing officer in this case was correct in declining to hold that “a registered owner needs to sell its goods strictly for monetary profit for such sales to be considered ‘in the normal course of trade’”. Whether or not the transfer yielded a profit can be a relevant circumstance. But actual profit is not a prerequisite.

The Federal Court erred in finding the hearing officer’s application of subsection 4(1) to be unreasonable, and in undertaking its own reassessment and reappraisal of the evidence. A judge reviewing a decision of the hearing officer for reasonableness should not reassess the evidence and substitute his or her own appreciation of the evidence for that of the hearing officer. That would amount to applying the correctness and not the reasonableness standard. While the hearing officer erred in declining to draw an inference adverse to the appellant from the documentation showing purchases and sales of the t-shirts on the basis that the appellant was not required to file it, this error did not render unreasonable the hearing officer’s decision as a whole.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42.
Trademarks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 2 “trademark”, “use”, 4(1),(3), 45, 56.

CASES CITED

APPLIED:

Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness), 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *One*

courantes, comme la vente à prix réduit de produits arborant une marque de commerce de l’année dernière, ne seraient jamais suffisantes pour maintenir l’enregistrement d’une marque de commerce. Cela ne peut pas avoir été l’intention du législateur. Cette intention serait aussi incompatible avec le principe selon lequel « l’emploi d’une marque de commerce n’est pas synonyme du succès commercial des marchandises qui y sont liées ». Une exigence stricte de profit pourrait enlever au paragraphe 4(1) la souplesse qu’il lui faut pour se plier aux nombreux contextes commerciaux divers dans lesquels il pourrait devoir s’appliquer. La jurisprudence ne va pas jusqu’à exiger qu’un profit commercial soit réalisé. La thèse retenue dans une décision judiciaire, selon laquelle même la distribution gratuite de produits peut, selon les circonstances, satisfaire à l’exigence de la « pratique normale du commerce », continue de faire autorité. L’agent d’audience en l’espèce a eu raison de refuser de conclure « qu’un propriétaire inscrit doit obligatoirement réaliser un profit sur la vente de ses produits pour que [ces] ventes soient considérées comme ayant été effectuées “dans la pratique normale du commerce” ». La question de savoir si le transfert a produit un profit ou non peut constituer un facteur pertinent, mais un profit réel n’est pas une condition préalable.

La Cour fédérale a commis une erreur en concluant que l’agent d’audience avait appliqué le paragraphe 4(1) de façon déraisonnable et en entreprenant son propre réexamen de la preuve. Le juge qui contrôle la décision d’un agent d’audience pour en déterminer le caractère raisonnable ne doit pas réexaminer la preuve et substituer sa propre appréciation de la preuve à celle de l’agent d’audience. S’il le faisait, cela reviendrait à appliquer la norme de la décision correcte et non celle de la décision raisonnable. L’agent d’audience a commis une erreur en refusant de tirer une conclusion défavorable à l’égard de l’appelante à partir de la documentation faisant état des achats et des ventes de tee-shirts au motif que l’appelante n’était pas tenue de la produire, mais cette erreur n’a pas rendu déraisonnable la décision de l’agent d’audience dans son ensemble.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur le droit d’auteur, L.R.C. (1985), ch. C-42.
Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 2 « emploi », « marque de commerce », 4(1),(3), 45, 56.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile), 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *One Group LLC c.*

Group LLC v. Gouverneur Inc., 2016 FCA 109, 483 N.R. 1; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283; *JC Penney Co. Inc. v. Gaberdine Clothing Co. Inc.*, 2001 FCT 1333, 213 F.T.R. 189; *CBM Kabushiki Kaisha v. Lin Trading Co. Ltd.* (1985), 5 C.P.R. (3d) 27, [1985] T.M.O.B. No. 71 (QL), affd [1987] 2 F.C. 352, (1987), 14 C.P.R. (3d) 32 (T.D.), affd [1989] 1 F.C. 620, (1989), 21 C.P.R. 93d 417 (C.A.).

CONSIDERED:

Mattel, Inc. v. 3894207 Canada Inc., 2006 SCC 22, [2006] 1 S.C.R. 772; *Diamant Elinor Inc. v. 88766 Canada Inc.*, 2010 FC 1184, 90 C.P.R. (4th) 428; *John Labatt Ltd. v. Rainier Brewing Co.* (1984), 80 C.P.R. (2d) 228, 54 N.R. 296 (F.C.A.); *Plough (Canada) Limited v. Aerosol Fillers Inc.*, [1981] 1 F.C. 679, (1980), 53 C.P.R. (2d) 62 (C.A.); *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190.

REFERRED TO:

Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City), 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3; *Domaines Pinnacle Inc. v. Constellation Brands Inc.*, 2016 FCA 302, leave to appeal to S.C.C. refused [2017] 4 S.C.R. viii; *Molson Breweries v. John Labatt Ltd.*, [2000] 3 F.C. 145, (2000), 5 C.P.R. (4th) 180 (C.A.); *Iwasaki Electric Co. Ltd. v. Hortilux Schreder B.V.*, 2012 FCA 321, 442 N.R. 310; *John Labatt Ltd. v. Molson Cos. Ltd.* (1987), 19 C.P.R. (3d) 211, [1987] T.M.O.B. No. 326 (QL), revd (1988), 22 C.P.R. (3d) 311, 22 F.T.R. 270 (F.C.T.D.); *Cast Iron Soil Pipe Institute v. Concourse International Trading Inc.* (1988), 19 C.P.R. (3d) 393, [1988] T.M.O.B. No. 43 (QL); *Distrimed Inc. v. Dispill Inc.*, 2013 FC 1043, 119 C.P.R. (4th) 1; *Conagra Foods Inc. v. Fetherstonhaugh & Co.*, 2002 FCT 1257, 23 C.P.R. (4th) 49; *Cathay Pacific Airways Limited v. Air Miles International Trading B.V.*, 2015 FCA 253, 133 C.P.R. (4th) 333; *Jean Pierre v. Canada (Immigration and Refugee Board)*, 2018 FCA 97.

AUTHORS CITED

Pretnar, Bojan. "Use and Non-Use in Trade Mark Law" in Jeremy Phillips and Ilana Simon, eds., *Trade Mark Use*, Oxford: Oxford University Press, 2005.

APPEAL from a Federal Court decision (2018 FC 63, 156 C.P.R. (4th) 425) allowing an appeal from a decision of a hearing officer of the Trademarks Opposition Board (2017 TMOB 36) maintaining the registration of a trademark in a proceeding challenging the registration

Gouverneur Inc., 2016 CAF 109; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; *JC Penney Co. Inc. c. Gaberdine Clothing Co. Inc.*, 2001 CFPI 1333; *CBM Kabushiki Kaisha v. Lin Trading Co. Ltd.* (1985), 5 C.P.R. (3d) 27, [1985] T.M.O.B. n° 71 (QL), conf. par [1987] 2 C.F. 352 (1^{re} inst.), conf. par [1989] 1 C.F. 620 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Mattel, Inc. c. 3894207 Canada Inc., 2006 CSC 22, [2006] 1 R.C.S.772; *Diamant Elinor Inc. c. 88766 Canada Inc.*, 2010 CF 1184; *John Labatt Ltd. c. Rainier Brewing Co.*, [1984] A.C.F. n° 302 (QL) (C.A.); *Plough (Canada) Limited c. Aerosol Fillers Inc.*, [1981] 1 C.F. 679 (C.A.); *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190.

DÉCISIONS CITÉES :

Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville), 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3; *Domaines Pinnacle Inc. c. Constellation Brands Inc.*, 2016 CAF 302, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [2017] 4 R.C.S. viii; *Brasseries Molson c. John Labatt Ltée*, [2000] 3 C.F. 145 (C.A.); *Iwasaki Electric Co. Ltd. c. Hortilux Schreder B.V.*, 2012 CAF 321; *John Labatt Ltd. v. Molson Cos. Ltd.* (1987), 19 C.P.R. (3d) 211, [1987] T.M.O.B. n° 326 (QL), inf. par (1988), 22 C.P.R. (3d) 311, 22 F.T.R. 270 (C.F. 1^{re} inst.); *Cast Iron Soil Pipe Institute v. Concourse International Trading Inc.* (1988), 19 C.P.R. (3d) 393, [1988] T.M.O.B. n° 43 (QL); *Distrimed Inc. c. Dispill Inc.*, 2013 CF 1043; *Conagra Foods Inc. c. Fetherstonhaugh & Co.*, 2002 CFPI 1257; *Cathay Pacific Airways Limited c. Air Miles International Trading B.V.*, 2015 CAF 253; *Jean Pierre c. Canada (Immigration et Statut de réfugié)*, 2018 CAF 97.

DOCTRINE CITÉE

Pretnar, Bojan. « Use and Non-Use in Trade Mark Law » dans Jeremy Phillips et Ilana Simon, dir., *Trade Mark Use*, Oxford : Oxford University Press, 2005.

APPEL d'un jugement rendu par la Cour fédérale (2018 CF 63) faisant droit à un appel d'une décision d'un agent d'audience de la Commission des oppositions des marques de commerce (2017 COMC 36), qui a maintenu l'enregistrement d'une marque de commerce

for non-use under section 45 of the *Trademarks Act*.
Appeal allowed.

qui était contesté pour défaut d’emploi au titre de l’article 45 de la *Loi sur les marques de commerce*. Appel accueilli.

APPEARANCES

Mark Robbins and *Tamara Céline Winegust* for appellant.
Peter W. Choe and *Scott Jolliffe* for respondent.

ONT COMPARU :

Mark Robbins et *Tamara Céline Winegust* pour l’appelante.
Peter W. Choe et *Scott Jolliffe* pour l’intimée.

SOLICITORS OF RECORD

Bereskin & Parr LLP, Toronto, for appellant.
Gowling WLG (Canada) LLP, Toronto, for respondent.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Bereskin & Parr LLP, Toronto, pour l’appelante.
Gowling WLG (Canada) LLP, Toronto, pour l’intimée.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

LASKIN J.A.:

LE JUGE LASKIN, J.C.A. :

I. Overview

I. Aperçu

[1] Cosmetic Warriors Limited appeals from a judgment of the Federal Court (Manson J., 2018 FC 63, 156 C.P.R. (4th) 425), allowing an appeal from a decision of the Registrar of Trademarks (2017 TMOB 36), made through her delegate, a hearing officer of the Trademarks Opposition Board. The hearing officer maintained the registration of a trademark in a proceeding challenging the registration for non-use under section 45 of the *Trade-marks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13 [the Act]. He found that the trademark had been used in the “normal course of trade” within the meaning of subsection 4(1) of the Act, and that given that finding, there was no need to consider whether use was established in relation to exported goods under subsection 4(3).

[1] Cosmetic Warriors Limited interjette appel d’un jugement rendu par la Cour fédérale (le juge Manson, 2018 CF 63) faisant droit à un appel d’une décision du registraire des marques de commerce (2017 COMC 36), rendue par son délégué, un agent d’audience de la Commission des oppositions des marques de commerce. L’agent d’audience a maintenu l’enregistrement d’une marque de commerce qui était contesté pour défaut d’emploi au titre de l’article 45 de la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13 [la Loi]. Il a conclu que la marque de commerce avait été employée dans la « pratique normale du commerce » au sens du paragraphe 4(1) de la Loi et que, compte tenu de cette conclusion, il n’était pas nécessaire de déterminer si l’emploi, au sens du paragraphe 4(3), avait été établi relativement aux produits exportés.

[2] In issue is the trademark “LUSH”, as registered (No. TMA649810) for use in association with “[c]lothing, namely, t-shirts”. The owner of the trademark, Cosmetic Warriors, is a cosmetics company that operates through licensees worldwide. These include the company referred to as Lush Canada, which operates LUSH stores in this

[2] Est en cause la marque de commerce « LUSH » telle qu’elle est enregistrée (n° TMA649810) pour son emploi en liaison avec des [TRADUCTION] « vêtements, à savoir des tee-shirts ». Le propriétaire de la marque de commerce, Cosmetic Warriors, est une entreprise de cosmétiques qui exerce ses activités par l’entremise de

country. T-shirts and tank tops bearing the LUSH trademark are sold by Lush Canada in limited quantities to LUSH store employees in both Canada and the United States to wear as part of their uniform, and sometimes to give as gifts to family and friends. Cosmetic Warriors also creates limited edition t-shirts bearing the LUSH mark to promote its public awareness and lobbying campaigns, which address social and environmental issues of importance to the cosmetics industry. The proceeds from these items go to direct action and charitable groups.

[3] On appeal, the Federal Court Judge found that the hearing officer had unreasonably failed to consider evidence submitted by Cosmetic Warriors indicating, among other things, that the t-shirts and tank tops were identified as “swag” by their supplier, and were sold by Lush Canada to employees at prices approximating their acquisition cost. On a review of all of the evidence, the Judge found the hearing officer’s conclusion that the sales were in the “normal course of trade” to be unreasonable. The judge based this view on the absence of evidence of profit, the limited extent of the sales and their promotional nature, and the fact that Cosmetic Warriors is not normally in the business of selling clothing. He also concluded that use of the trademark in association with exported goods had not been established. He therefore struck the trademark from the register.

[4] Cosmetic Warriors asks that the Federal Court’s judgment be set aside and that the LUSH trademark be maintained on the register in accordance with the hearing officer’s decision. It argues that the Federal Court Judge applied the wrong tests for trademark use within the meaning of subsections 4(1) and (3), and that he was insufficiently deferential to the hearing officer’s findings.

licenciés partout dans le monde. Parmi ces licenciés se trouve l’entreprise connue sous le nom de Lush Canada, qui exploite des magasins LUSH au pays. Des tee-shirts et des débardeurs portant la marque de commerce LUSH sont vendus par Lush Canada en quantité limitée aux employés des magasins LUSH au Canada et aux États-Unis, qui les portent comme uniforme ou parfois les donnent en cadeau à leur famille et à leurs amis. Cosmetic Warriors crée également des tee-shirts à édition limitée portant la marque LUSH pour promouvoir ses campagnes de sensibilisation et de lobbying sur des causes sociales et environnementales d’importance pour l’industrie des cosmétiques. Le produit tiré la vente de ces articles sert alors à des actions directes ou est versé à des organismes de bienfaisance.

[3] En appel, le juge de la Cour fédérale a conclu que l’agent d’audience avait omis, d’une manière déraisonnable, de tenir compte d’éléments de preuve présentés par Cosmetic Warriors montrant, entre autres, que les tee-shirts et les débardeurs avaient été qualifiés par leur fournisseur de [TRADUCTION] « marchandises promotionnelles » et qu’ils étaient vendus par Lush Canada aux employés à des prix se rapprochant de leur coût d’acquisition. Après examen de l’ensemble de la preuve, le juge a conclu que la conclusion de l’agent d’audience selon laquelle les ventes avaient été faites dans la « pratique normale du commerce » était déraisonnable. Le juge s’est fondé sur l’absence de preuve de profit, la portée limitée des ventes et leur nature promotionnelle, et le fait que Cosmetic Warriors ne vend habituellement pas de vêtements. Il a également conclu que l’emploi de la marque de commerce en liaison avec des produits exportés n’avait pas été établi. Il a donc radié la marque de commerce du registre.

[4] Cosmetic Warriors demande l’annulation du jugement de la Cour fédérale et le maintien de l’enregistrement de la marque de commerce LUSH conformément à la décision de l’agent d’audience. Elle fait valoir que le juge de la Cour fédérale a appliqué les mauvais critères pour déterminer s’il y avait emploi de la marque de commerce au sens des paragraphes 4(1) et (3) et qu’il n’a pas fait preuve de suffisamment de retenue à l’égard des conclusions de l’agent d’audience.

[5] For the reasons set out below, I would allow the appeal.

II. Statutory context

[6] As the Supreme Court has famously stated, “[u]nlike other forms of intellectual property, the gravamen of trade-mark entitlement is actual use.... in trade-marks the watchword is ‘use it or lose it’”: *Mattel, Inc. v. 3894207 Canada Inc.*, 2006 SCC 22, [2006] 1 S.C.R. 772, at paragraph 5. This is reflected in the Act’s definition of “trademark” in section 2:

Definitions

2 ...

...

trademark ...

(a) a mark that is used by a person for the purpose of distinguishing or so as to distinguish goods or services manufactured, sold, leased, hired or performed by him from those manufactured, sold, leased, hired or performed by others,

[7] Section 45 of the Act provides a summary procedure for removing from the register trademarks that have fallen into disuse. Subsection 45(1) authorizes the Registrar, either at her own initiative at any time or on a request made after three years from the date a trademark was registered, to require the owner of the trademark to provide evidence showing that it was in use in Canada during the preceding three-year period. By subsections 45(3) and (5), if the owner fails to show use in Canada within that period, or a good reason for non-use, the registration will be expunged.

[8] As also provided in section 2, the definition of “use” in relation to a trademark in association with goods is set out in subsection 4(1). It reads as follows:

[5] Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis d’accueillir l’appel.

II. Le contexte législatif

[6] Comme l’a dit la Cour suprême dans un jugement bien connu, « [c]ontrairement à d’autres formes de propriété intellectuelle, le droit à une marque de commerce repose essentiellement sur son emploi véritable [...] en ce qui concerne une marque de commerce, le mot d’ordre est de l’employer sous peine de la perdre » : *Mattel, Inc. c. 3894207 Canada Inc.*, 2006 CSC 22, [2006] 1 R.C.S. 772, au paragraphe 5. On retrouve ce principe dans la définition de « marque de commerce » à l’article 2 de la Loi :

Définitions

2 [...]

[...]

marque de commerce [...]

a) marque employée par une personne pour distinguer, ou de façon à distinguer, les produits fabriqués, vendus, donnés à bail ou loués ou les services loués ou exécutés, par elle, des produits fabriqués, vendus, donnés à bail ou loués ou des services loués ou exécutés, par d’autres;

[7] L’article 45 de la Loi établit la procédure sommaire servant à radier du registre les marques de commerce tombées en désuétude. Le paragraphe 45(1) autorise le registraire, en tout temps de sa propre initiative ou sur demande écrite présentée après trois années à compter de la date de l’enregistrement d’une marque de commerce, à enjoindre au propriétaire de lui fournir une preuve démontrant que la marque de commerce a été employée au Canada à un moment quelconque au cours des trois années précédentes. Du fait des paragraphes 45(3) et (5), si le propriétaire est incapable de démontrer que la marque de commerce a été employée au Canada au cours de cette période ou de fournir une justification pour le défaut d’emploi, l’enregistrement sera radié.

[8] Comme le prévoit également l’article 2, la définition d’« emploi » d’une marque de commerce en liaison avec des produits est énoncée au paragraphe 4(1), qui est libellé ainsi :

When deemed to be used

4 (1) A trademark is deemed to be used in association with goods if, at the time of the transfer of the property in or possession of the goods, in the normal course of trade, it is marked on the goods themselves or on the packages in which they are distributed or it is in any other manner so associated with the goods that notice of the association is then given to the person to whom the property or possession is transferred. [Emphasis added.]

[9] Subsection 4(3) provides in the following terms for the deemed use in Canada of a trademark used in association with exported goods:

4 (1) ...**Use by export**

(3) A trademark that is marked in Canada on goods or on the packages in which they are contained is, when the goods are exported from Canada, deemed to be used in Canada in association with those goods.

[10] Proceedings under section 45 are heard by the Registrar, who may delegate this function to a hearing officer. Subsection 45(2) limits the evidence that may be adduced to the affidavit or statutory declaration provided by the trademark owner. No cross-examination on that evidence is permitted, and no counter-evidence may be submitted, though both the trademark owner and the person at whose request the notice was given may make representations. The Federal Court has described the burden of proof on the trademark owner in a section 45 proceeding as “very light”—the evidence filed by the trademark owner “must only supply facts from which a conclusion of use may follow as a logical inference”: see, for example, *Diamant Elinor Inc. v. 88766 Canada Inc.*, 2010 FC 1184, 90 C.P.R. (4th) 428, at paragraph 9. The evidence must nonetheless be sufficient to “inform the Registrar in detail of the situation prevailing with respect to the use of the trade-mark so that [the Registrar], and the Court on appeal, can form an opinion and apply the substantive rule set out in [subsection 45(3)]”: *John Labatt Ltd. v. Rainier Brewing Co.* (1984), 80 C.P.R. (2d) 228, 54 N.R. 296 (F.C.A.), at pages 235–236 [of C.P.R.], excerpting from *Plough (Canada) Limited v. Aerosol Fillers Inc.*, [1981] 1 F.C. 679, (1980), 53 C.P.R. (2d) 62 (C.A.), at page 684.

Quand une marque de commerce est réputée employée

4 (1) Une marque de commerce est réputée employée en liaison avec des produits si, lors du transfert de la propriété ou de la possession de ces produits, dans la pratique normale du commerce, elle est apposée sur les produits mêmes ou sur les emballages dans lesquels ces produits sont distribués, ou si elle est, de toute autre manière, liée aux produits à tel point qu’avis de liaison est alors donné à la personne à qui la propriété ou possession est transférée. [Non souligné dans l’original.]

[9] Le paragraphe 4(3) dispose ce qui suit pour l’emploi réputé au Canada d’une marque de commerce employée en liaison avec des produits exportés :

4 (1) [...]**Emploi pour exportation**

(3) Une marque de commerce mise au Canada sur des produits ou sur les emballages qui les contiennent est réputée, quand ces produits sont exportés du Canada, être employée dans ce pays en liaison avec ces produits.

[10] Les procédures prévues à l’article 45 sont instruites par le registraire, qui peut déléguer cette fonction à un agent d’audience. Le paragraphe 45(2) limite la preuve qui peut être présentée à l’affidavit ou à la déclaration solennelle fournie par le propriétaire de la marque de commerce. Il n’est pas permis de procéder à un contre-interrogatoire sur ces éléments de preuve ni de présenter de contre-preuve, quoique le propriétaire de la marque de commerce et la personne à la demande de laquelle l’avis a été donné puissent présenter des observations. La Cour fédérale a décrit le fardeau de preuve dont doit s’acquitter le propriétaire de la marque de commerce comme étant « très bas »; il suffit que la preuve déposée par le propriétaire de la marque de commerce « établiss[e] des faits à partir desquels une conclusion d’emploi peut logiquement être inférée » : voir, par exemple, *Diamant Elinor Inc. c. 88766 Canada Inc.*, 2010 CF 1184, au paragraphe 9. La preuve doit néanmoins être suffisante pour « informer [le registraire] quant à l’emploi de la marque de commerce afin que lui et la Cour, s’il y a appel, puissent être en mesure d’apprécier la situation et d’appliquer, le cas échéant, la règle de fond énoncée au [paragraphe 45(3)] » : *John Labatt Ltd. c. Rainier Brewing Co.*, [1984] A.C.F. n° 302 (QL) (C.A.), (1984) 80 C.P.R. (2d) 228, aux pages 235 et 236 [du C.P.R.], citant l’arrêt *Plough (Canada) Limited c.*

[11] By subsection 56(1), an appeal lies to the Federal Court from the decision in a section 45 proceeding. Subsection 56(5) authorizes the filing of additional evidence in the Federal Court, and provides that, on appeal, the Court “may exercise any discretion vested in the Registrar.”

III. Standard of review

[12] The standard of review in appeals from decisions on judicial review of administrative decisions also applies in statutory appeals like this one: *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3, at paragraph 38; *Domaines Pinnacle Inc. v. Constellation Brands Inc.*, 2016 FCA 302, at paragraph 8, leave to appeal to S.C.C. refused [[2017] 4 S.C.R. viii], 2017 CanLII 23865.

[13] Accordingly, as set out in *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559, at paragraphs 45–47, this Court’s task on appeal is to determine whether the Federal Court, in reviewing the decision of the Registrar, correctly identified the administrative law standard of review that it should apply—either reasonableness or correctness—and properly applied that standard. This means as a practical matter that this Court “step[s] into the shoes” of the Federal Court and focuses on the Registrar’s decision: *Agraira*, at paragraph 46; *One Group LLC v. Gouverneur Inc.*, 2016 FCA 109, 483 N.R. 1, at paragraph 12.

[14] In section 56 appeals from decisions of the Registrar, the answer to the first *Agraira* question—whether the Federal Court correctly identified the standard that it should apply—ordinarily depends on whether new material evidence was adduced on appeal: see *Molson Breweries v. John Labatt Ltd.*, [2000] 3 F.C. 145, (2000), 5 C.P.R. (4th) 180 (C.A.), at paragraph 51; *Iwasaki Electric Co. Ltd. v. Hortilux Schreder B.V.*, 2012 FCA 321, 442 N.R. 310, at paragraphs 2–3. If, as in this case, no new material evidence was adduced on appeal,

Aerosol Fillers Inc., [1981] 1 C.F. 679 (C.A.), à la page 684.

[11] Aux termes du paragraphe 56(1), appel de toute décision rendue sous le régime de l’article 45 peut être interjeté à la Cour fédérale. Le paragraphe 56(5) autorise le dépôt d’éléments de preuve supplémentaires devant la Cour fédérale et dispose qu’en appel, le tribunal « peut exercer toute discrétion dont le registraire est investi ».

III. La norme de contrôle

[12] La norme de contrôle qui s’applique aux appels par voie de contrôle judiciaire de décisions administratives s’applique également aux appels prévus par la loi, comme en l’espèce : *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3, au paragraphe 38; *Domaines Pinnacle Inc. c. Constellation Brands Inc.*, 2016 CAF 302, au paragraphe 8, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [[2017] 4 R.C.S. viii], 2017 CanLII 23865.

[13] Conséquemment, comme il a été établi dans l’arrêt *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559, aux paragraphes 45 à 47, la tâche de la Cour en appel est de déterminer si la Cour fédérale, en contrôlant la décision du registraire, a correctement déterminé la norme de contrôle en droit administratif qu’elle devait appliquer — la décision raisonnable ou la décision correcte — et si elle a correctement appliqué cette norme. Cela signifie en pratique que la Cour « se [met] à la place » de la Cour fédérale et se concentre sur la décision du registraire : *Agraira*, au paragraphe 46; *One Group LLC c. Gouverneur Inc.*, 2016 CAF 109, au paragraphe 12.

[14] Dans les appels des décisions du registraire interjetés en vertu de l’article 56, la réponse à la première question formulée dans l’arrêt *Agraira* — à savoir si la Cour fédérale a correctement déterminé la norme qu’elle devait appliquer — dépend habituellement de la question de savoir si de nouveaux éléments de preuve importants ont été présentés en appel : voir *Brasseries Molson c. John Labatt Ltée*, [2000] 3 C.F. 145 (C.A.), au paragraphe 51; *Iwasaki Electric Co. Ltd. c. Hortilux Schreder B.V.*, 2012 CAF 321, aux paragraphes 2 et 3.

decisions of the Registrar within the Registrar's area of expertise, whether of fact, law or discretion, are ordinarily to be reviewed on the reasonableness standard.

[15] The applicability of the reasonableness standard is subject to an exception. Where the Act gives concurrent jurisdiction to the Registrar and the Federal Court to decide a question of statutory interpretation at first instance, the rationale set out in *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283, calls for application of the correctness standard to the Registrar's decision on that question.

[16] In *Rogers*, the Supreme Court held, in the context of proceedings under the *Copyright Act*, R.S.C., 1985 c. C-42, that "[i]t would be inconsistent for the court to review a legal question on judicial review of a decision of the [Copyright] Board on a deferential standard and decide exactly the same legal question *de novo* if it arose in an infringement action in the court at first instance" (at paragraph 14). The Court added that the conferral of concurrent jurisdiction on the Copyright Board and the court required the inference "that the legislative intent was not to recognize superior expertise of the Board relative to the court with respect to such legal questions" (at paragraph 15).

[17] The *Trademarks Act* assigns jurisdiction at first instance to the Court in relation to "use" in a variety of contexts, including in infringement and invalidity proceedings. In my view, therefore, the same inconsistency referred to in *Rogers* arises, and the same inference as in *Rogers* is required, with respect to the Registrar's decisions on the meaning of "use" within the meaning of the Act. These decisions are accordingly subject to review on the correctness standard.

Si, comme en l'espèce, aucun nouvel élément de preuve important n'a été présenté en appel, les décisions du registraire qui relèvent de son domaine d'expertise, qu'elles portent sur les faits, le droit ou un pouvoir discrétionnaire, sont habituellement contrôlées selon la norme de la décision raisonnable.

[15] Il y a toutefois une exception à l'application de la norme de la décision raisonnable. Lorsque la Loi confère au registraire et à la Cour fédérale une compétence concurrente en première instance pour trancher une question d'interprétation législative, le raisonnement exposé dans l'arrêt *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283, commande l'application de la norme de la décision correcte à la décision du registraire sur cette question.

[16] Dans l'arrêt *Rogers*, la Cour suprême a jugé que, dans le contexte de procédures encadrées par la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, « [i] serait illogique de contrôler la décision de la Commission [du droit d'auteur] sur un point de droit selon une norme déferente, mais d'examiner *de novo* la décision d'une cour de justice rendue en première instance sur le même point de droit dans le cadre d'une action pour violation du droit d'auteur » (au paragraphe 14). La Cour a ajouté que, du fait que le législateur a conféré une compétence concurrente à la Commission du droit d'auteur et à la Cour, il fallait inférer « que le législateur n'a pas voulu reconnaître à la Commission une expertise supérieure à celle de la cour de justice en la matière » (au paragraphe 15).

[17] La *Loi sur les marques de commerce* confère à la Cour compétence en première instance relativement à l'« emploi » dans divers contextes, y compris les procédures de violation et d'invalidité. Donc, à mon avis, il y a en l'espèce la même incohérence que celle dont il est question dans l'arrêt *Rogers* et il faut en tirer la même inférence en ce qui concerne les décisions du registraire sur le sens du terme « emploi » pour l'application de la Loi. Ces décisions sont donc susceptibles de contrôle judiciaire selon la norme de la décision correcte.

IV. Did the hearing officer err in finding trademark use under subsection 4(1)?

A. *The test under subsection 4(1)—Is actual profit required?*

[18] In determining that the “normal course of trade” requirement was met, the hearing officer found [at paragraphs 23 and 25] that even though the evidence suggested that the t-shirts were sold to employees at cost, and even though the trademark owner’s primary business was personal care products and cosmetics, the LUSH-branded t-shirts were “themselves objects of trade” and “not *merely* promotional” (emphasis in original), since they had been sold to employees, invoices had been issued, and taxes had been collected on the sales. The hearing officer added (at paragraph 25) that he did

... not consider it appropriate to expand the ... jurisprudence to suggest that a registered owner needs to sell its goods strictly for monetary profit for such sales to be considered “in the normal course of trade” within the meaning of section 4(1) of the Act.

[19] On appeal, the Federal Court Judge stated (at paragraph 10) that the first issue before him was whether “the ‘normal course of trade’ requirement” required “transfer of the marked goods for profit”. He then referred to Cosmetic Warriors’ lack of actual profit from the sales several times in his reasons. As a result, Cosmetic Warriors submits that the Federal Court Judge in effect overruled the hearing officer on this issue and imposed a requirement that, for there to be a transfer in the “normal course of trade”, the goods be sold strictly for actual monetary profit. In doing so, Cosmetic Warriors submits, the judge applied the wrong test for use under subsection 4(1).

[20] I disagree that the Federal Court Judge decided this issue. Although he no doubt posed the question whether

IV. L’agent d’audience a-t-il commis une erreur en concluant qu’il y avait emploi de la marque de commerce au sens du paragraphe 4(1)?

A. *Le critère prévu au paragraphe 4(1) : faut-il qu’il y ait profit réel?*

[18] En jugeant qu’il était satisfait à l’exigence de la « pratique normale du commerce », l’agent d’audience a conclu [aux paragraphes 23 et 25] que, même si la preuve donnait à penser que les tee-shirts avaient été vendus à des employés au prix coûtant et même si l’activité principale du propriétaire de la marque du commerce était la vente de produits de soins personnels et de produits cosmétiques, les tee-shirts arborant la marque LUSH étaient « en eux-mêmes, des objets de commerce » et n’étaient « pas *simplement* promotionnels » (en italique dans l’original) puisqu’ils avaient été vendus à des employés, que des factures avaient été établies et que des taxes avaient été perçues sur les ventes. L’agent d’audience a ajouté (au paragraphe 25) ce qui suit :

[...] J’estime qu’il est inapproprié d’élargir la portée de la jurisprudence [...] pour laisser entendre qu’un propriétaire inscrit doit obligatoirement réaliser un profit sur la vente de ses produits pour que ses ventes soient considérées comme ayant été effectuées « dans la pratique normale du commerce » au sens de l’article 4(1) de la Loi.

[19] En appel, le juge de la Cour fédérale a affirmé (au paragraphe 10) que la première question en litige dont il était saisi était de savoir si « [l]’exigence de la “pratique normale du commerce” » requerrait « le transfert des produits arborant la marque en réalisant un profit ». Il a ensuite mentionné plusieurs fois dans ses motifs que les ventes ne procuraient aucun profit réel à Cosmetic Warriors. Par conséquent, Cosmetic Warriors soutient que le juge de la Cour fédérale a en fait infirmé la décision de l’agent d’audience sur cette question et a imposé l’exigence selon laquelle, pour qu’il y ait transfert dans la « pratique normale du commerce », il faut obligatoirement réaliser un profit réel sur la vente des produits. Cosmetic Warriors soutient que le juge, en agissant ainsi, a appliqué le mauvais critère pour déterminer s’il y a emploi au sens du paragraphe 4(1).

[20] Je ne souscris pas à la thèse voulant que le juge de la Cour fédérale ait tranché cette question. Bien qu’il ait

actual profit is a required element of a transfer in the “normal course of trade”, a review of his analysis makes it clear that he did not decide this legal question, and did not consider his finding to turn on its answer. Instead, he proceeded (at paragraph 12) on the basis that, in the circumstances before him, “what constitutes ‘use in the normal course of trade’ ... involves a mixed or intertwined question of fact and law, that cannot be readily separated, such that the legal question is not neatly extricable from its factual context”. He thus did not see himself as deciding any extricable legal question, such as whether, as a matter of law, actual profit is required. He also noted (at paragraph 18) that in certain circumstances the free distribution of goods could constitute use in the “normal course of trade”. In light of that statement he could not have come to the conclusion that a transfer must itself generate profit to meet the requirements of subsection 4(1).

[21] But the fact that the Federal Court Judge did not decide this question does not relieve this Court from addressing it. As discussed above, *Agraira* requires this Court to focus on the decision subject to review by the Federal Court, and the hearing officer [at paragraph 25] plainly decided that there is no requirement “that a registered owner needs to sell its goods strictly for monetary profit for such sales to be considered ‘in the normal course of trade’”. The respondent submits that the hearing officer’s decision on this point raises an extricable question of law which, applying the rationale in *Rogers*, attracts the correctness standard of review. I agree. The respondent asserts that the hearing officer incorrectly decided this question, and puts forward this asserted error as a ground on which the judgment on appeal should be upheld.

[22] In my view, the hearing officer correctly determined that subsection 4(1) does not require that a transfer of trademarked goods be for actual profit to constitute a transfer in the “normal course of trade”. A conclusion that

sans doute posé la question de savoir si le profit réel est un élément constitutif du transfert dans la « pratique normale du commerce », un examen de son analyse révèle clairement qu’il n’a pas tranché cette question juridique et qu’il n’a pas jugé que l’issue de l’affaire reposait sur la réponse à cette question. Il a plutôt affirmé (au paragraphe 12) que, dans les circonstances de l’espèce, « ce qui constitue ‘l’emploi dans la pratique normale du commerce’ [...] comporte une question mixte ou une question où le droit et les faits s’entrelacent et ne peuvent être aisément dissociés, de telle sorte que la question de droit ne peut pas se distinguer clairement de son contexte factuel ». Il n’estimait donc pas être en train de trancher une question de droit isolable, comme celle de savoir si, pour l’application de la Loi, le profit réel était nécessaire. Il a également fait remarquer (au paragraphe 18) que, dans certaines circonstances, la distribution gratuite de produits peut constituer un emploi dans la « pratique normale du commerce ». Étant donné cette affirmation, il n’aurait pas pu conclure que le transfert doit en soi générer des profits pour satisfaire aux exigences du paragraphe 4(1).

[21] Mais le fait que le juge de la Cour fédérale n’a pas tranché cette question ne dispense pas la Cour d’y répondre. Comme il en a été question précédemment, l’arrêt *Agraira* exige que la Cour se concentre sur la décision visée par le contrôle judiciaire de la Cour fédérale, et l’agent d’audience [au paragraphe 25] a clairement décidé qu’il n’existait pas d’exigence selon laquelle « un propriétaire inscrit doit obligatoirement réaliser un profit sur la vente de ses produits pour que ses ventes soient considérées comme ayant été effectuées “dans la pratique normale du commerce” ». L’intimée soutient que la décision de l’agent d’audience sur ce point soulève une question de droit isolable qui, si on applique le raisonnement exposé dans l’arrêt *Rogers*, commande la norme de la décision correcte. C’est aussi mon avis. L’intimée affirme que l’agent d’audience a rendu une décision erronée sur cette question et que cette erreur alléguée constitue un motif justifiant la confirmation du jugement de la Cour fédérale.

[22] À mon avis, l’agent d’audience a conclu à juste titre que le paragraphe 4(1) n’exige pas que le transfert de produits arborant une marque de commerce soit effectué à profit réel pour qu’il s’agisse d’un transfert dans

actual profit is required would mean that such common business practices as selling last year's trade-marked merchandise at a discount would never amount to use sufficient to maintain registration of a trademark. That could not have been the intention of Parliament. It would also be inconsistent with the principle that "[u]se of a trademark is not ... synonymous with commercial success of the [goods] associated with the trade-mark": *JC Penney Co. Inc. v. Gaberdine Clothing Co. Inc.*, 2001 FCT 1333, 213 F.T.R. 189, at paragraph 91. In addition, to require the trademark owner to establish that particular sales did or would necessarily generate profit—something that can be a complex evidentiary task—would, as Cosmetic Warriors submits, put at risk the summary nature of section 45 proceedings.

[23] Further, a strict profit requirement could render subsection 4(1) insufficiently flexible to respond to the many different commercial contexts in which it may need to be applied. One knowledgeable commentator has suggested that a precise and exhaustive definition of trademark use is not only impossible but also "not necessarily desirable as it may easily become too rigid and/or obsolete in a rapidly changing world where every day new ways of sales, marketing and commerce are developed and applied": Bojan Pretnar, "Use and Non-Use in Trade Mark Law" in Jeremy Phillips and Ilana Simon, eds., *Trade Mark Use* (Oxford: Oxford University Press, 2005) 11, at page 27.

[24] The respondent submits that the hearing officer ignored "the clear jurisprudence which requires a trading profit be made" (respondent's memorandum, paragraph 36). I do not agree that the jurisprudence goes that far.

[25] It appears that the relationship between profit and the "normal course of trade" requirement in subsection 4(1) was first expressly considered by a hearing officer in *CBM Kabushiki Kaisha v. Lin Trading Co. Ltd.*

la « pratique normale du commerce ». Une conclusion selon laquelle un profit réel est nécessaire signifierait que des pratiques commerciales courantes, comme la vente à prix réduit de produits arborant une marque de commerce de l'année dernière, ne seraient jamais suffisantes pour maintenir l'enregistrement d'une marque de commerce. Cela ne peut pas avoir été l'intention du législateur. Cette intention serait aussi incompatible avec le principe selon lequel « l'emploi d'une marque de commerce n'est pas synonyme du succès commercial des marchandises qui y sont liées » : *JC Penney Co. Inc. c. Gaberdine Clothing Co. Inc.*, 2001 CFPI 1333, au paragraphe 91. De plus, le fait d'exiger du propriétaire de la marque de commerce qu'il établisse que telle vente a généré ou générerait nécessairement un profit — ce qui peut s'avérer complexe à prouver — mettrait en péril, comme l'affirme Cosmetic Warriors, le caractère sommaire de la procédure prévue à l'article 45.

[23] En outre, une exigence stricte de profit pourrait enlever au paragraphe 4(1) la souplesse qu'il lui faut pour se plier aux nombreux contextes commerciaux divers dans lesquels il pourrait devoir s'appliquer. Un commentateur avisé fait observer qu'une définition précise et complète de ce qu'est l'emploi d'une marque de commerce non seulement est impossible, mais encore n'est [TRADUCTION] « pas nécessairement souhaitable en ce qu'elle est susceptible de devenir trop rigide ou désuète dans un monde qui change rapidement et où de nouvelles façons de vendre, de commercialiser ou de faire du commerce sont développées au quotidien » : Bojan Pretnar, « Use and Non-Use in Trade Mark Law » dans Jeremy Phillips et Ilana Simon, dir., *Trade Mark Use*, Oxford : Oxford University Press, 2005, 11, à la page 27.

[24] L'intimée soutient que l'agent d'audience a fait fi de [TRADUCTION] « la jurisprudence claire qui exige qu'un profit commercial soit réalisé » (mémoire de l'intimée, au paragraphe 36). Je ne crois pas que la jurisprudence aille si loin.

[25] Il semble que la relation entre le profit et l'exigence de la « pratique normale du commerce » énoncée au paragraphe 4(1) ait d'abord été examinée expressément par un agent d'audience dans la décision *CBM*

(1985), 5 C.P.R. (3d) 27, [1985] T.M.O.B. No. 71 (QL), affirmed without comment on the point, [1987] 2 F.C. 352, (1987), 14 C.P.R. (3d) 32 (T.D.), affirmed, [1989] 1 F.C. 620, (1989), 21 C.P.R. (3d) 417 (C.A.). In that case it was argued that a sale of a small volume of marked goods to a distributor to be used as samples in soliciting orders from retailers was not in the normal course of trade.

[26] The hearing officer in *Lin Trading* did not accept this submission. He stated (at page 32 [of (1985), 5 C.P.R. (3d) 27, paragraph 12 of QL]) that “the term ‘in the normal course of trade’ should be interpreted as requiring that the transfer be a part of a dealing in the wares for the *purpose* of acquiring goodwill and profits from the marked goods” (emphasis added). In support of this interpretation he invoked a decision of the English Court of Appeal interpreting a somewhat different expression—“a bona fide course of trading”—in the English trade marks statute of the day:

... A similar approach was taken by Shaw L.J., in *Imperial Group Ltd. v. Philip Morris & Co. Ltd.* [1982] F.S.R. 72 to the meaning of the term “a bona fide course of trading”. At p. 83, Shaw L.J. states:

In my judgment “a bona fide course of trading” involves a trading activity pursued with the primary intention of deriving from it a trading profit coupled with a trading goodwill, these being the ultimate and legitimate objectives of trade.

[27] The hearing officer accepted (at pages 32–33 [of (1985), 5 C.P.R. (3d) 27, paragraphs 13–14 of QL]) that transfers made for no consideration could meet the requirement of “normal course of trade” as he had expressed it, depending on the circumstances. He went on (at page 33 [of (1985), 5 C.P.R. (3d) 27, paragraph 14 of QL]) to describe the shipment in issue as “clearly part of an over-all activity carried on ... for the purpose of making a profit and developing goodwill in the trade mark”.

Kabushiki Kaisha v. Lin Trading Co. Ltd. (1985), 5 C.P.R. (3d) 27, [1985] T.M.O.B. n° 71 (QL), confirmée sans observations sur ce point par [1987] 2 C.F. 352 (1^{re} inst.), confirmée par [1989] 1 C.F. 620 (C.A.). Dans cette affaire, on avait fait valoir que la vente d’une petite quantité de produits arborant une marque à un distributeur qui les utiliserait comme échantillons pour encourager des détaillants à passer des commandes ne faisait pas partie de la pratique normale du commerce.

[26] L’agent d’audience dans la décision *Lin Trading* n’a pas souscrit à cet argument. Il a d’ailleurs déclaré (à la page 32 [du C.P.R., paragraphe 12 de QL]) que [TRADUCTION] « l’expression “dans la pratique normale du commerce” doit être interprétée comme exigeant que le transfert fasse partie d’une transaction sur les produits réalisée *dans le but* d’acquérir de l’achalandage et de tirer des profits des produits arborant une marque » (le souligné est de moi). À l’appui de cette interprétation, il a invoqué une décision de la Cour d’appel de l’Angleterre interprétant une expression quelque peu différente — [TRADUCTION] « une pratique de bonne foi du commerce » — figurant dans la loi anglaise sur les marques de commerce de l’époque :

[TRADUCTION]

[...] Le lord juge Shaw a adopté une approche semblable dans l’arrêt *Imperial Group Ltd. v. Philip Morris & Co. Ltd.*, [1982] F.S.R. 72, pour interpréter l’expression « une pratique de bonne foi du commerce ». À la page 83, le lord juge Shaw affirme ce qui suit :

Selon moi, « une pratique de bonne foi du commerce » implique une activité commerciale exercée dans le but principal d’en tirer un profit commercial, auquel s’ajoute un achalandage commercial, ceux-ci étant les objectifs légitimes et ultimes du commerce.

[27] L’agent d’audience a reconnu (aux pages 32 et 33 [du C.P.R., paragraphes 13 et 14 de QL]) que les transferts pour lesquels il n’y avait aucune contrepartie pouvaient satisfaire à l’exigence de la « pratique normale du commerce », comme il l’avait exprimé, selon les circonstances. Il a ensuite affirmé (à la page 33 [du C.P.R., paragraphe 14 de QL]) que l’envoi en cause faisait [TRADUCTION] « clairement partie d’une activité générale exercée [...] dans le but de réaliser un profit et d’acquérir

On this basis he concluded that the transfer was in the “normal course of trade”.

[28] The language in *Lin Trading* was repeated by a senior hearing officer in *John Labatt Ltd. v. Molson Cos. Ltd.* (1987), 19 C.P.R. (3d) 211, [1987] T.M.O.B. No. 326 (QL), reversed on other grounds (1988), 22 C.P.R. (3d) 311, 22 F.T.R. 270 (F.C.T.D.), and in *Cast Iron Soil Pipe Institute v. Concourse International Trading Inc.* (1988), 19 C.P.R. (3d) 393, [1988] T.M.O.B. No. 43 (QL), on which the respondent here relies. It has since been accepted and applied by the Registrar in a long series of decisions, as well as by the Federal Court: see *Distrimedic Inc. v. Dispill Inc.*, 2013 FC 1043, 119 C.P.R. (4th) 1, at paragraph 302.

[29] But none of this authority appears to go so far as to interpret “normal course of trade” to require the actual making of a profit, as opposed to the pursuit of an ultimate profit-making purpose, through the transfer of the marked goods. And there also continues to be authority for the proposition, accepted in *Lin Trading* and (at paragraph 18) by the Federal Court Judge here, that even the free distribution of goods can, depending on the circumstances, meet the “normal course of trade” requirement: see, for example, *Conagra Foods Inc. v. Fetherstonhaugh & Co.*, 2002 FCT 1257, 23 C.P.R. (4th) 49, at paragraph 16.

[30] In my view, therefore, the hearing officer [at paragraph 7] in this case was correct in declining to hold that “a registered owner needs to sell its goods strictly for monetary profit for such sales to be considered ‘in the normal course of trade’”. Whether or not the transfer yielded a profit can be a relevant circumstance. But actual profit is not a prerequisite.

B. *Application of subsection 4(1)—Was the hearing officer’s decision unreasonable?*

[31] Cosmetic Warriors submits that the Federal Court Judge failed to correctly apply the reasonableness standard

un achalandage pour la marque de commerce ». C’est pourquoi il a conclu que le transfert s’était fait « dans la pratique normale du commerce ».

[28] Les termes employés dans la décision *Lin Trading* ont été repris par l’agent d’audience principal dans la décision *John Labatt Ltd. v. Molson Cos. Ltd.* (1987), 19 C.P.R. (3d) 211, [1987] T.M.O.B. n° 326 (QL), infirmée pour d’autres motifs par (1988), 22 C.P.R. (3d) 311, 22 F.T.R. 270 (C.F. 1^{re} inst.), et dans la décision *Cast Iron Soil Pipe Institute v. Concourse International Trading Inc.* (1988), 19 C.P.R. (3d) 393, [1988] T.M.O.B. n° 43 (QL), sur lesquelles l’intimée s’appuie en l’espèce. Ce principe a depuis été accepté et appliqué par le registraire dans une longue série de décisions, tout comme par la Cour fédérale : voir *Distrimedic Inc. c. Dispill Inc.*, 2013 CF 1043, au paragraphe 302.

[29] Cela dit, aucun de ces précédents ne semble aller jusqu’à interpréter l’expression « pratique normale du commerce » comme exigeant que des profits soient effectivement réalisés, plutôt qu’ils constituent le but ultime, par le transfert de produits arborant une marque. De plus, la thèse retenue dans la décision *Lin Trading* et (au paragraphe 18) par le juge de la Cour fédérale en l’espèce, selon laquelle même la distribution gratuite de produits peut, selon les circonstances, satisfaire à l’exigence de la « pratique normale du commerce », continue de faire autorité : voir, par exemple, *Conagra Foods Inc. c. Fetherstonhaugh & Co.*, 2002 CFPI 1257, au paragraphe 16.

[30] À mon avis, donc, l’agent d’audience en l’espèce a eu raison de refuser de conclure [au paragraphe 7] « qu’un propriétaire inscrit doit obligatoirement réaliser un profit sur la vente de ses produits pour que [ces] ventes soient considérées comme ayant été effectuées “dans la pratique normale du commerce” ». La question de savoir si le transfert a produit un profit ou non peut constituer un facteur pertinent, mais un profit réel n’est pas une condition préalable.

B. *L’application du paragraphe 4(1) : la décision de l’agent d’audience était-elle déraisonnable?*

[31] Cosmetic Warriors soutient que le juge de la Cour fédérale n’a pas appliqué correctement la norme de la

by improperly substituting his own findings of fact and mixed fact and law for those of the hearing officer in concluding that Cosmetic Warriors' clothing sales were for the purpose of promoting its cosmetics business, and not in the "normal course of trade". It also relies among other things on the judge's statement (at paragraph 13) that the hearing officer's decision "is entitled to *some* deference" (emphasis added) as an indication that the judge did not give the decision the full measure of deference that reasonableness review requires.

[32] I agree with Cosmetic Warriors that a judge reviewing a decision of the hearing officer for reasonableness should not reassess the evidence and substitute his or her own appreciation of the evidence for that of the hearing officer: *One Group LLC v. Gouverneur Inc.*, at paragraphs 10, 14. That would amount to applying the correctness and not the reasonableness standard: *Cathay Pacific Airways Limited v. Air Miles International Trading B.V.*, 2015 FCA 253, 133 C.P.R. (4th) 333, at paragraph 20. Rather, the question for the Federal Court was, and the question for this Court, "stepping into its shoes", now is, whether the hearing officer's decision, taken as a whole in the context of the record, was unreasonable: *Agraira*, at paragraph 53.

[33] The respondent submits that the hearing officer's decision was unreasonable because he ignored two pieces of relevant evidence included in Cosmetic Warriors' affidavit, and that this failure entitled the judge to undertake a fresh review of the evidence as a whole.

[34] The first piece of evidence that the respondent submits the hearing officer ignored consisted of two invoices from the supplier of the t-shirts describing them, together with other goods, as "assorted swag". The hearing officer stated (at paragraph 27) that he was not prepared to draw negative inferences from the supplier's use of the word "swag", because it was a vague term and

décision raisonnable parce qu'il a à tort substitué ses conclusions de fait et ses conclusions mixtes de fait et de droit à celles de l'agent d'audience en concluant que les ventes de vêtements faites par Cosmetic Warriors servaient à la promotion de ses produits cosmétiques et n'avaient donc pas été faites dans la « pratique normale du commerce ». Elle s'appuie également, entre autres, sur la déclaration du juge (au paragraphe 13) selon laquelle il « faut faire preuve d'une *certaine* retenue » (le souligné est de moi) à l'égard de la décision de l'agent d'audience, qui montre selon elle que le juge n'a pas fait preuve, à l'égard de la décision, de toute la retenue qu'exige un contrôle judiciaire selon la norme de la décision raisonnable.

[32] Je souscris à l'observation de Cosmetic Warriors selon laquelle le juge qui contrôle la décision d'un agent d'audience pour en déterminer le caractère raisonnable ne doit pas réexaminer la preuve et substituer sa propre appréciation de la preuve à celle de l'agent d'audience : *One Group LLC c. Gouverneur Inc.*, aux paragraphes 10 et 14. S'il le faisait, cela reviendrait à appliquer la norme de la décision correcte et non celle de la décision raisonnable : *Cathay Pacific Airways Limited c. Air Miles International Trading B.V.*, 2015 CAF 253, au paragraphe 20. La question que la Cour fédérale devait trancher et que la Cour, qui « se met à la place » de la Cour fédérale, doit maintenant trancher est de savoir si la décision de l'agent d'audience, examinée dans son ensemble, à la lumière du dossier, était déraisonnable : *Agraira*, au paragraphe 53.

[33] L'intimée soutient que la décision de l'agent d'audience était déraisonnable parce qu'il n'a pas tenu compte de deux éléments de preuve pertinents inclus dans l'affidavit de Cosmetic Warriors, et que cette omission donnait au juge le droit d'entreprendre un nouvel examen de la preuve dans son ensemble.

[34] Le premier élément de preuve que, selon l'intimée, l'agent d'audience a omis de prendre en considération consiste en deux factures du fournisseur des tee-shirts, qui appelait ces derniers, ainsi que d'autres produits, des [TRADUCTION] « marchandises promotionnelles variées ». L'agent d'audience a affirmé (au paragraphe 27) qu'il n'était pas prêt à tirer des inférences défavorables

the invoices had originated not from Cosmetic Warriors but from the supplier.

[35] I do not see the hearing officer as having failed to consider the two supplier invoices. In my view the hearing officer did consider this evidence, but decided to give it no weight because of its terminology and source. It was open to the hearing officer to assess this evidence as he did.

[36] The second piece of evidence to which the respondent refers comprised documentation showing purchases of t-shirts and tank tops from the supplier and sales to employees at prices approximating the amount which Lush Canada paid for them. (I note that some appear to have been sold for prices slightly higher than those paid by Lush Canada. For example, the documentation records that 46 t-shirts purchased by Lush Canada at \$12 were sold to employees at \$13.) The hearing officer discussed this evidence as part of his treatment of what he described as the “at cost” issue. The hearing officer stated that Cosmetic Warriors was not required to furnish evidence of its purchases from its supplier. He went on to state (at paragraph 24) that he was “not prepared to draw a negative inference against [it] for ... having done so”.

[37] I agree with the Federal Court Judge that the hearing officer erred in declining to draw an inference adverse to Cosmetic Warriors from the documentation showing purchases and sales of the t-shirts on the basis that Cosmetic Warriors was not required to file it. The hearing officer did not suggest that this evidence was not relevant to the “at cost” issue. Once the evidence was before him, he was bound to consider it—his task was to “determine whether the facts stated show use”: *Plough (Canada) Limited v. Aerosol Fillers Inc.*, at page 686. This task included drawing appropriate inferences from the evidence where inferences were called for, whether or not the evidence was required to be filed.

de l’utilisation par le fournisseur de l’expression [TRANSDUCTION] « marchandises promotionnelles », parce qu’il s’agissait d’un terme vague et que les factures provenaient non pas de Cosmetic Warriors, mais du fournisseur.

[35] Je ne crois pas que l’agent d’audience ait omis de tenir compte des deux factures du fournisseur. À mon avis, l’agent d’audience a tenu compte de ces éléments de preuve, mais a décidé de ne pas leur accorder de poids en raison de leur terminologie et de leur source. Il était loisible à l’agent d’audience d’évaluer ces éléments de preuve comme il l’a fait.

[36] Le deuxième élément de preuve auquel l’intimée fait référence est la documentation faisant état des achats de tee-shirts et de débardeurs du fournisseur et des ventes aux employés à des prix équivalant plus ou moins à celui payé par Lush Canada. (Je remarque que certains articles semblent avoir été vendus à des prix légèrement supérieurs à ceux payés par Lush Canada. Par exemple, les documents montrent que 46 tee-shirts achetés par Lush Canada à 12 \$ ont été vendus aux employés à 13 \$.) L’agent d’audience a analysé ces éléments de preuve dans le cadre de son traitement de ce qu’il a appelé la question du « prix coûtant ». Il a affirmé que Cosmetic Warriors n’était pas tenue de fournir une preuve de ses achats auprès de son fournisseur. Il a ensuite déclaré (au paragraphe 24) qu’il n’était « pas disposé à tirer une conclusion défavorable [à l’endroit de Cosmetic Warriors] simplement parce qu’elle a fourni une telle preuve ».

[37] Je conviens avec le juge de la Cour fédérale que l’agent d’audience a commis une erreur en refusant de tirer une conclusion défavorable à l’égard de Cosmetic Warriors à partir de la documentation faisant état des achats et des ventes de tee-shirts au motif que Cosmetic Warriors n’était pas tenue de la produire. L’agent d’audience n’a pas laissé entendre que ces éléments de preuve n’étaient pas pertinents dans son analyse de la question du « prix coûtant ». Une fois l’élément de preuve devant lui, il avait l’obligation d’en tenir compte — sa tâche consistait à « décider si ces précisions sont révélatrices d’un emploi de la marque » : *Plough (Canada) Limited c. Aerosol Fillers Inc.*, à la page 686. Pour ce faire, il fallait notamment tirer de l’élément de preuve les conclusions

[38] But the question remains whether this error rendered unreasonable the hearing officer's decision as a whole. In my view it did not.

[39] It is axiomatic that reasonableness is a genuinely deferential standard. It is "based on the idea that there might be multiple valid ... answers to a legal dispute and that courts ought not to interfere where the tribunal's decision is rationally supported": *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 41. A decision is not unreasonable because the evidence would support another conclusion: *Cathay Pacific Airways Limited*, at paragraph 21. The tribunal is entitled to deference with respect to both findings of fact and inferences of fact: *Jean Pierre v. Canada (Immigration and Refugee Board)*, 2018 FCA 97, at paragraph 53.

[40] In coming to his decision, the hearing officer reviewed the case law setting out the evidentiary standard that must be met to maintain a registration in a section 45 proceeding, and then the evidence filed by Cosmetic Warriors. This included a spreadsheet summarizing hundreds of sales of t-shirts and tank tops to employees over an 18-month period. He referred to the case law under subsection 4(1) bearing on the distinction between the use of goods for purely promotional purposes, and their use as objects of trade in themselves. He also noted the case law holding that a single sale may be sufficient to establish the transfer of goods in the "normal course of trade", and that sales to employees may also qualify. He proceeded, correctly, on the footing that actual profit was not required. He found, as noted above, that the t-shirts were not "merely promotional" (at paragraph 25; emphasis in original), and that their sales "[appeared] to form a pattern of genuine commercial transactions in the normal course of trade" (at paragraph 26).

appropriées lorsqu'il fallait en tirer, que l'élément de preuve dût ou non être produit.

[38] Mais la question demeure de savoir si cette erreur a rendu déraisonnable la décision de l'agent d'audience dans son ensemble. À mon avis, non.

[39] Il est évident que la norme de la décision raisonnable commande véritablement de la retenue. Elle s'appuie « sur l'idée [...] [qu']un litige [peut donner lieu] à plus d'une solution, et que la cour de révision doit se garder d'intervenir lorsque la décision administrative a un fondement rationnel » : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, au paragraphe 41. Une décision n'est pas déraisonnable parce que la preuve appuierait une autre conclusion : *Cathay Pacific Airways Limited*, au paragraphe 21. Il convient de faire preuve de retenue à l'égard des conclusions de fait et des inférences de fait d'un tribunal administratif : *Jean Pierre c. Canada (Immigration et Statut de réfugié)*, 2018 CAF 97, au paragraphe 53.

[40] Pour en arriver à sa décision, l'agent d'audience a examiné la jurisprudence établissant la norme de preuve à respecter pour que soit maintenu un enregistrement dans une procédure instruite sous le régime de l'article 45, puis les éléments de preuve produits par Cosmetic Warriors, ce qui comprenait une feuille de calcul résumant des centaines de ventes de tee-shirts et de débardeurs aux employés sur une période de 18 mois. Il a fait référence à la jurisprudence qui porte sur le paragraphe 4(1) et la distinction entre l'emploi de marchandises à des fins purement promotionnelles et leur emploi comme objets de commerce en tant que tels. Il a également fait référence à la jurisprudence selon laquelle une vente unique peut suffire à établir que le transfert des produits s'est fait dans la « pratique normale du commerce », et que les ventes aux employés peuvent aussi se faire dans la « pratique normale du commerce ». Il s'est fondé, avec raison, sur le principe voulant que le profit réel ne soit pas nécessaire. Il a conclu, comme je l'ai mentionné précédemment, que les tee-shirts n'étaient pas « simplement promotionnels » (au paragraphe 25; en italique dans l'original) et que leurs ventes « sembl[ai]ent elles-mêmes présenter les caractéristiques de transactions commerciales véritables effectuées dans la pratique normale du commerce » (au paragraphe 26).

[41] In my view, these conclusions were rationally open to the hearing officer on the record before him. Indeed, had he been prepared to draw inferences from the purchase and sale documentation, it might well have reinforced his conclusion since, as noted above, it indicates that some t-shirts were sold not merely at cost but, on one definition of the term, at a modest profit.

[42] I therefore agree with Cosmetic Warriors that the Federal Court Judge erred in finding the hearing officer's application of subsection 4(1) to be unreasonable, and in undertaking his own reassessment and reappraisal of the evidence.

V. Did the Federal Court err in finding no trademark use under subsection 4(3)?

[43] As set out above, the hearing officer found it unnecessary to decide whether Cosmetic Warriors' sales to U.S. employees met the subsection 4(3) test, given his conclusion that use had been demonstrated under subsection 4(1). In light of my proposed disposition of the subsection 4(1) issues, it is similarly unnecessary for this Court to address the subsection 4(3) issues in this appeal.

VI. Proposed disposition

[44] I would therefore allow the appeal, with costs to Cosmetic Warriors in the agreed-upon amount of \$5 000 all-inclusive, and set aside the judgment of the Federal Court. Giving the judgment that the Federal Court should have given, I would dismiss, with costs, the respondent's appeal to the Federal Court from the hearing officer's decision to maintain the registration of trademark Registration No. TMA649810.

WEBB J.A.: I agree.

RENNIE J.A.: I agree.

[41] À mon avis, l'agent d'audience pouvait, de façon raisonnable, tirer ces conclusions à la lumière du dossier dont il disposait. En effet, s'il avait été disposé à tirer des inférences de la documentation sur les achats et les ventes, cela aurait fort bien pu renforcer sa décision puisque, comme il a été mentionné ci-dessus, la documentation montre que certains tee-shirts ont été vendus non pas au prix coûtant, mais, selon une définition du terme, à un profit modeste.

[42] Je souscris donc à la thèse de Cosmetic Warriors selon laquelle le juge de la Cour fédérale a commis une erreur en concluant que l'agent d'audience avait appliqué le paragraphe 4(1) de façon déraisonnable et en entreprenant son propre réexamen de la preuve.

V. La Cour fédérale a-t-elle commis une erreur en concluant qu'il n'y avait pas eu emploi de la marque de commerce au sens du paragraphe 4(3)?

[43] Comme je l'ai mentionné précédemment, l'agent d'audience a jugé inutile de déterminer si les ventes de Cosmetic Warriors à des employés américains satisfaisaient au critère du paragraphe 4(3), compte tenu de sa conclusion selon laquelle l'emploi au sens du paragraphe 4(1) avait été démontré. À la lumière de la décision que je propose de rendre relativement aux questions soulevées par le paragraphe 4(1), il est tout aussi inutile pour la Cour d'examiner les questions relatives au paragraphe 4(3) dans le présent appel.

VI. Dispositif proposé

[44] J'accueillerais donc d'avis l'appel, avec dépens en faveur de Cosmetic Warriors, pour la somme globale convenue de 5 000 \$, et j'annulerais le jugement de la Cour fédérale. Rendant le jugement que la Cour fédérale aurait dû rendre, je rejetterais, avec dépens, l'appel de l'intimée auprès de la Cour fédérale contre la décision de l'agent d'audience de maintenir l'enregistrement de la marque de commerce n° TMA649810.

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

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

A-332-17
2019 FCA 33

A-332-17
2019 CAF 33

Board of Internal Economy and Speaker of the House of Commons (*Appellants*)

Bureau de régie interne et Président de la Chambre des communes (*appelants*)

v.

c.

Boulerice et al. and Attorney General of Canada (*Respondents*)

Boulerice et autres et procureur général du Canada (*intimés*)

and

et

Maurice Vellacott and The Senate of Canada (*Intervenors*)

Maurice Vellacott et le Sénat du Canada (*intervenants*)

INDEXED AS: CANADA (BOARD OF INTERNAL ECONOMY) v. BOULERICE

RÉPERTORIÉ : CANADA (BUREAU DE RÉGIE INTERNE) C. BOULERICE

Federal Court of Appeal, Noël C.J., Stratas and Laskin J.J.A.—Ottawa, November 14, 2018 and February 20, 2019.

Cour d’appel fédérale, juge en chef Noël, juges Stratas et Laskin, J.C.A.—Ottawa, 14 novembre 2018 et 20 février 2019.

Constitutional Law — Fundamental Principles — Parliamentary privilege — Appeal from Federal Court decision dismissing appellants’ motions to strike four judicial review applications respondents bringing — Motions to strike based on contention that decisions being challenged covered by parliamentary privilege; as such, decisions immunized from judicial review; that House of Commons Board of Internal Economy not “federal board, commission or other tribunal” under Federal Courts Act — Respondents sitting New Democratic Party (NDP) Members of Parliament when launching judicial review applications; contending that four decisions made by Board arbitrary, contrary to parliamentary rules, politically motivated, made in bad faith — In dismissing appellants’ motions to strike, Federal Court Judge finding both that Federal Court having jurisdiction to review decisions made by Board, that decisions in issue not covered by parliamentary privilege — First two decisions at issue dealing with inappropriate mailings; third decision determining that NDP members inappropriately used parliamentary funds for expenses related to employment, telecommunications, travel; fourth decision requiring repayment of some \$2.7 million by Members whose budgets misused — Respondents maintaining that Board’s decisions unreasonable, incorrect, contrary to principles of natural justice, contrary to rule of law — Judge concluding that Board not excluded from Federal Courts’ jurisdiction under Federal Courts Act, s. 2(2) — Judge finding that Board’s powers set out in Parliament of Canada Act (PCA) derived from Act of

Droit constitutionnel — Principes fondamentaux — Privilège parlementaire — Appel de la décision rendue par la Cour fédérale, qui a rejeté les requêtes en radiation des appelants de quatre demandes de contrôle judiciaire déposées par les intimés — Aux termes des requêtes en radiation, les décisions en litige sont protégées par le privilège parlementaire et, à ce titre, sont à l’abri du contrôle judiciaire; l’organe de gestion de la Chambre des communes, le Bureau de régie interne (le Bureau), n’est pas un « office fédéral » au sens de la Loi sur les Cours fédérales — Les intimés étaient des députés appartenant au Nouveau Parti démocratique (NPD) au moment du dépôt de leurs demandes de contrôle judiciaire; selon eux, quatre décisions du Bureau de régie interne étaient arbitraires, contraires aux règles parlementaires, politiques et empreintes de mauvaise foi — La juge de la Cour fédérale a rejeté les requêtes en radiation, concluant que la Cour fédérale pouvait contrôler les décisions du Bureau et que le privilège parlementaire ne protégeait pas les décisions en litige — Les deux premières décisions contestées portaient sur des envois irréguliers; il a été statué dans la troisième décision que des membres du NPD avaient utilisé des deniers parlementaires à des fins non permises pour payer des dépenses reliées à des emplois, à des télécommunications et à des déplacements; la quatrième décision ordonnait le remboursement de quelque 2,7 millions de dollars par les députés ayant utilisé à tort les fonds prévus à leur budget — Les intimés ont soutenu que les décisions du Bureau étaient déraisonnables et incorrectes, contraires aux principes de justice

Parliament, not from Constitution Act, 1867, s. 18 — Also holding that Board's decisions made under power conferred by Act of Parliament; therefore, decisions fell within Federal Court's jurisdiction under Federal Courts Act, ss. 18, 18.1 — As to issue of parliamentary privilege, Judge concluding that appellants failing to demonstrate that immunizing Board's decisions from judicial review was necessary to protect dignity, efficiency of House of Commons — Whether Federal Court erred in drawing conclusions both that the Federal Court had jurisdiction to review decisions made by Board like those of any other "federal board" acting pursuant to Act of Parliament; that decisions in issue not covered by parliamentary privilege — Had Federal Court Judge followed principled approach set out by Supreme Court of Canada in *Canada (House of Commons) v. Vaid*, which precludes courts from inquiring into necessity of legislated privilege when it is shown to come within established category, Judge would have had to conclude that decisions in issue covered by parliamentary privilege; therefore, decisions could not be judicially reviewed — Functions performed by Board same as those performed by Senate Committee on Internal Economy: both based on parliamentary privileges legislated in accordance with Constitution Act, 1867, s. 18; both constitutional in nature because they are essential aspect of these legislative bodies' autonomous functions — Parliamentary privilege claimed by appellants that House of Commons having exclusive right to oversee, decide matters pursuant to internal rules governing use made of funds, resources provided to Members of House for purpose of allowing them to perform their parliamentary functions accepted — Privilege claimed in this case coming within established categories of proceedings in Parliament, internal affairs, discipline — Because claimed privilege could be shown to come within one or more established categories, not open to Judge to inquire into its necessity — Concerning necessity, allowing courts to oversee decisions regarding allocation, use made of parliamentary resources in context of judicial reviews would seriously challenge dignity, efficiency of House — As to whether Parliament waived or abrogated House's exclusive right to control its internal financial affairs, House's exclusive right to regulate, oversee, decide issues regarding use made of parliamentary funds by Parliamentarians not waived or abrogated by creation of Board, enactment of PCA in 1985, or by any other enactment since then — Appeal allowed.

naturelle et contraires à la primauté du droit — La juge était d'avis que, suivant l'art. 2(2) de la Loi sur les Cours fédérales, le Bureau n'échappait pas à la compétence des Cours fédérales — La juge a estimé que les pouvoirs du Bureau prévus dans la Loi sur le Parlement du Canada (LPC) découlaient d'une loi fédérale, et non de l'art. 18 de la Loi constitutionnelle de 1867 — Elle a conclu également que les décisions du Bureau découlaient de pouvoirs prévus par une loi fédérale et qu'elles étaient donc visées par la compétence que les art. 18 et 18.1 de la Loi sur les Cours fédérales confèrent à la Cour fédérale — Quant à la question du privilège parlementaire, la juge a estimé que les appelants n'avaient pas réussi à démontrer qu'il était nécessaire de soustraire les décisions du Bureau au contrôle judiciaire pour protéger la dignité et l'efficacité de la Chambre des communes — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a à tort conclu qu'elle était compétente pour contrôler les décisions du Bureau, comme celles de n'importe quel autre « office fédéral » exerçant des pouvoirs prévus par une loi fédérale, et que le privilège parlementaire ne protégeait pas les décisions en litige — Si elle avait adopté la démarche raisonnée énoncée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, suivant laquelle les tribunaux ne doivent pas déterminer la nécessité d'un privilège d'origine législative dès lors qu'il est démontré qu'il appartient à une catégorie établie, la juge de la Cour fédérale aurait été contrainte de conclure que les décisions en litige étaient visées par le privilège parlementaire; les décisions étaient par le fait même à l'abri de tout contrôle judiciaire — Les fonctions du Bureau sont identiques à celles du Comité sénatorial de la régie interne : elles sont fondées sur des privilèges parlementaires établis par voie législative en vertu de l'art. 18 de la Loi constitutionnelle de 1867 et sont de nature constitutionnelle, car elles forment un aspect essentiel de l'autonomie des organes législatifs — Le privilège parlementaire invoqué par les appelants, selon lequel la Chambre des communes avait le droit exclusif de surveiller l'utilisation des deniers et des ressources fournis aux députés pour leur permettre d'exercer leurs fonctions parlementaires et de trancher les affaires portant sur les règles adoptées pour ce faire, a été accepté — Le privilège invoqué en l'espèce appartenait à des catégories établies, à savoir celles des débats et travaux parlementaires, des affaires internes et des mesures disciplinaires — Comme il a été démontré que le privilège invoqué appartenait à au moins une catégorie établie, il n'était pas loisible à la juge d'en examiner la nécessité — En ce qui concerne la nécessité, permettre le contrôle judiciaire des décisions sur l'affectation et l'utilisation des ressources parlementaires minerait sérieusement la dignité et l'efficacité de la Chambre — Quant à la question de savoir si le Parlement a renoncé à son droit exclusif de tenir ses affaires financières internes en main ou l'a abrogé, la création du Bureau ou l'adoption de la LPC en 1985 et d'autres dispositions depuis n'ont emporté ni la renonciation au droit exclusif de la Chambre de réglementer et de contrôler l'emploi des deniers parlementaires par les parlementaires ainsi que de trancher les questions s'y rapportant, ni l'abrogation de ce droit — Appel accueilli.

Federal Court Jurisdiction — Federal Court dismissing appellants’ motions to strike four judicial review applications respondents bringing — Motions to strike based on contention that decisions being challenged covered by parliamentary privilege; as such, decisions immunized from judicial review; that House of Commons Board of Internal Economy not “federal board, commission or other tribunal” under Federal Courts Act — Federal Court Judge finding both that Federal Court having jurisdiction to review decisions made by Board, that decisions in issue not covered by parliamentary privilege — Judge concluding that Board not excluded from Federal Courts’ jurisdiction under Federal Courts Act, s. 2(2) — Judge finding that Board’s powers set out in Parliament of Canada Act derived from Act of Parliament, not from Constitution Act, 1867, s. 18 — Also holding that Board’s decisions made under power conferred by Act of Parliament; therefore, decisions fell within Federal Court’s jurisdiction under Federal Courts Act, ss. 18, 18.1 — Whether Federal Court erred in concluding it had jurisdiction to review decisions made by Board like those of any other “federal board” acting pursuant to Act of Parliament — Appeal allowed — Had Judge followed analytical approach set out by Supreme Court of Canada in Canada (House of Commons) v. Vaid, she would have been bound to hold that Court was without jurisdiction to hear underlying judicial review applications because privilege claimed was authoritatively established.

This was an appeal from a Federal Court decision dismissing the appellants’ motions to strike four judicial review applications brought by the respondents. The motions to strike were based on the contention that the decisions being challenged by the applications are covered by parliamentary privilege, and, as such, are immunized from judicial review and that the Board of Internal Economy of the House of Commons (the Board) is not a “federal board, commission or other tribunal” under the *Federal Courts Act*.

The respondents were sitting New Democratic Party (NDP) Members of Parliament when their judicial review applications were launched. They contended that four decisions made by the Board of Internal Economy, holding that they misused parliamentary funds and requiring them to repay the amounts improperly used, were arbitrary, contrary to parliamentary rules, politically motivated and made in bad faith. In dismissing the appellants’ motions to strike, the Federal Court Judge found both that the Federal Court had jurisdiction to review decisions made by the Board and that the decisions in issue were not covered by parliamentary privilege.

Compétence de la Cour fédérale — La Cour fédérale a rejeté les requêtes des appelants en radiation de quatre demandes de contrôle judiciaire déposées par les intimés — Aux termes des requêtes en radiation, les décisions en litige étaient protégées par le privilège parlementaire et, à ce titre, étaient à l’abri du contrôle judiciaire; l’organe de gestion de la Chambre des communes, le Bureau de régie interne (le Bureau), n’est pas un « office fédéral » au sens de la Loi sur les Cours fédérales — La juge de la Cour fédérale a conclu que la Cour fédérale pouvait contrôler les décisions du Bureau et que le privilège parlementaire ne protégeait pas les décisions en litige — La juge était d’avis que, suivant l’art. 2(2) de la Loi sur les Cours fédérales, le Bureau n’échappait pas à la compétence des Cours fédérales — La juge a estimé que les pouvoirs du Bureau prévus dans la Loi sur le Parlement du Canada découlent d’une loi fédérale, et non de l’art. 18 de la Loi constitutionnelle de 1867 — Elle a conclu également que les décisions du Bureau découlaient de pouvoirs prévus par une loi fédérale et qu’elles étaient donc visées par la compétence que les art. 18 et 18.1 de la Loi sur les Cours fédérales confèrent à la Cour fédérale — Il s’agissait de savoir si la Cour fédérale a à tort conclu qu’elle était compétente pour contrôler les décisions du Bureau, comme celles de n’importe quel autre « office fédéral » exerçant des pouvoirs prévus par une loi fédérale — Appel accueilli — Si elle avait adopté la démarche raisonnée énoncée par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt Canada (Chambre des communes) c. Vaid, la juge de la Cour fédérale aurait été contrainte de conclure que la Cour ne pouvait connaître des demandes de contrôle judiciaire au motif que le privilège invoqué devant elle avait été établi péremptoirement.

Il s’agissait d’un appel de la décision rendue par la Cour fédérale, qui a rejeté les requêtes en radiation des appelants de quatre demandes de contrôle judiciaire déposées par les intimés. Aux termes des requêtes en radiation, les décisions en litige étaient protégées par le privilège parlementaire et, à ce titre, étaient à l’abri du contrôle judiciaire, et l’organe de gestion de la Chambre des communes, le Bureau de régie interne (le Bureau), n’est pas un « office fédéral » au sens de la *Loi sur les Cours fédérales*.

Les intimés étaient des députés appartenant au Nouveau Parti démocratique (NPD) au moment du dépôt de leurs demandes de contrôle judiciaire. Selon eux, quatre décisions du Bureau de régie interne — ayant conclu à la distraction de deniers parlementaires de leur part et exigeant le remboursement des fonds — étaient arbitraires, contraires aux règles parlementaires, politiques et empreintes de mauvaise foi. La juge de la Cour fédérale a rejeté les requêtes en radiation, concluant que la Cour fédérale pouvait contrôler les décisions du Bureau et que le privilège parlementaire ne protégeait pas les décisions en litige.

The Board of Internal Economy, like the Senate Committee on Internal Economy, draws its powers from the *Parliament of Canada Act* (PCA or Act). The Board was created in 1985. It sets out its rules on various matters including the use of parliamentary funds by way of by-laws (subsection 52.5(1) of the PCA) and has exclusive authority to decide whether a member's use of parliamentary funds was proper (subsection 52.6(2) of the PCA). With respect to the contested decisions, the first held that certain mailings contravened the *Members By-Law* because they were made for political purposes. The second required that the related expenses be reimbursed by the Members who failed to adhere by this limitation. In the third decision, the Board determined that some NDP members inappropriately used parliamentary funds for expenses related to employment, telecommunications and travel. The Board's fourth decision required the repayment of some \$2.7 million by the Members whose budgets were misused. In the applications for judicial review relating to the mailings, while the respondents acknowledged that the decisions were rendered on the basis that the mailings were in contravention of the Board's By-Laws because they were performed for the benefit of a political party, they maintained that the Board's decisions were unreasonable and incorrect, contrary to the principles of natural justice, and contrary to the rule of law.

In dismissing the appellants' motion to strike, the Federal Court Judge addressed two issues: whether decisions of the Board are subject to judicial review under the *Federal Courts Act* and whether decisions of the Board relating to the use of resources by members are immunized from review by parliamentary privilege. Regarding the first issue, the Judge concluded that the Board was not excluded from the Federal Courts' jurisdiction under subsection 2(2) of the *Federal Courts Act*. The Judge found that the Board's powers set out in the PCA are derived from an Act of Parliament, not from section 18 of the *Constitution Act, 1867*. Identifying section 52.3 of the PCA as the source of the powers exercised by the Board in this instance, she held that the Board's decisions were made under a power conferred by an Act of Parliament. Therefore, they fell within the Federal Court's jurisdiction under sections 18 and 18.1 of the *Federal Courts Act*. In disposing of the second issue—parliamentary privilege—the Judge concluded that the appellants failed to demonstrate that immunizing the Board's decisions from judicial review was necessary in order to protect the dignity and efficiency of the House of Commons.

The appellants argued that the parliamentary privileges held by the Board and the Senate Committee on Internal Economy are defined by the PCA but that their source is the Constitution of Canada; that the Judge mischaracterized the role of the Board

Le Bureau, à l'instar du Comité sénatorial de la régie interne, tire ses pouvoirs de la *Loi sur le Parlement du Canada* (LPC ou Loi). Le Bureau a été créé en 1985. Il établit ses propres règles sur diverses questions, notamment en matière d'utilisation des deniers parlementaires, par le truchement de règlements administratifs (paragraphe 52.5(1) de la LPC) et il est investi du pouvoir exclusif de décider de la régularité de l'utilisation des deniers parlementaires par un député (paragraphe 52.6(2) de la LPC). En ce qui concerne les décisions contestées, selon la première, des envois contrevenaient au *Règlement administratif relatif aux députés*, car ils étaient motivés par des raisons politiques. La seconde ordonnait le remboursement des frais connexes par les députés ayant fait fi de cette restriction. Dans la troisième décision, le Bureau a statué que certains membres du NPD avaient utilisé des deniers parlementaires à des fins non permises pour payer des dépenses reliées à des emplois, à des télécommunications et à des déplacements. La quatrième décision du Bureau ordonnait le remboursement de quelque 2,7 millions de dollars par les députés ayant utilisé à tort les fonds prévus à leur budget. Au soutien de leurs demandes de contrôle judiciaire des décisions portant sur les envois, les intimés ont reconnu que, suivant ces dernières, les envois contrevenaient aux règlements administratifs du Bureau car leur objet était de profiter à un parti politique, mais ils ont soutenu que les décisions étaient déraisonnables et incorrectes, contraires aux principes de justice naturelle et contraires à la primauté du droit.

Avant de rejeter la requête en radiation des appelants, la juge de la Cour fédérale a abordé deux questions. Les décisions du Bureau sont-elles susceptibles de contrôle judiciaire sous le régime de la *Loi sur les Cours fédérales*? Les décisions du Bureau sur l'utilisation de ressources par les députés sont-elles à l'abri d'un tel contrôle par l'effet du privilège parlementaire? À propos de la première question, la juge était d'avis que, suivant le paragraphe 2(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*, le Bureau n'échappait pas à la compétence des Cours fédérales. La juge a estimé que les pouvoirs du Bureau prévus dans la LPC découlent d'une loi fédérale, et non de l'article 18 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ayant indiqué l'article 52.3 de la LPC comme source des pouvoirs exercés par le Bureau en l'espèce, elle a conclu que les décisions du Bureau découlaient de pouvoirs prévus par une loi fédérale et qu'elles étaient donc visées par la compétence que les articles 18 et 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* confèrent à la Cour fédérale. Quant à la deuxième question, celle du privilège parlementaire, la juge a estimé que les appelants n'avaient pas réussi à démontrer qu'il était nécessaire de soustraire les décisions du Bureau au contrôle judiciaire pour protéger la dignité et l'efficacité de la Chambre.

Les appelants ont soutenu que les privilèges parlementaires que détiennent le Bureau et le Comité sénatorial de la régie interne sont définis par la LPC, mais prennent leur source dans la Constitution canadienne; que la juge a mal interprété le rôle du

within the House; that the parliamentary privilege being claimed was traceable to two established categories; and that the Judge committed a series of legal errors in failing to recognize this. A third category—discipline—was argued during the course of the hearing.

The issue was whether the Federal Court erred in drawing the conclusions both that the Federal Court had jurisdiction to review decisions made by the Board like those of any other “federal board” acting pursuant to an Act of Parliament and that the decisions in issue were not covered by parliamentary privilege.

Held, the appeal should be allowed.

Had the Federal Court Judge followed the principled approach set out by the Supreme Court of Canada in *Canada (House of Commons) v. Vaid*, which precludes the courts from inquiring into the necessity of a legislated privilege when it is shown to come within an established category, she would have had to conclude that the decisions in issue were covered by parliamentary privilege and, therefore, could not be judicially reviewed.

The Judge offered three reasons for holding that the Board’s decisions are not protected by parliamentary privilege: in contrast to the Senate Committee of Internal Economy, the Board draws its powers from an Act of Parliament rather than the Constitution; according to the decision in *R. v. Chaytor and others*, dealings with expense claims do not qualify as proceedings in Parliament; and immunizing from judicial review decisions made by the Board concerning the management of Parliament’s internal affairs has not been shown to be necessary to preserve the dignity and efficiency of the House of Commons. All of these conclusions were in error.

Concerning the first reason offered by the Judge, the functions performed by the Board are exactly the same as those performed by the Senate Committee on Internal Economy. Both are based on parliamentary privileges legislated in accordance with section 18 of the *Constitution Act, 1867*, and are constitutional in nature because they are an essential aspect of these legislative bodies’ autonomous functions. The rejection of the claimed privilege relying on the decision of the Supreme Court of the United Kingdom in *R. v. Chaytor and others* was also in error since that case dealt with a different issue involving claimed expenses. Finally, the Judge’s conclusion that immunizing decisions relating to internal affairs from review by the courts had not been shown to be necessary in order to preserve the dignity and efficiency of the House of Commons disregarded a fundamental aspect of *Vaid*.

Bureau au sein de la Chambre; que le privilège parlementaire invoqué appartenait à deux catégories établies et que la juge a commis une série d’erreurs de droit en ne le reconnaissant pas. Une troisième catégorie — celle relative au pouvoir disciplinaire — a été plaidée à l’audience.

Il s’agissait de savoir si la Cour fédérale a à tort conclu que la Cour fédérale était compétente pour contrôler les décisions du Bureau, comme celles de n’importe quel autre « office fédéral » exerçant des pouvoirs prévus par une loi fédérale, et que le privilège parlementaire ne protégeait pas les décisions en litige.

Arrêt : l’appel doit être accueilli.

Si elle avait adopté la démarche raisonnée telle qu’elle a été énoncée par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, suivant laquelle les tribunaux ne doivent pas déterminer la nécessité d’un privilège d’origine législative dès lors qu’il est démontré qu’il appartient à une catégorie établie, la juge de la Cour fédérale aurait été contrainte de conclure que les décisions en litige étaient visées par le privilège parlementaire et se trouvaient, par le fait même, à l’abri de tout contrôle judiciaire.

La juge a fourni trois motifs étayant sa conclusion selon laquelle les décisions du Bureau n’étaient pas protégées par le privilège parlementaire : contrairement au Comité sénatorial de la régie interne, le Bureau tire ses pouvoirs d’une loi fédérale, et non de la Constitution; suivant l’arrêt *R. v. Chaytor and others*, le traitement des formulaires de dépenses n’appartient pas aux débats et travaux parlementaires; démonstration n’a pas été faite de la nécessité, pour préserver la dignité et l’efficacité de la Chambre des communes, de soustraire au contrôle judiciaire les décisions du Bureau relatives à la gestion des affaires internes du Parlement. Ces conclusions étaient toutes erronées.

En ce qui concerne le premier motif fourni par la juge, les fonctions du Bureau sont identiques à celles du Comité sénatorial de la régie interne. Elles sont fondées sur des privilèges parlementaires établis par voie législative en vertu de l’article 18 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et sont de nature constitutionnelle, car elles forment un aspect essentiel de l’autonomie des organes législatifs. Le rejet du privilège invoqué sur le fondement de l’arrêt de la Cour suprême du Royaume-Uni dans l’affaire *R. v. Chaytor and others* était également erroné, puisque cette décision portait sur une question différente mettant en cause des dépenses dont le remboursement avait été demandé. Enfin, la conclusion de la juge selon laquelle il n’a pas été démontré qu’il était nécessaire d’empêcher que les décisions relatives aux affaires internes soient assujetties au contrôle judiciaire afin de préserver la dignité et l’efficacité de la Chambre faisait fi d’un aspect fondamental de l’arrêt *Vaid*.

The parliamentary privilege claimed by the appellants was the exclusive right of the House to oversee and decide matters pursuant to internal rules governing the use made of funds and resources provided to Members of the House for the purpose of allowing them to perform their parliamentary functions. The appellants submitted that the privilege claimed in this case came within two established categories, proceedings in Parliament and internal affairs. A third category, the exclusive right of the House to impose discipline in order to maintain the integrity of its internal processes, was added. The claimed privilege fit within the scope of the three established categories asserted by the appellants. The privilege as claimed by the appellants here came within the established category relating to internal affairs.

As to the established category described as discipline, the regulated activities in issue here concerned the use of public funds provided to Members so that they can perform their parliamentary functions. Decisions by Members of the House about the resources to be made available to them to perform their parliamentary functions and issues related to the conduct of Members in the use that they make of these resources are integral to the House's independence and ability to control its internal affairs. The decisions made by the Board in this case came within the House's exclusive right to regulate its own affairs and ensure the integrity of its own processes. The privilege claimed here could also come within the category of parliamentary privilege of discipline as established in case law (*Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*).

With respect to the category of proceedings in Parliament, while none of the expenses at issue in this case were provided for under the *Act respecting the internal Economy of the House of Commons, and for other purposes* (1868 Act) except perhaps those relating to travel, they all came within the class of expenses provided for under the 1868 Act—i.e., expenses which in their day are necessary in order to allow Parliamentarians to discharge their parliamentary functions. The argument that subsection 52.2(2) of the Act makes it clear that the decisions in issue came within the established category described as proceedings in Parliament was accepted. Even though subsection 52.2(2) of the Act cannot apply to everything the Board might do, it is difficult to see why this provision would not be given its full force and effect when dealing with matters wholly internal to the House involving the use of money paid to its Members to allow them to perform their parliamentary functions. When regard is had to the wording of subsection 52.2(2) of the Act, it reflects Parliament's intent that, within their proper scope, proceedings before the Board be treated as proceedings in Parliament. It followed that proceedings in Parliament was yet another established category within which the claimed parliamentary privilege could be shown to fit. Finally, the House

Le privilège parlementaire invoqué par les appelants était le droit exclusif de la Chambre de surveiller l'utilisation des deniers et des ressources fournis aux députés pour leur permettre d'exercer leurs fonctions parlementaires et de trancher les affaires portant sur les règles adoptées pour ce faire. Les appelants ont fait valoir que le privilège dont ils se réclament appartenait à deux catégories établies, à savoir celle des débats et travaux parlementaires et celle des affaires internes. Une troisième catégorie, celle du droit exclusif de la Chambre d'imposer des mesures disciplinaires pour assurer l'intégrité de ses processus internes, a été ajoutée. Le privilège invoqué appartenait aux trois catégories établies qu'ont fait valoir les appelants. Le privilège invoqué par les appelants en l'espèce relevait de la catégorie établie des affaires internes.

En ce qui a trait à la catégorie établie dite du pouvoir disciplinaire, les activités réglementées dont il était question en l'espèce concernaient l'utilisation de fonds publics fournis aux députés pour leur permettre d'exercer leurs fonctions parlementaires. Les décisions prises par des députés à propos des ressources qui sont fournies aux députés pour leur permettre d'exercer leurs fonctions parlementaires et les questions liées à la conduite de ces derniers quant à l'utilisation de ces fonds sont essentielles à l'indépendance de la Chambre et à sa faculté de réglementer ses affaires internes. Les décisions prises par le Bureau en l'espèce relevaient du droit exclusif de la Chambre de réglementer ses propres affaires et d'assurer l'intégrité de ses procédés. Le privilège invoqué en l'espèce pourrait aussi appartenir à la catégorie de privilège parlementaire dite du pouvoir disciplinaire établie dans la jurisprudence (*Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*).

En ce qui a trait à la catégorie des débats et travaux du Parlement, l'*Acte concernant l'Économie Intérieure de la Chambre des Communes et pour d'autres fins* en 1868 (l'Acte de 1868) ne prévoyait expressément aucune de ces dépenses, sauf peut-être celles concernant les déplacements, mais ces dépenses appartenaient au genre de dépenses que prévoyait l'Acte de 1868, c'est-à-dire des dépenses qui étaient nécessaires à cette époque pour exercer les fonctions parlementaires. L'argument selon lequel il ressort clairement du paragraphe 52.2(2) de la Loi que les décisions en litige appartenaient à la catégorie établie dite des débats et travaux du Parlement a été retenu. Bien que le paragraphe 52.2(2) de la Loi ne puisse s'appliquer à tout acte du Bureau, quel qu'il soit, il est difficile d'imaginer pourquoi cette disposition ne s'appliquerait pas aux matières qui relèvent entièrement des affaires internes de la Chambre, comme l'utilisation des fonds fournis aux députés pour leur permettre d'exercer leurs fonctions parlementaires. À en juger par le libellé du paragraphe 52.2(2) de la Loi, le législateur entendait que les délibérations du Bureau, à l'intérieur de la sphère d'activités qui lui est propre, soient assimilées aux délibérations du Parlement. Il s'ensuivait que les débats et travaux du Parlement représentaient une autre catégorie établie à laquelle

of Commons' exclusive right to regulate and oversee the use of parliamentary funds by Parliamentarians brings with it the exclusive right to decide how these rules are to be applied. Therefore, because the claimed privilege could be shown to come within one or more established categories, it was not open to the Judge to inquire into its necessity.

Concerning necessity, allowing courts to oversee decisions regarding the allocation and use made of parliamentary resources in the context of judicial reviews would seriously challenge the dignity and efficiency of the House. Allowing courts to have the last word over the handling of these affairs would in particular intrude on the autonomy of the House and demean its constitutional role. It would also severely undermine the effectiveness of the internal processes put in place by the House in order to deal with such matters.

As to whether Parliament waived or abrogated the House's exclusive right to control its internal financial affairs, the House's exclusive right to regulate, oversee and decide issues regarding the use made of parliamentary funds by Parliamentarians was not waived or abrogated by the creation of the Board, the enactment of the PCA in 1985, or by any other enactment since then.

il a été démontré que le privilège parlementaire invoqué en l'espèce appartenait. Enfin, le droit exclusif de la Chambre de réglementer et de contrôler l'utilisation des deniers qu'elle affecte aux parlementaires a pour corollaire le droit exclusif de décider de l'application des règles. Par conséquent, comme il a été démontré que le privilège invoqué appartenait à au moins une catégorie établie, il n'était pas loisible à la juge d'en examiner la nécessité.

En ce qui concerne la nécessité, permettre le contrôle judiciaire des décisions sur l'affectation et l'utilisation des ressources parlementaires minerait sérieusement la dignité et l'efficacité de la Chambre. Donner aux tribunaux le dernier mot sur l'administration de ces affaires entraverait l'autonomie de la Chambre et minerait son rôle constitutionnel. Ceci aurait aussi pour effet de nuire à l'efficacité des procédés mis en place par la Chambre pour traiter de ces questions.

Quant à la question de savoir si le Parlement a renoncé à son droit exclusif de tenir ses affaires financières internes en main ou l'a abrogé, la création du Bureau ou l'adoption de la LPC en 1985 et d'autres dispositions depuis n'ont emporté ni la renonciation au droit exclusif de la Chambre de réglementer et de contrôler l'emploi des deniers parlementaires par les parlementaires ainsi que de trancher les questions s'y rapportant ni l'abrogation de ce droit.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Act respecting the internal Economy of the House of Commons, and for other purposes*, S.C. 1868, c. 27, ss. 1, 2, 3, 4.
- An Act declaring the Rights and Liberties of the Subject, and setting the Succession of the Crown*, 1689, 1 Will. & Mary, Sess. 2, c. 2 (U.K.), Art. 9.
- An Act relating to the Indemnity to Members and the Salaries of the Speakers, of both Houses of Parliament*, S.C. 1867, c. 3.
- An Act respecting the National Assembly*, C.Q.L.R., c. A-23.1, ss. 9, 42, 85.4.
- An Act to define the privileges, immunities and powers of the Senate and House of Commons, and to give summary protection to persons employed in the publication of Parliamentary Papers*, S.C. 1868, c. 23, s. 1.
- Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 4.
- 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], ss. 18, 49.
- Elections Act*, R.S.N.B. 1973, c. E-3.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Acte concernant l'Économie Intérieure de la Chambre des Communes et pour d'autres fins*, S.C. 1868, ch. 27, art. 1, 2, 3, 4.
- Acte pour définir les privilèges, immunités et attributions du Sénat et de la Chambre des Communes, et pour protéger d'une manière sommaire les personnes chargées de la publication des documents parlementaires*, S.C. 1868, ch. 23, art. 1.
- Acte relatif à l'indemnité des membres et aux traitements des orateurs des deux chambres du Parlement*, S.C. 1867, ch. 3.
- An Act declaring the Rights and Liberties of the Subject, and setting the Succession of the Crown*, 1689, 1 Will. & Mary, Sess. 2, ch. 2 (R.-U.), art. 9.
- Chambre des communes. Bureau de régie interne. *Règlement administratif relatif aux députés*, art. 4(3), 19, 24, 29(1)e), 30, 56, 67, 70.
- Chambre des communes. Bureau de régie interne. *Règlement administratif sur la gouvernance et l'administration*, art. 2, 6, 7.
- Chambre des communes. Bureau de régie interne. *Règlement de la Chambre des communes*, art. 37(2),(3), 148.

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 2(1) “federal board, commission or other tribunal”,(2) (as enacted by S.C. 1990, c. 8), 18, 18.1.

House of Commons. Board of Internal Economy. *Governance and Administration By-Law*, ss. 2, 6, 7.

House of Commons. Board of Internal Economy. *Members By-Law*, ss. 4(3), 19, 24, 29(1)(e), 30, 56, 67, 70.

House of Commons. Board of Internal Economy. *Rules of Practice and Procedure of the Board of Internal Economy*, s. 10.

House of Commons. Board of Internal Economy. *Standing Orders of the House of Commons*, ss. 37(2),(3), 148.

Legislative Assembly and Executive Council Act, S.N.W.T. 1999, c. 22.

Parliament of Canada Act, R.S.C., 1985, c. P-1, ss. 4, 5, 19.1, 19.2, 19.3, 19.4, 19.5(1),(2), 19.6, 19.8, 19.9, 50, 52.2, 52.3, 52.4(1), 52.5(1),(2), 52.6, 52.8, 52.9, 53.

Senate. *Rules of the Senate of Canada*, r. 12-22(2).

Chambre des communes. Bureau de régie interne. *Règles de procédure du bureau de régie interne*, art. 10.

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 4.

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. 18, 49.

Loi électorale, L.R.N.-B. 1973, ch. E-3.

Loi sur l'Assemblée législative et le Conseil exécutif, L.T.N.-O. 1999, ch. 22.

Loi sur l'Assemblée Nationale, R.L.R.Q., ch. A-23.1, art. 9, 42, 85.4.

Loi sur le Parlement du Canada, L.R.C. (1985), ch. P-1, art. 4, 5, 19.1, 19.2, 19.3, 19.4, 19.5(1),(2), 19.6, 19.8, 19.9, 50, 52.2, 52.3, 52.4(1), 52.5(1),(2), 52.6, 52.8, 52.9, 53.

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2(1) « office fédéral », (2) (édicte par L.C. 1990, ch. 8), 18, 18.1.

Sénat. *Règlement du Sénat du Canada*, règle 12-22(2).

CASES CITED

FOLLOWED:

Canada (House of Commons) v. Vaid, 2005 SCC 30, [2005] 1 S.C.R. 667.

APPLIED:

Villeneuve v. Legislative Assembly et al, 2008 NWTSC 41, [2008] 10 W.W.R. 704; *Filion c. Chagnon*, 2016 QCCS 6146; *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876, (1996), 137 D.L.R. (4th) 142.

CONSIDERED:

R. v. Chaytor and others, [2010] UKSC 52, [2011] A.C. 684; *Chagnon v. Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec*, 2018 SCC 39, [2018] 2 S.C.R. 687; *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Governor General in Council)*, 2018 SCC 40, [2018] 2 S.C.R. 765, 426 D.L.R. (4th) 647; *Filion c. Chagnon*, 2013 QCCS 446; *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319, (1993), 100 D.L.R. (4th) 212; *Southam Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1990] 3 F.C. 465, (1990), 73 D.L.R. (4th) 289 (C.A.), revg [1989] 3 F.C. 147, (1989), 27 F.T.R. 139 (T.D.); *Stockdale v. Hansard* (1839), 9 Ad. & E. 1, 112 E.R. 1112 (Q.B.); *Duffy v. Senate of Canada*, 2018 ONSC 7523 (CanLII); *Taftler v. British Columbia (Commissioner of Conflict of Interest)* (1998), 161 D.L.R. (4th) 511, 49 B.C.L.R. (3d) 328, sub nom. *Taftler v. Hughes*, 1998 CanLII 6216 (B.C.C.A.).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION SUIVIE :

Canada (Chambre des communes) c. Vaid, 2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667.

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Villeneuve v. Legislative Assembly et al, 2008 NWTSC 41, [2008] 10 W.W.R. 704; *Filion c. Chagnon*, 2016 QCCS 6146; *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876, 1996 CanLII 163.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

R. v. Chaytor and others, [2010] UKSC 52, [2011] A.C. 684; *Chagnon c. Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec*, 2018 CSC 39, [2018] 2 R.C.S. 687; *Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil)*, 2018 CSC 40, [2018] 2 R.C.S. 765; *Filion c. Chagnon*, 2016 QCCS 6146; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, 1993 CanLII 153; *Southam Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1990] 3 C.F. 465 (C.A.), infirmant [1989] 3 C.F. 147 (1^{re} inst.); *Stockdale v. Hansard* (1839), 9 Ad. & E. 1, 112 E.R. 1112 (Q.B.); *Duffy v. Senate of Canada*, 2018 ONSC 7523 (CanLII); *Taftler v. British Columbia (Commissioner of Conflict of Interest)* (1998), 161 D.L.R. (4th) 511, 49 B.C.L.R. (3d) 328, sub nom. *Taftler v. Hughes*, 1998 CanLII 6216 (C.A.C.-B.).

REFERRED TO:

R. v. Parliamentary Commissioner for Standards ex parte Mohamed Al Fayed, [1997] EWCA Civ. 2488 (BAILII), [1998] 1 W.L.R. 669; *Re McGuinness's Application*, [1997] NIQB 2 (BAILII), [1997] NI 359; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Morin v. Crawford* (1999), 14 Admin. L.R. (3d) 287, 1999 N.W.T.J. No. 5 (QL) (N.W.T. S.C.); *McIver v. Alberta (Ethics Commissioner)*, 2018 ABQB 240 (CanLII), 423 D.L.R. (4th) 551.

AUTHORS CITED

Bourinot, John George. *Parliamentary Procedure and Practice in the Dominion of Canada*, 4th ed. Toronto: Canada Law Book Company, 1916.

Canada. Parliament. House of Commons. *Special Committee on the Review of the Parliament of Canada Act, Minutes of Proceedings and Evidence*, 34th Parl., 2nd Sess., 1990.

Erskine May's Treatise on The Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament, 19th ed. by David Lidderdale, ed. London: Butterworths, 1976.

Report of the Special Committee on Reform of the House of Commons, Ottawa: The Comity, 1985.

United Kingdom. Joint Committee on Parliamentary Privilege, Vol. 1, *Report and Proceedings of the Committee*, London: H.M.S.O., 1999.

APPEAL from a Federal Court decision (2017 FC 942) dismissing the appellants motions to strike four judicial review applications, which motions were based, in particular, on the contention that the decisions being judicially challenged were covered by parliamentary privilege, and, as such, were immunized from judicial review. Appeal allowed.

APPEARANCES

Guy J. Pratte and *Nadia Effendi* for appellants.
James R.K. Duggan, *Ad. E.*, *Julius H. Grey*, *Ad. E.*, *Alexander Herrick Duggan* and *Geneviève Grey* for respondents.
Nicholas McHaffie and *Jessica Rutledge* for intervenor *Maurice Vellacott*.
Guy Regimbald and *John J. Wilson* for intervenor *The Senate of Canada*.

DÉCISIONS CITÉES :

R. v. Parliamentary Commissioner for Standards ex parte Mohamed Al Fayed, [1997] EWCA Civ. 2488 (BAILII), [1998] 1 W.L.R. 669; *Re McGuinness's Application*, [1997] NIQB 2 (BAILII), [1997] NI 359; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Morin v. Crawford* (1999), 14 Admin. L.R. (3d) 287, 1999 N.W.T.J. n° 5 (QL) (C.S. T.N.-O.); *McIver v. Alberta (Ethics Commissioner)*, 2018 ABQB 240 (CanLII), 423 D.L.R. (4th) 551.

DOCTRINE CITÉE

Bourinot, John George. *Parliamentary Procedure and Practice in the Dominion of Canada*, 4^e éd. Toronto : Canada Law Book Company, 1916.

Canada. Chambre des communes. *Comité spécial chargé de l'examen de la Loi sur le Parlement du Canada, procès-verbaux et témoignages*, 34^e lég., 2^e sess., 1990.

Erskine May's Treatise on The Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament, 19^e éd. par David Lidderdale, dir. London : Butterworths, 1976.

Rapport du Comité spécial sur la réforme de la Chambre des communes, Ottawa : Le comité, 1985.

Royaume-Uni. Joint Committee on Parliamentary Privilege, vol. 1, *Report and Proceedings of the Committee*, London : H.M.S.O., 1999.

APPEL de la décision rendue par la Cour fédérale (2017 CF 942), qui a rejeté les requêtes des appelants en radiation de quatre demandes de contrôle judiciaire, lesquelles requêtes reposaient plus particulièrement sur la prétention selon laquelle les décisions en litige étaient protégées par le privilège parlementaire et, à ce titre, étaient à l'abri du contrôle judiciaire. Appel accueilli.

ONT COMPARU :

Guy J. Pratte et *Nadia Effendi* pour les appelants.
James R.K. Duggan, *Ad. E.*, *Julius H. Grey*, *Ad. E.*, *Alexander Herrick Duggan* et *Geneviève Grey* pour les intimés.
Nicholas McHaffie et *Jessica Rutledge* pour l'intervenant *Maurice Vellacott*.
Guy Regimbald et *John J. Wilson* pour l'intervenant le Sénat du Canada.

SOLICITORS OF RECORD

Borden Ladner Gervais LLP, Toronto, for appellants.
Duggan, avocats-lawyers and *Grey Casgrain, s.e.n.c.*, Montréal, for respondents.
Stikeman Elliott LLP, Ottawa, for intervener Maurice Vellacott.
Gowling WLG (Canada) LLP, Ottawa, for intervener The Senate of Canada.

The following are the reasons for judgment rendered in English

[1] NOËL C.J.: This is an appeal brought by the House of Commons management body, the Board of Internal Economy (also referred to as the Board), and the Speaker of the House of Commons (together, the appellants) from a decision of the Federal Court (2017 FC 942 [reasons]) *per* Gagné J. as she then was (the judge) dismissing their motions to strike four judicial review applications brought by Alexandre Boulerice and others (the respondents). The motions to strike were based on the contention that the decisions being challenged by the applications are covered by parliamentary privilege, and, as such, are immunized from judicial review and that the Board is not a “federal board, commission or other tribunal” [section 2] under the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 (*Federal Courts Act*).

[2] The respondents—66 in T-304-15; 55 in T-1935-14 and 23 in T-1539-14 and T-1526-14—were sitting New Democratic Party (NDP) Members of Parliament when their judicial review applications were launched in July and September 2014. They contend that four decisions made by the Board of Internal Economy, holding that they misused parliamentary funds and requiring them to repay the amounts improperly used, were arbitrary, contrary to parliamentary rules, politically motivated and made in bad faith.

[3] The intervener, Maurice Vellacott (Mr. Vellacott), is a former Conservative Party Member of Parliament. He was granted intervener status to provide context concerning his own judicial review application (presently in abeyance) challenging a decision of the Board. In his case, the Board held that he claimed *per diem* and related expenses

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Borden Ladner Gervais S.E.N.C.R.L., S.R.L., Toronto, pour les appelants.
Duggan, avocats-lawyers et *Grey Casgrain, s.e.n.c.*, Montréal, pour les intimés.
Stikeman Elliott S.E.N.C.R.L., s.r.l., Ottawa, pour l’intervenant, Maurice Vellacott.
Gowling WLG (Canada) S.E.N.C.R.L., s.r.l., Ottawa, pour l’intervenant, le Sénat du Canada.

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

[1] LE JUGE EN CHEF NOËL : Appel est interjeté par l’organe de gestion de la Chambre des communes, le Bureau de régie interne (le Bureau), et le président de la Chambre des communes (collectivement les appelants) de la décision rendue par la Cour fédérale (2017 CF 942 [motifs]) sous la plume de la juge Gagné, maintenant juge en chef adjointe (la juge), qui a rejeté leurs requêtes en radiation de quatre demandes de contrôle judiciaire déposées par M. Alexandre Boulerice et d’autres (les intimés). Aux termes des requêtes en radiation, d’une part, les décisions en litige sont protégées par le privilège parlementaire et, à ce titre, sont à l’abri du contrôle judiciaire et, d’autre part, le Bureau n’est pas un « office fédéral » [à l’article 2] au sens de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 (*Loi sur les Cours fédérales*).

[2] Les intimés — 66 dans le dossier T-304-15; 55 dans le dossier T-1935-14 et 23 dans les dossiers T-1539-14 et T-1526-14 — étaient des députés appartenant au Nouveau Parti démocratique (NPD) au moment du dépôt de leurs demandes de contrôle judiciaire en juillet et septembre 2014. Selon eux, quatre décisions du Bureau de régie interne — ayant conclu à la distraction de deniers parlementaires de leur part et exigeant le remboursement des fonds — étaient arbitraires, contraires aux règles parlementaires, politiques et empreintes de mauvaise foi.

[3] M. Maurice Vellacott, un ancien député du Parti conservateur, a obtenu la qualité d’intervenant afin de fournir des renseignements contextuels relatifs à sa propre demande de contrôle judiciaire (en suspens pour l’instant). Il attaque une décision du Bureau selon laquelle il aurait réclamé des indemnités et des frais connexes non

in circumstances when none were payable given that his primary place of residence was in the National Capital Region rather than in Saskatchewan.

[4] The intervener, the Senate, supports the position of the appellants. It is concerned that the decision dismissing the motions to strike could affect rights and powers exercised by the Standing Senate Committee on Internal Economy, Budgets and Administration (the Senate Committee on Internal Economy), the management body of the Senate. This committee is governed by the same statute and operates essentially the same way as the Board of Internal Economy.

[5] In dismissing the appellants' motions to strike, the Judge found both that the Federal Court had jurisdiction to review decisions made by the Board like those of any other "federal board" acting pursuant to an Act of Parliament (section 2 of the *Federal Courts Act*) and that the decisions in issue were not covered by parliamentary privilege.

[6] For the reasons that follow, I am of the view that the Judge erred in coming to these conclusions. Had she followed the principled approach set out by the Supreme Court in *Canada (House of Commons) v. Vaid*, 2005 SCC 30, [2005] 1 S.C.R. 667 (*Vaid*), which precludes the courts from inquiring into the necessity of a legislated privilege when it is shown to come within an established category, she would have had to conclude that the decisions in issue are covered by parliamentary privilege and, therefore, cannot be judicially reviewed.

BACKGROUND

[7] The Board of Internal Economy, like the Senate Committee on Internal Economy, draws its powers from the *Parliament of Canada Act*, R.S.C., 1985, c. P-1 (the PCA). Section 4 provides both the House of Commons and the Senate with the same privileges, immunities and powers, while section 5 declares those privileges to be part of the general and public law of Canada. Sections 19.1 and 50 acknowledge respectively the establishment of the Senate Committee on Internal Economy

permis, car sa résidence principale était située dans la région de la capitale nationale et non en Saskatchewan.

[4] Le Sénat, qui intervient également dans l'appel, soutient les appelants. Il craint que le rejet des requêtes en radiation risque d'affecter les droits et les pouvoirs du Comité permanent de la régie interne, des budgets et de l'administration (le Comité sénatorial de la régie interne), l'organe de gestion du Sénat. Ce comité est assujéti à la même loi que le Bureau, et ses travaux sont essentiellement identiques à ceux de ce dernier.

[5] La juge a rejeté les requêtes en radiation, concluant que la Cour fédérale pouvait contrôler les décisions du Bureau, comme de celles de n'importe quel autre « office fédéral » exerçant des pouvoirs prévus par une loi fédérale (article 2 de la *Loi sur les Cours fédérales*) et que le privilège parlementaire ne protégeait pas les décisions en litige.

[6] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que la juge a tiré ces conclusions à mauvais droit. Si elle avait adopté la démarche raisonnée telle qu'elle a été énoncée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667 (*Vaid*), suivant laquelle les tribunaux ne doivent pas déterminer la nécessité d'un privilège d'origine législative dès lors qu'il est démontré qu'il appartient à une catégorie établie, elle aurait été contrainte de conclure que les décisions en litige étaient visées par le privilège parlementaire et se trouvaient, par le fait même, à l'abri de tout contrôle judiciaire.

FAITS

[7] Le Bureau, à l'instar du Comité sénatorial de la régie interne, tire ses pouvoirs de la *Loi sur le Parlement du Canada*, L.R.C. (1985), ch. P-1 (la LPC). L'article 4 confère à la Chambre des communes et au Sénat les mêmes privilèges, immunités et pouvoirs, tandis que l'article 5 dispose que ces privilèges sont partie intégrante du droit général et public du Canada. Les articles 19.1 et 50 respectivement reconnaissent la constitution du Comité sénatorial de la régie interne et la création du Bureau. Aux

and the creation of the Board. Pursuant to section 52.3, the Board acts “on all financial and administrative matters respecting the House of Commons, its premises, its services and its staff; and the members of the House of Commons.” The Senate Committee on Internal Economy plays the same role and exercises the same powers for the Senate. This is best illustrated by the comparative table produced by the appellants (appellants’ compendium, Tab 44) which has been appended to these reasons as Appendix “A”.

[8] From the time of Confederation to the enactment of the PCA and the creation of the Board in 1985, the House of Commons and the Senate enjoyed the privileges held by the United Kingdom House of Commons at the time of Confederation pursuant to section 1 of *An Act to define the privileges, immunities and powers of the Senate and House of Commons, and to give summary protection to persons employed in the publication of Parliamentary Papers*, S.C. 1868 (31 Vict.), c. 23. During this same period, the internal management of the House of Commons was the responsibility of the Commissioners of Internal Economy appointed by the Governor in Council under sections 1 and 2 of an *Act respecting the internal Economy of the House of Commons, and for other purposes*, S.C. 1868 (31 Vict.), c. 27. Under this Act, only Members of the House who were also Members of the Queen’s Privy Council for Canada could be appointed as Commissioners. Practically speaking, this meant that the Commissioners were drawn from among the Ministers of the Crown.

[9] The Board was created in 1985 in response to recommendations made by a Special Committee of the House. Among the recommendations were that Members of the House become more involved in the management of the House and that the new Board better reflect the composition of the House.

[10] Members of the recognized parties of the House of Commons now constitute the Board. The Board is composed of the Speaker, two Members of the Queen’s Privy Council for Canada appointed by the Governor in Council, the Leader of the Opposition or the Leader’s nominee, and “other members” of the House of Commons who may be appointed from time to time to represent the opposition

termes de l’article 52.3, le Bureau « est chargé des questions financières et administratives intéressant la Chambre des communes, ses locaux, ses services et son personnel; les députés ». Le Comité sénatorial de la régie interne a un rôle identique et exerce les mêmes pouvoirs au sein du Sénat. Le tableau comparatif produit par les appelants illustre bien ces rapports (compendium des appelants, onglet 44). Il figure à l’annexe « A » des présents motifs.

[8] De 1867 à l’adoption de la LPC et la création du Bureau en 1985, la Chambre des communes et le Sénat jouissaient des privilèges conférés à la Chambre des communes du Royaume-Uni au moment de la Confédération en vertu de l’article premier de l’*Acte pour définir les privilèges, immunités et attributions du Sénat et de la Chambre des Communes, et pour protéger d’une manière sommaire les personnes chargées de la publication des documents parlementaires*, S.C. 1868 (31 Vict.), ch. 23. Au cours de cette période, la gestion interne de la Chambre des communes incombait aux commissaires de l’économie intérieure nommés par le gouverneur en conseil en vertu de l’article premier et de l’article 2 de l’*Acte concernant l’Économie Intérieure de la Chambre des Communes et pour d’autres fins*, S.C. 1868 (31 Vict.), ch. 27. Aux termes de cette loi, seuls des députés qui étaient également membres du Conseil privé de la Reine pour le Canada pouvaient être nommés à titre de commissaires. En pratique, les commissaires étaient donc choisis parmi les ministres de la Couronne.

[9] Le Bureau a été créé en 1985 dans la foulée de recommandations présentées par un comité spécial de la Chambre. Ce comité recommandait entre autres que les députés participent davantage à la gestion de la Chambre et que le nouveau Bureau reflète mieux la composition de cette dernière.

[10] Le Bureau est maintenant composé de membres des partis reconnus à la Chambre des communes : le président, deux membres du Conseil privé de la Reine pour le Canada nommés par le gouverneur en conseil, le chef de l’Opposition ou son délégué et « d’autres députés » nommés parmi le parti de l’opposition et celui au pouvoir (LPC, paragraphe 50(2)). En pratique, si l’on tient compte

and governing parties (subsection 50(2) of the PCA). As a practical matter, under the rules, members of the governing party may hold the majority when matters come to be decided by the Board (subparagraph 50(2)(b)(ii) of the PCA). This reflects the manner in which the House operates when it legislates (section 49 of 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] (*Constitution Act, 1867*)).

[11] The Board sets out its rules on various matters including the use of parliamentary funds by way of by-laws (subsection 52.5(1) of the PCA). It has exclusive authority to decide whether a member's use of parliamentary funds was proper (subsection 52.6(2) of the PCA). It can investigate matters and may as a result make a direction, or a by-Law, refuse a request for funds, or act as it sees fit (section 10 of the *Rules of Practice and Procedure of the Board of Internal Economy*); various coercive measures may be used to impose compliance (section 19 of the *Members By-Law*).

[12] The Board of Internal Economy, acting through the Speaker, reports to the House and its minutes are tabled in the House. Members of the House may ask questions of a member of the Board designated by the Board during Question Period (subsections 37(2) and (3) and section 148 of the *House of Commons Standing Orders*).

[13] The Board has the capacity of a natural person and may enter into contracts and other arrangements with third parties (section 52.2 of the PCA). In order to provide continuity, members of the Board remain in office when Parliament is dissolved (section 53 of the PCA).

[14] In doing its work, the Board is supported by the House Administration (section 2 of the *Governance and Administration By-Law*). The House Administration is composed of the Clerk of the House of Commons and its employees, who are not Members of the House (sections 6 and 7 of the *Governance and Administration By-Law*). While powers of the Board may be delegated

des règles, les membres du parti au pouvoir sont susceptibles de détenir la marge décisionnelle (alinéa 50(2)b)), à l'image de la Chambre quand elle légifère (*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], article 49 (la *Loi constitutionnelle de 1867*)).

[11] Le Bureau établit ses propres règles, notamment en matière d'utilisation des deniers parlementaires, par le truchement de règlements administratifs (LPC, paragraphe 52.5(1)). Il est investi du pouvoir exclusif de décider de la régularité de l'utilisation des deniers parlementaires par un député (LPC, paragraphe 52.6(2)). Il est habilité à enquêter et peut, à l'issue de l'enquête, donner des précisions, prendre un règlement administratif, refuser une demande de fonds ou prendre telle ou telle autre décision qu'il juge opportune (*Règles de procédure du Bureau de régie interne*, article 10). Il peut ordonner la prise de mesures pour forcer le respect des règles (*Règlement administratif relatif aux députés*, article 19).

[12] Le président de la Chambre est responsable du Bureau devant cette dernière. Le compte rendu des délibérations du Bureau est déposé à la Chambre. Un député peut poser des questions à un membre du Bureau désigné par ce dernier au cours de la période des questions orales (*Règlement de la Chambre des communes*, paragraphes 37(2) et (3) et article 148).

[13] Le Bureau a la capacité d'une personne physique et peut à ce titre conclure des contrats, ententes ou autres arrangements avec des tiers (LPC, article 52.2). Pour assurer la continuité, les membres du Bureau demeurent en fonction en cas de dissolution du Parlement (LPC, article 53).

[14] Le Bureau est appuyé dans ses travaux par l'Administration de la Chambre (*Règlement administratif sur la gouvernance et l'administration*, article 2). L'Administration de la Chambre se compose du greffier de la Chambre des communes et des employés qui relèvent de celui-ci et qui ne sont pas des députés (articles 6 et 7). Si les pouvoirs du Bureau peuvent être délégués au

to the Clerk of the House of Commons and its employees, they remain subordinate to the Board (section 2 of the *Governance and Administration By-Law*).

THE CONTESTED DECISIONS

[15] Four decisions are challenged in the underlying judicial review applications. At the time they were made the Conservative Party was the governing party. According to the minutes of the Board, three Conservatives, two members of the NDP [New Democratic Party], one Liberal and the Speaker were present when these decisions were made. The two NDP members voted in dissent.

[16] The first two decisions dealt with inappropriate mailings. The first held that certain mailings contravened the *Members By-Law* (presumably subsection 4(3), paragraph 29(1)(e), and section 30) because they were made for political purposes. The second required that the related expenses be reimbursed by the Members who failed to adhere by this limitation.

[17] In the third decision, the Board determined that some NDP members inappropriately used parliamentary funds for expenses related to employment, telecommunications and travel. According to the Board, funds from the budget for Members' offices were used to supplement the NDP's National Caucus Research Budget. These budgets are for different purposes: the former is for Members of the House individually to discharge their parliamentary functions at specified locations—i.e., on Parliament Hill or in their constituencies—whereas the latter is for recognized parties to use for research offices (sections 24, 56 and 67 of the *Members By-Law*). No funds may be transferred between these budgets (*Members By-Law*, section 70).

[18] The Board's fourth decision required the repayment of some \$2.7 million by the Members whose budgets were misused.

[19] In the applications for judicial review relating to the mailings, the respondents acknowledge that the decisions

greffier de la Chambre et à ses employés, ils échoient néanmoins au Bureau (article 2).

DÉCISIONS EN LITIGE

[15] Les demandes de contrôle judiciaire dont il est interjeté appel portent sur quatre décisions prises à l'époque où le Parti conservateur était au pouvoir. Selon le compte rendu des délibérations du Bureau, trois membres du Parti conservateur, deux membres du NPD [Nouveau parti démocratique], un membre du Parti libéral et le président étaient présents au moment où les décisions ont été prises. Les deux membres du NPD étaient dissidents.

[16] Les deux premières décisions ont trait à des envois postaux non permis. Selon la première, des envois contrevenaient à certaines dispositions du *Règlement administratif relatif aux députés* (vraisemblablement le paragraphe 4(3), l'alinéa 29(1)e) et l'article 30), car ils étaient motivés par des raisons politiques. La seconde ordonne le remboursement des frais connexes par les députés ayant fait fi de cette restriction.

[17] Dans la troisième décision, le Bureau statue que certains membres du NPD ont utilisé des deniers parlementaires à des fins non permises pour payer des dépenses reliées à des emplois, à des télécommunications et à des déplacements. De l'avis du Bureau, ces députés ont utilisé des fonds destinés aux dépenses administratives pour suppléer le budget du bureau de recherches du caucus du NPD. Ces budgets ont des objets différents : le premier permet au député d'exercer ses fonctions parlementaires à des endroits définis — au parlement ou dans sa circonscription —, tandis que le second sert à financer un bureau de recherches des partis reconnus (*Règlement administratif relatif aux députés*, articles 24, 56 et 67). Il est interdit de transférer des fonds d'un budget à l'autre (article 70).

[18] La quatrième décision du Bureau ordonne le remboursement de quelque 2,7 millions de dollars par les députés ayant utilisé à tort les fonds prévus à leur budget.

[19] Au soutien de leurs demandes de contrôle judiciaire des décisions portant sur les envois, les intimés

were rendered on the basis that the mailings “were in contravention of the Board’s By-Laws [because] they were performed for the benefit of a political party” (applications for judicial review, Appeal Book, Vol. III, pages 853 and 861). However, they maintain that the decisions are “unreasonable and incorrect”, “contrary to the principles of natural justice”, and “contrary to the rule of law” (applications for judicial review, Appeal Book, Vol. III, pages 853 and 861).

[20] The applications directed at the decisions relating to the use of individual Member’s budgets to supplement the NDP’s National Caucus Research Offices budget are based on the following grounds (applications for judicial review, Appeal Book, Vol. III, pages 870 and 880):

- The decision[s] [are] unreasonable, arbitrary and incorrect;
- The decision[s] [are] contrary to the principles of natural justice and of fairness;
- The decision[s] [are] contrary to the rule of law;
- The decision[s] [are], in fact, an example of political bias and [were] made in bad faith;
- The decision[s] [are] absurd in the light of modern technologies that enable people to work everywhere;
- There is no legal basis for [these] decision[s] in Canadian law or in parliamentary rules;
- The decision[s] [are] illegal since members of Parliament are entitled by law to exercise their parliamentary functions “wherever” and in so doing, are entitled to make use of parliamentary resources to accomplish parliamentary functions.

THE FEDERAL COURT DECISION

[21] In dismissing the appellants’ motion to strike, the judge addressed two issues: whether decisions of the Board are subject to judicial review under the *Federal*

reconnaissent que, suivant ces dernières, les envois [TRADUCTION] « contrevenaient aux règlements administratifs du Bureau [car] leur objet était de profiter à un parti politique » (demandes de contrôle judiciaire, dossier d’appel, vol. III, pages 853 et 861). Ils soutiennent cependant que les décisions sont [TRADUCTION] « déraisonnables et incorrectes », « contraires aux principes de justice naturelle » et « contraires à la primauté du droit » (demandes de contrôle judiciaire, dossier d’appel, vol. III, pages 853 et 861).

[20] Les demandes de contrôle judiciaire à l’encontre des décisions sanctionnant l’utilisation de fonds affectés au budget de députés pour suppléer le budget du bureau de recherches du caucus national du NPD soulèvent les motifs suivants (dossier d’appel, vol. III, pages 870 et 880, demandes de contrôle judiciaire) :

[TRADUCTION]

- L[es] décision[s] [sont] déraisonnable[s], arbitraire[s] et incorrecte[s];
- L[es] décision[s] [sont] contraire[s] aux principes de justice naturelle et d’équité;
- L[es] décision[s] [sont] contraire[s] à la primauté du droit;
- L[es] décision[s] constitue[nt] un exemple de partialité politique et de mauvaise foi;
- L[es] décision[s] [sont] absurde[s] vu les technologies modernes qui permettent aux gens de travailler n’importe où;
- Rien dans le droit canadien ou dans les règles parlementaires n’étaye l[es] décision[s];
- L[es] décision[s] [sont] illégale[s] puisque les députés sont habilités légalement à exercer leurs fonctions parlementaires « n’importe où »; il leur est donc permis d’utiliser des deniers parlementaires pour exercer leurs fonctions parlementaires.

JUGEMENT DE LA COUR FÉDÉRALE

[21] Avant de rejeter la requête en radiation des appellants, la juge a abordé deux questions. En premier lieu, les décisions du Bureau sont-elles susceptibles de contrôle

Courts Act, and whether decisions of the Board relating to the use of resources by members are immunized from review by parliamentary privilege. Although these issues were addressed separately, she acknowledged that the answer to both questions “ought to be somewhat aligned” (reasons, paragraph 10).

[22] Regarding the first issue, the judge concluded that the Board was not excluded from the Federal Courts’ jurisdiction under subsection 2(2) of the *Federal Courts Act*. Drawing a distinction between the Senate Committee on Internal Economy and the Board, the judge held that the former draws its powers from section 18 of the *Constitution Act, 1867*, but the Board does not (reasons, paragraphs 19 and 20). As well, the judge noted that in addition to not being “as fundamental to our notion of democracy” as the Senate Committee on Internal Economy, the Board is a “subsidiary entity” (reasons, paragraph 22). She also described the Board as different from regular committees, which originate not in statute but in Standing Orders of the House and parliamentary tradition, and exercise functions related to the legislative process (reasons, paragraphs 27 and 28).

[23] In reaching her conclusion on the first issue, the judge found that the Board’s powers set out in the PCA are derived from an Act of Parliament, not from section 18 of the *Constitution Act, 1867*. Identifying section 52.3 of the PCA as the source of the powers exercised by the Board in this instance, she held that the Board’s decisions were made under a power conferred by an Act of Parliament. Therefore, they fell within the Federal Court’s jurisdiction under sections 18 and 18.1 of the *Federal Courts Act*.

[24] In disposing of the second issue—parliamentary privilege—the judge concluded that the appellants failed to demonstrate that immunizing the Board’s decisions from judicial review was necessary in order to protect the dignity and efficiency of the House (reasons, paragraph 50).

[25] In reaching this conclusion, the judge first considered the category of parliamentary privilege related to proceedings in Parliament. She cited the Supreme Court’s

judiciaire sous le régime de la *Loi sur les Cours fédérales*? En second lieu, les décisions du Bureau sur l’utilisation de ressources par les députés sont-elles à l’abri d’un tel contrôle par l’effet du privilège parlementaire? Bien qu’elle aborde les questions séparément, la juge reconnaît que les réponses « doivent être quelque peu harmonisées » (motifs, paragraphe 10).

[22] À propos de la première question, la juge est d’avis que, suivant le paragraphe 2(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*, le Bureau n’échappe pas à la compétence des Cours fédérales. Établissant une distinction entre le Comité sénatorial de la régie interne et le Bureau, la juge conclut que le premier tire ses pouvoirs de l’article 18 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais pas le Bureau (motifs, paragraphes 19 et 20). La juge fait également remarquer que le Bureau, en plus de ne pas être pas « aussi fondamental à notre notion de démocratie » que le Comité sénatorial de la régie interne, est une « entité auxiliaire » (motifs, paragraphe 22). Selon elle, le Bureau diffère des comités ordinaires, qui ont pour source, non pas une loi, mais un règlement de la Chambre ou la tradition parlementaire et exercent des fonctions liées au processus législatif (motifs, paragraphes 27 et 28).

[23] Au sujet de la première question, la juge estime que les pouvoirs du Bureau prévus dans la LPC découlent d’une loi fédérale, et non de l’article 18 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ayant indiqué l’article 52.3 de la LPC comme source des pouvoirs exercés par le Bureau en l’espèce, elle conclut que les décisions du Bureau découlent de pouvoirs prévus par une loi fédérale. Elles sont donc visées par la compétence que les articles 18 et 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* confèrent à la Cour fédérale.

[24] Quant à la deuxième question, celle du privilège parlementaire, la juge estime que les appelants n’ont pas réussi à démontrer qu’il est nécessaire de soustraire les décisions du Bureau au contrôle judiciaire pour protéger la dignité et l’efficacité de la Chambre (motifs, paragraphe 50).

[25] Dans l’analyse ayant mené à cette conclusion, la juge examine d’abord le privilège parlementaire relatif aux débats et travaux parlementaires. Elle cite un

statement in *Vaid* that “not everything that is said or done within the Chamber during the transaction of business forms part of proceedings in Parliament” [emphasis in original] (reasons, paragraph 38). In her view, this category of parliamentary privilege was primarily aimed at protecting freedom of speech in the House of Commons. Relying on the decision of the Supreme Court of the United Kingdom in *R. v. Chaytor and others*, [2010] UKSC 52, [2011] A.C. 684 (*Chaytor*), she held that dealing with expense claims was not part of proceedings in Parliament (reasons, paragraphs 36 to 41).

[26] Turning to the category of parliamentary privilege relating to internal affairs, she emphasized that this category should not be defined too broadly, as it could then encompass all the activities of Parliament (reasons, paragraph 43). Instead, in her view, the appellants had to show that the “specific decisions of the Board on the use of resources and services by [M]embers of Parliament are necessary for upholding the dignity and efficiency of the House of Commons, and its capacity to function as a legislative body” (reasons, paragraph 46). Because the appellants failed to demonstrate this, the judge concluded that the parliamentary privilege relating to internal affairs did not apply to immunize the Board’s decisions from judicial review.

[27] The judge’s reasons can also be read as holding that whatever privileges Parliament might have had in the past, they have since been abrogated or waived. Although she recognized that the Senate Committee on Internal Economy continues to hold the privileges which it had, this ceased to be the case insofar as the Board is concerned when regard is had to the provisions of the PCA and related amendments to the *Federal Courts Act* (reasons, paragraphs 19, 21, 22, 24 and 30).

THE PARTIES’ POSITIONS

[28] Shortly before the hearing of the appeal, the Supreme Court released two decisions which bear on the issue of parliamentary privilege: *Chagnon v. Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec*, 2018

passage de l’arrêt *Vaid* rendu par la Cour suprême selon lequel « ne fait pas [...] “partie des travaux du Parlement tout ce qui est dit ou fait au sein de la Chambre pendant qu’elle siège” » [souligné dans l’original] (motifs, paragraphe 38). À son avis, cette catégorie de privilège parlementaire vise principalement à protéger la liberté d’expression dans l’enceinte de la Chambre. Sur le fondement de l’arrêt de la Cour suprême du Royaume-Uni dans l’affaire *R. v. Chaytor and others*, [2010] UKSC 52, [2011] A.C. 684 (*Chaytor*), elle conclut que la présentation de formulaires de dépenses ne saurait ressortir aux débats ou travaux parlementaires (motifs, paragraphes 36 à 41).

[26] Quant à la catégorie de privilège relatif aux affaires internes, elle souligne qu’il ne faut pas la définir de manière trop large, car elle pourrait alors englober toutes les activités du Parlement (motifs, paragraphe 43). Selon la juge, il incombe plutôt aux appelants de démontrer que « les décisions du Bureau concernant l’usage des ressources et des services par les députés sont nécessaires pour maintenir la dignité et l’efficacité de la Chambre des communes et sa capacité de fonctionner en tant qu’organisme législatif » (motifs, paragraphe 46). Les appelants n’ayant pas réussi à le démontrer, la juge arrive à la conclusion que le privilège parlementaire relatif aux affaires internes ne s’applique pas pour soustraire les décisions du Bureau au contrôle judiciaire.

[27] On peut également donner aux motifs de la juge une interprétation différente : quels que fussent les privilèges conférés au Parlement à une certaine époque, ces privilèges ont depuis fait l’objet d’une abrogation ou d’une renonciation. Si elle reconnaît que le Comité sénatorial de la régie interne a maintenu ses privilèges, elle estime que ce n’est pas le cas du Bureau, compte tenu des dispositions de la LPC et des modifications connexes apportées à la *Loi sur les Cours fédérales* (motifs, paragraphes 19, 21, 22, 24 et 30).

THÈSES DES PARTIES

[28] Peu de temps avant la tenue de l’audience, la Cour suprême a publié deux arrêts intéressant la question du privilège parlementaire, à savoir *Chagnon c. Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec*, 2018

SCC 39, [2018] 2 S.C.R. 687 (*Chagnon*) and *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Governor General in Council)*, 2018 SCC 40, [2018] 2 S.C.R. 765, 426 D.L.R. (4th) 647 (*Mikisew*). The parties and interveners were invited to supplement their memoranda of fact and law by filing supplementary written submissions addressing these decisions. The following description of the parties' positions encompasses all of their submissions.

- *The appellants*

[29] The appellants argue that the parliamentary privileges held by the Board and the Senate Committee on Internal Economy are defined by the PCA but that their source is the Constitution of Canada. As these two bodies perform identical functions and both report to and are integral to their respective Houses, they should not be treated differently (memorandum of the appellants, paragraphs 45 to 47).

[30] More generally, the appellants argue that the judge mischaracterized the role of the Board within the House. In this respect, they point to the history of the internal management of the House before the creation of the Board. Prior to 1985, managing the resources of the House was unequivocally integral to Parliament (memorandum of the appellants, paragraphs 8 to 10). According to the appellants, the enactment of the PCA and the creation of the Board in 1985 did not alter this state of affairs.

[31] The appellants further argue that the parliamentary privilege being claimed is traceable to two established categories and that the judge committed a series of legal errors in failing to recognize this. A third category—discipline—was argued during the course of the hearing.

[32] Regarding the category of proceedings in Parliament, the appellants contend that the judge erred in restricting its scope to freedom of speech within the House (memorandum of the appellants, paragraph 66). The appellants highlight the fact that her conclusion conflicts with the recently enacted subsection 52.2(2) of the PCA, which expressly provides that “proceedings of the Board are proceedings in Parliament”. Further, the appellants argue that Parliament correctly expressed the scope of the parliamentary privilege in enacting this provision.

CSC 39, [2018] 2 R.C.S. 687 (*Chagnon*) et *Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil)*, 2018 CSC 40, [2018] 2 R.C.S. 765 (*Mikisew*). Les parties et les intervenants ont été invités à compléter leur mémoire des faits et du droit par le dépôt d'observations écrites traitant de ces arrêts. La description qui suit de la thèse des parties couvre les arguments mis de l'avant à ces deux étapes.

- *Les appelants*

[29] Selon les appelants, les privilèges parlementaires que détiennent le Bureau et le Comité sénatorial de la régie interne sont définis par la LPC, mais prennent leur source dans la Constitution canadienne. Comme ces deux organes exercent des fonctions identiques, sont redevables à leur Chambre respective et font partie intégrante de ces dernières, ils ne sauraient recevoir un traitement différent (mémoire des appelants, paragraphes 45 à 47).

[30] De manière générale, les appelants soutiennent que la juge a mal interprété le rôle du Bureau au sein de la Chambre. Au soutien de leur argument, ils relatent l'histoire de la gestion interne de la Chambre avant la création du Bureau en 1985. À l'époque, la gestion des ressources de la Chambre faisait indubitablement partie intégrante des activités du Parlement (mémoire des appelants, paragraphes 8 à 10). De l'avis des appelants, l'adoption de la LPC et la création du Bureau en 1985 n'y ont rien changé.

[31] Les appelants affirment que le privilège parlementaire invoqué appartient à deux catégories établies et que la juge a commis une série d'erreurs de droit en ne le reconnaissant pas. Une troisième catégorie — celle relative au pouvoir disciplinaire — a été plaidée à l'audience.

[32] Quant à la catégorie relative aux débats et travaux parlementaires, les appelants soutiennent que c'est à tort que la juge a limité son application à la protection de la liberté d'expression à la Chambre (mémoire des appelants, paragraphe 66). Selon eux, sa conclusion méconnaît le paragraphe 52.2(2) de la LPC, adopté récemment, qui dispose expressément que « les délibérations du bureau sont des délibérations du Parlement ». En outre, les appelants affirment que le législateur a bien exprimé la portée du privilège parlementaire dans le libellé de la disposition.

Relying on *Vaid, R. v. Parliamentary Commissioner for Standards ex parte Mohamed Al Fayed*, [1997] EWCA Civ. 2488 (BAILII), [1998] 1 W.L.R. 669, pages 7–8 and *Re McGuinness’s Application*, [1997] NIQB 2 (BAILII), [1997] NI 359, pages 7–9, the appellants submit that what constitutes a proceeding in Parliament is “determined by the nature of the decision and function of the decision-maker or entity” (memorandum of the appellants, paragraph 67). In this respect, the appellants highlight that the Board is composed of Members of Parliament who supervise the use of parliamentary resources which are essential and inextricably tied to their duties and responsibilities as Members of Parliament (memorandum of the appellants, paragraph 68). According to the appellants, the judge misconstrued the decision of the Supreme Court of the United Kingdom in *Chaytor* by holding that the administrative and financial management functions in issue here are not protected by the recognized category of parliamentary privilege relating to proceedings in Parliament.

[33] Regarding internal affairs, the appellants argue that the decisions of the Supreme Court of the Northwest Territories in *Villeneuve v. Legislative Assembly et al*, 2008 NWTSC 41, [2008] 10 W.W.R. 704 (*Villeneuve*) and of the Superior Court of Québec in *Filion c. Chagnon*, 2016 QCCS 6146 (*Filion 2016*) confirm that the internal management of parliamentary resources comes within this established category (memorandum of the appellants, paragraph 77). In this regard, the appellants contend that the judge, at paragraph 45 of her reasons, erred in distinguishing these decisions on the basis that, in contrast, the matter in issue here does not concern the administration of allowances and benefits. In the alternative, should this Court conclude that the claimed privilege was not authoritatively established, the appellants submit that the test of necessity has been met (memorandum of the appellants, paragraphs 81 to 88).

[34] The appellants also refer to the recent decisions of the Supreme Court in *Chagnon* and *Mikisew*, and argue that, although not determinative, both support their position that parliamentary privilege applies (written submissions of the appellants, paragraphs 1 to 4).

Sur le fondement des arrêts *Vaid, R. v. Parliamentary Commissioner for Standards, ex parte Mohamed Al Fayed*, [1997] EWCA Civ. 2488 (BAILII), [1998] 1 W.L.R. 669, pages 7 et 8 et *Re McGuinness’s Application*, [1997] NIQB 2 (BAILII), [1997] NI 359, pages 7 à 9, ils font valoir que ce qui est susceptible d’appartenir aux débats et travaux du Parlement [TRADUCTION] « dépend de la nature de la décision et de la fonction du décideur ou de l’organe » (mémoire des appelants, paragraphe 67). Les appelants rappellent à cet égard que le Bureau est composé de députés qui supervisent l’utilisation des ressources parlementaires qui sont essentielles et inextricablement liées à leurs fonctions et responsabilités à titre de députés (mémoire des appelants, paragraphe 68). Selon les appelants, la juge a mal interprété l’arrêt de la Cour suprême du Royaume-Uni dans l’affaire *Chaytor* en concluant que les fonctions de gestion administrative et financière en litige en l’espèce n’étaient pas protégées par le privilège parlementaire reconnu relatif aux débats et travaux parlementaires.

[33] Quant aux affaires internes, les appelants soutiennent que les décisions rendues par la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest dans l’affaire *Villeneuve v. Legislative Assembly et al*, 2008 NWTSC 41, [2008] 10 W.W.R. 704 (*Villeneuve*) et la Cour supérieure du Québec dans l’affaire *Filion c. Chagnon*, 2016 QCCS 6146 (*Filion 2016*) confirment que la gestion interne des ressources parlementaires appartient à cette catégorie établie (mémoire des appelants, paragraphe 77). Selon les appelants, c’est à mauvais droit que la juge, au paragraphe 45 de sa décision, s’est éloignée de ces arrêts évoquant pour motif le fait qu’à l’opposé de la présente affaire, ils n’intéressaient pas l’administration d’indemnités et d’avantages. Les appelants avancent subsidiairement que, si la Cour estime que le privilège invoqué n’a pas été établi péremptoirement, il est néanmoins satisfait au critère de la nécessité (mémoire des appelants, paragraphes 81 à 88).

[34] Les appelants invoquent également les arrêts récents de la Cour suprême *Chagnon* et *Mikisew* et affirment que ces décisions, sans être déterminantes, étayent leur thèse selon laquelle le privilège parlementaire s’applique (observations écrites des appelants, paragraphes 1 à 4).

- *The respondents*

[35] The respondents essentially adopt the reasons of the judge. They submit that the appellants mischaracterize the Board when they describe it as an integral component of the House and misapply the doctrine of parliamentary privilege, especially the test that the privilege must be shown to be necessary for the autonomy and dignity of the House.

[36] According to the respondents, the Board is an entity independent from the House, and the Board's functions are administrative, not legislative (memorandum of the respondents, paragraphs 22 and 36). Relying on *Mikisew*, they argue that the Board's decisions would be covered by parliamentary privilege and, thus, immunized from judicial review only if they were part of the legislative process, which is described by the Supreme Court as "the development, passage, and enactment of legislation" (written submissions of the respondents, paragraphs 10 and 16 [*Mikisew*, at paragraph 32]). The respondents suggest that House committees would fall within that definition (memorandum of the respondents, paragraphs 10 to 13). However, they submit that contrary to House committees, which derive their powers and responsibilities from the Standing Orders of the House of Commons, the Board acts pursuant to the PCA (memorandum of the respondents, paragraph 38). Because of this distinction, the respondents argue that the judge correctly ruled that the Board acted under statutory powers and was therefore subject to judicial review.

[37] Regarding new subsection 52.2(2) of the PCA, the respondents argue that it was introduced because of a recent change in the Board's procedures that allowed the Board to have open meetings (memorandum of the respondents, paragraph 16). Although the subsection was enacted "[f]or greater certainty", the respondents argue that it is a legislative recognition that proceedings of the Board were not proceedings in Parliament when the decisions in issue were rendered (memorandum of the respondents, paragraph 17).

[38] Finally, the respondents argue that in order to succeed, the appellants had to show that the privilege is necessary (written submissions of the respondents,

- *Les intimés*

[35] Les intimés adoptent essentiellement les motifs de la juge. Selon eux, les appelants se méprennent lorsqu'ils décrivent le Bureau comme une partie intégrante de la Chambre et appliquent à tort la doctrine du privilège parlementaire, et tout particulièrement le critère selon lequel il faut démontrer, pour que le privilège s'applique, qu'il est nécessaire à l'autonomie et à la dignité de la Chambre.

[36] Selon les intimés, le Bureau constitue un organe indépendant de la Chambre exerçant des fonctions administratives et non législatives (mémoire des intimés, paragraphes 22 et 36). Invoquant l'arrêt *Mikisew*, ils prétendent que les décisions du Bureau seraient visées par le privilège parlementaire — et se trouveraient par le fait même à l'abri du contrôle judiciaire — seulement si elles appartenaient à la filière législative, définie par la Cour suprême comme « l'élaboration, l'adoption et la promulgation d'une loi » (observations écrites des intimés, paragraphes 10 et 16 [*Mikisew*, au paragraphe 32]). Les intimés suggèrent que les travaux des comités de la Chambre sont visés par cette définition (mémoire des intimés, paragraphes 10 à 13). Or, selon eux, contrairement aux comités de la Chambre, qui tirent leurs pouvoirs et responsabilités du Règlement de la Chambre des communes, le Bureau est régi par la LPC (mémoires des intimés, paragraphe 38). Vu cette distinction, les intimés font valoir que la juge a décidé à bon droit que le Bureau agissait en vertu de pouvoirs conférés par une loi et que sa décision était donc susceptible de contrôle judiciaire.

[37] Les intimés soutiennent que le nouveau paragraphe 52.2(2) de la LPC a vu le jour en raison d'un changement apporté récemment à la procédure du Bureau pour permettre les réunions publiques (mémoire des intimés, paragraphe 16). Selon les intimés, en indiquant expressément [TRADUCTION] « [i] est entendu que les délibérations du bureau sont des délibérations du Parlement », le législateur reconnaît que les délibérations du Bureau n'étaient pas des délibérations du Parlement à l'époque des décisions en litige (mémoire des intimés, paragraphe 17).

[38] Enfin, les intimés estiment que, pour avoir gain de cause, les appelants doivent démontrer la nécessité du privilège (observations écrites des intimés, paragraphe 27).

paragraph 27). They view *Chagnon* as requiring that necessity be addressed whenever a parliamentary privilege is claimed (written submissions of the respondents, paragraph 4). This is consistent, they submit, with the fact that “parliamentary privilege is a concept which is becoming narrower in our times both in Canada and in most other democratic jurisdictions” (memorandum of the respondents, paragraph 75). Relying on *Chaytor* and *Vaid*, they contend that necessity has not been demonstrated in this case and that the scope of the category was overstated (memorandum of the respondents, paragraph 62).

- *Mr. Vellacott*

[39] Mr. Vellacott, in his capacity as intervener, takes the position that the two issues addressed by the judge merge into one. He submits that subsections 2(1) and 2(2) of the *Federal Courts Act* are appropriately read as statutory parallels to the common law of judicial review and parliamentary privilege (memorandum of Mr. Vellacott, paragraphs 38 and 39). In his words, “judicial review jurisdiction ends where parliamentary privilege begins” (memorandum of Mr. Vellacott, paragraph 45).

[40] Mr. Vellacott argues, citing *Chaytor*, that the management of House resources is not generally the subject of a parliamentary privilege. In his view, a distinction must be made between resolutions and orders that set allowable expenses and the implementation of such resolutions and orders by way of decisions (memorandum of Mr. Vellacott, paragraphs 65 to 68). As evidence of the willingness of the courts in Canada to assume jurisdiction over the latter, counsel for Mr. Vellacott pointed to the decision of the Québec Superior Court in *Filion c. Chagnon*, 2013 QCCS 446 (*Filion 2013*).

[41] Responding to the appellants’ argument that the addition of subsection 52.2(2) to the PCA in 2017 establishes unequivocally that actions taken by the Board are proceedings in Parliament, Mr. Vellacott submits that identifying a parliamentary privilege and determining its scope is the role of the court and not that of Parliament (memorandum of Mr. Vellacott, paragraph 69). In this

Selon eux, la décision *Chagnon* enseigne qu’il faut examiner la nécessité chaque fois qu’un privilège parlementaire est invoqué (observations écrites des intimés, paragraphe 4). Ils affirment que cette démarche tient compte du fait que [TRADUCTION] « le concept du privilège parlementaire reçoit une interprétation plus étroite de nos jours, tant au Canada que dans la plupart des autres pays démocratiques » (mémoire des intimés, paragraphe 75). Sur le fondement de *Chaytor* et *Vaid*, ils avancent que la nécessité n’a pas été démontrée en l’espèce et que la portée de la catégorie n’est pas aussi étendue qu’on le prétend (mémoire des intimés, paragraphe 62).

- *M. Vellacott*

[39] M. Vellacott, en sa qualité d’intervenant, soutient que les deux questions examinées par la juge n’en font qu’une. Selon lui, les paragraphes 2(1) et (2) de la *Loi sur les Cours fédérales* constituent le pendant légal des règles de common law en matière de contrôle judiciaire et de privilège parlementaire (mémoire de M. Vellacott, paragraphes 38 et 39). Pour reprendre ses propos, [TRADUCTION] « le pouvoir relatif au contrôle judiciaire s’arrête là où commence le privilège parlementaire » (mémoire de M. Vellacott, paragraphe 45).

[40] Invoquant l’arrêt *Chaytor*, M. Vellacott affirme que la gestion des ressources de la Chambre n’est pas généralement visée par un privilège parlementaire. À son avis, une distinction s’impose entre les résolutions et les règlements qui établissent les dépenses permises et la mise en œuvre de ces résolutions et règlements par voie de décision (mémoire de M. Vellacott, paragraphes 65 à 68). À l’appui de l’argument selon lequel les tribunaux canadiens n’hésitent pas à s’immiscer dans de telles décisions, l’avocat de M. Vellacott a fait valoir l’arrêt de la Cour supérieure du Québec dans l’affaire *Filion c. Chagnon*, 2013 QCCS 446 (*Filion 2013*).

[41] En réponse à l’argument des appelants selon lequel l’adjonction du paragraphe 52.2(2) à la LPC en 2017 vient indubitablement confirmer que les délibérations du Bureau sont des délibérations du Parlement, M. Vellacott soutient qu’il incombe aux tribunaux, et non au législateur, de déterminer l’existence et la portée d’un privilège parlementaire (mémoire de M. Vellacott, paragraphe 69).

regard, statutory law, which includes subsection 52.2(2) of the PCA, is presumed not to change the common law and therefore cannot be interpreted to extend the scope of the constitutional privilege (memorandum of Mr. Vellacott, paragraph 70).

[42] Finally, Mr. Vellacott alleges that Parliament can only benefit from parliamentary privileges established in the United Kingdom after 1867 if it “enacts a law dealing with a privilege at some point after 1867, which has not happened” (memorandum of Mr. Vellacott, paragraph 83). Therefore, he submits that Board decisions that apply By-Laws regarding expenses are not part of any historical privilege as the House of Commons of the United Kingdom “did not provide its House Members with expenses, or indeed even salaries, until 1911” (memorandum of Mr. Vellacott, paragraph 84).

- *The Senate of Canada*

[43] The Senate intervenes only on the issue of parliamentary privilege, pointing out that neither the Senate nor the Senate Committee on Internal Economy is a “federal board, commission or other tribunal” within the meaning of section 2 of the *Federal Courts Act* (memorandum of the Senate, paragraph 16).

[44] The Senate takes issue with the judge’s reliance on *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319, (1998), 100 D.L.R. (4th) 212 (*New Brunswick Broadcasting*) to hold that necessity for the parliamentary privilege had to be assessed in this case. It points out that a distinction in law exists as between legislated privileges adopted pursuant to section 18 of the *Constitution Act, 1867* and section 4 of the PCA on the one hand, and inherent privileges that, when established under the test of necessity, enure to all legislative assemblies on the other (memorandum of the Senate, paragraph 22). It relies upon *Vaid*, at paragraph 37:

.... Nevertheless, the framers of the *Constitution Act, 1867* thought it right to use Westminster as the benchmark for parliamentary privilege in Canada, and if the existence and scope of a privilege at Westminster is authoritatively established (either by British or Canadian precedent), it ought to be accepted by a Canadian court without the

Le droit d’origine législative, auquel appartient cette disposition, est réputé ne pas modifier la common law et ne saurait donc recevoir une interprétation qui aurait pour effet d’élargir la portée du privilège d’origine constitutionnelle (mémoire de M. Vellacott, paragraphe 70).

[42] Enfin, selon M. Vellacott, le Parlement ne jouit de privilèges parlementaires reconnus au Royaume-Uni après 1867 que s’il [TRADUCTION] « adopte une loi régissant le privilège après 1867, ce qu’il n’a pas fait » (mémoire de M. Vellacott, paragraphe 83). Il soutient donc que les décisions du Bureau qui appliquent les règlements administratifs ayant trait aux dépenses ne sont pas protégées par un privilège historique, car la Chambre des communes du Royaume-Uni [TRADUCTION] « n’a pas payé les dépenses — ni d’ailleurs les salaires — des députés avant 1911 » (mémoire de M. Vellacott, paragraphe 84).

- *Le Sénat du Canada*

[43] Le Sénat intervient seulement à l’égard de la question relative au privilège parlementaire. Il signale que ni le Sénat ni le Comité sénatorial de la régie interne ne sont un « office fédéral » au sens de l’article 2 de la *Loi sur les Cours fédérales* (mémoire du Sénat, paragraphe 16).

[44] Le Sénat s’oppose à la conclusion de la juge, fondée sur l’arrêt *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l’Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, 1993 CanLII 153 (*New Brunswick Broadcasting*), selon laquelle il faut apprécier la nécessité du privilège parlementaire en l’espèce. Il signale la distinction en droit entre, d’une part, les privilèges créés par voie législative en vertu de l’article 18 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de l’article 4 de la LPC, et, d’autre part, les privilèges inhérents qui, une fois établis au moyen du critère de nécessité, sont conférés à toutes les assemblées législatives (mémoire du Sénat, paragraphe 22). Il cite à cet égard le paragraphe 37 de l’arrêt *Vaid* :

[...] Les rédacteurs de la *Loi constitutionnelle de 1867* ont néanmoins cru bon d’utiliser le Parlement de Westminster comme point de référence en ce qui a trait au privilège parlementaire canadien et si l’existence ainsi que l’étendue d’un privilège du Parlement de Westminster sont établies péremptoirement (par un précédent anglais ou canadien),

need for further inquiry into its necessity. This result contrasts with the situation in the provinces where legislated privilege, without any underpinning similar to s. 18 of the *Constitution Act, 1867*, would likely have to meet the necessity test (*Harvey*, at para. 73). (Emphasis added by the intervener, the Senate.)

[45] According to the Senate, both the category of parliamentary privilege relating to proceedings in Parliament and the category relating to internal affairs apply in this case. Insofar as the latter is concerned, the Senate argues that the judge distinguished *Villeneuve* and *Filion 2016* on “over-corrected” and “excessively narrow” grounds (memorandum of the Senate, paragraph 27).

[46] Finally, the Senate submits that “[t]here can be few matters that speak more directly to the independence of a legislative body than protection from judicial (or executive) interference with that body’s *own* decisions regarding the use and allocation of its *own* resources by its *own* members. A contrary conclusion would ... signal a radical upending of the constitutional separation of powers” (memorandum of the Senate, paragraph 30, emphasis in the original).

ANALYSIS AND DECISION

[47] The two issues addressed by the judge are inexorably linked: the jurisdiction of the Federal Court over the Board turns on whether it was acting pursuant to a power “conferred by or under an Act of Parliament” (section 2 of the *Federal Courts Act*), and this cannot be the case if the challenged decisions are protected by a parliamentary privilege originating in the *Constitution Act, 1867*. As the outcome of this case turns on whether parliamentary privilege applies, that is where the analysis should begin.

[48] The question whether the claimed privilege exists and whether the Board was acting within its scope is one of law. Therefore, it must be correctly decided (*Chagnon*, paragraph 17; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235).

ce privilège devrait être reconnu par les tribunaux canadiens sans qu’il soit nécessaire d’en apprécier la nécessité. Ce résultat contraste avec la situation des provinces car, sans fondement analogue à l’art. 18 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les privilèges que celles-ci établissent par voie législative devraient vraisemblablement satisfaire au critère de nécessité (*Harvey*, par. 73). (Le soulignement est de l’intervenant, le Sénat.)

[45] Selon le Sénat, les deux catégories de privilège parlementaire, soit débats et travaux parlementaires et affaires internes, s’appliquent en l’espèce. À propos du second, le Sénat soutient que la juge a établi une distinction avec les décisions *Villeneuve* et *Filion 2016* pour des raisons [TRADUCTION] « formalistes » et « excessivement étroites » (mémoire du Sénat, paragraphe 27).

[46] Enfin, le Sénat soutient que [TRADUCTION] « [p]eu de matières ressortissent aussi directement à l’indépendance d’un organe législatif que la protection contre l’ingérence du pouvoir judiciaire (ou du pouvoir exécutif) dans les *propres* décisions de cet organe relatives à l’utilisation et à l’affectation de ses *propres* ressources par ses *propres* membres. Une conclusion contraire signalerait [...] un revirement draconien dans la séparation des pouvoirs prévue par la Constitution » (mémoire du Sénat, paragraphe 30; en italiques dans l’original).

ANALYSE ET DÉCISION

[47] Les deux questions examinées par la juge sont inexorablement liées. La Cour fédérale est compétente à l’égard des décisions du Bureau si ce dernier exerce des pouvoirs « prévus par une loi fédérale » (*Loi sur les Cours fédérales*, article 2); elle ne l’est pas si les décisions en litige sont protégées par un privilège parlementaire émanant de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Pour trancher la présente espèce, il faut s’interroger sur l’application du privilège parlementaire. C’est donc par cette question que l’analyse doit commencer.

[48] La question de savoir si le privilège invoqué existe et si le Bureau agissait dans les limites de son cadre est une question de droit et, à ce titre, est assujettie à la norme de la décision correcte (*Chagnon*, paragraphe 17; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235).

[49] The judge offered three reasons for holding that the Board's decisions are not protected by parliamentary privilege:

In contrast to the Senate Committee of Internal Economy, the Board draws its powers from an Act of Parliament rather than the Constitution (reasons, paragraphs 20 and 26).

According to *Chaytor*, dealings with expense claims do not qualify as proceedings in Parliament (reasons, paragraphs 36 to 41).

Immunitizing from judicial review decisions made by the Board concerning the management of Parliament's internal affairs has not been shown to be necessary to preserve the dignity and efficiency of the House of Commons (reasons, paragraphs 42 to 46 and 50).

[50] All of these conclusions were in error.

[51] As to the first reason offered by the judge, the functions performed by the Board are exactly the same as those performed by the Senate Committee on Internal Economy. Both are based on parliamentary privileges legislated in accordance with section 18 of the *Constitution Act, 1867*, and are constitutional in nature because they are an essential aspect of these legislative bodies' autonomous functions. The fact that the privilege of the House of Commons and the Senate over their internal financial affairs were continued by legislative enactments, initially by section 1 of *An Act to define the privileges, immunities and powers of the Senate and the House [of Commons, and to give summary protection to persons employed in the publication of Parliamentary Papers]* in 1868 and later by section 4 of the PCA, does not alter the constitutional origin of the power being exercised (*Southam Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1990] 3 F.C. 465, (1990), 73 D.L.R. (4th) 289 (C.A.) (*Southam*), at pages 479–480).

[52] The rejection of the claimed privilege relying on *Chaytor* was also in error. *Chaytor* deals with individuals who were charged with false accounting in submitting expense claims while they were Members of the House of Commons or House of Lords. They claimed

[49] La juge a fourni trois motifs étayant sa conclusion selon laquelle les décisions du Bureau n'étaient pas protégées par le privilège parlementaire :

Contrairement au Comité sénatorial de la régie interne, le Bureau tire ses pouvoirs d'une loi fédérale, et non de la Constitution (motifs, paragraphes 20 et 26);

Suivant l'arrêt *Chaytor*, le traitement des formulaires de dépenses n'appartient pas aux débats et travaux parlementaires (motifs, paragraphes 36 à 41).

Démonstration n'a pas été faite de la nécessité, pour préserver la dignité et l'efficacité de la Chambre des communes, de soustraire au contrôle judiciaire les décisions du Bureau relatives à la gestion des affaires internes du Parlement (motifs, paragraphes 42 à 46 et 50).

[50] Ces conclusions sont toutes erronées.

[51] Abordons le premier motif fourni par la juge. Les fonctions du Bureau sont identiques à celles du Comité sénatorial de la régie interne. Elles sont fondées sur des privilèges parlementaires établis par voie législative en vertu de l'article 18 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et sont de nature constitutionnelle, car elles forment un aspect essentiel de l'autonomie des organes législatifs. Bien que les privilèges respectifs de la Chambre des communes et du Sénat à l'égard de leurs affaires financières internes aient été entérinés par voie législative — premièrement par l'article premier de l'*Acte pour définir les privilèges, immunités et attributions du Sénat et de la Chambre des Communes*, [et pour protéger d'une manière sommaire les personnes chargées de la publication des documents parlementaires] en 1868 et ensuite par l'article 4 de la LPC — ce fait ne change rien à l'origine constitutionnelle du pouvoir exercé (*Southam Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1990] 3 C.F. 465 (C.A.) (*Southam*), pages 479 et 480).

[52] Le rejet du privilège invoqué sur le fondement de l'arrêt *Chaytor* est également erroné. Cette décision intéresse des personnes accusées d'avoir falsifié leurs notes de frais pendant qu'elles siégeaient à la Chambre des communes ou à la Chambre des lords. Elles prétendaient que

that their actions were covered by parliamentary privilege and that therefore they could not be prosecuted for their deeds (*Chaytor*, paragraph 1). The issue was not whether the expenses were incurred for a parliamentary purpose but rather whether the claimed expenses were incurred at all (*Chaytor*, paragraph 8). In holding that the appellants were not protected by parliamentary privilege, Lord Phillips—one of the three Justices who wrote and whose reasons, together with those of Lord Rodger, were endorsed by the majority—drew a distinction between decisions involving the implementation of existing rules and those involving the rules themselves. In his view, only the latter would be protected by privilege because in the United Kingdom, privilege over the former had been waived (*Chaytor*, paragraph 92):

... If an applicant sought to attack by judicial review the scheme under which allowances and expenses are paid the court would no doubt refuse the application on the ground that this was a matter for the House. Examination of the manner in which the scheme is being implemented is not, however, a matter exclusively for Parliament.

[53] As will be seen, there is no basis for holding that such a waiver has taken place in Canada. For now, I note that the respondents have attacked the scheme adopted by Parliament in at least two respects—i.e., by taking the position that they are entitled to payment of mailing costs without denying that these were incurred for political purposes and by asserting that modern technology has done away with the requirement that reimbursable office expenses be incurred in specific locations as the rules presently require (applications for judicial review, Appeal Book, Vol. III, pages 853, 861, 870 and 880).

[54] Lastly, the judge's conclusion that immunizing decisions relating to internal affairs from review by the courts had not been shown to be necessary in order to preserve the dignity and efficiency of the House disregards a fundamental aspect of *Vaid*. *Vaid* holds that when a legislated privilege at the federal level is shown to come within a recognized category of parliamentary privilege, a court must accept that necessity has been established (*Vaid*, paragraphs 29(9) and 37).

leurs actes étaient protégés par le privilège parlementaire et qu'elles étaient donc à l'abri des poursuites (*Chaytor*, paragraphe 1). La question était non pas de savoir si les frais avaient été engagés à des fins parlementaires, mais plutôt s'ils avaient bel et bien été engagés (*Chaytor*, paragraphe 8). Lord Phillips — l'un des trois juges à avoir rédigé des motifs, auxquels, avec ceux de lord Rodger, ont souscrit les juges majoritaires — était d'avis que les appelants ne pouvaient exciper du privilège parlementaire, ayant établi une distinction entre les décisions portant sur l'application de règles existantes et celles qui portent sur les règles elles-mêmes. À son avis, seules les secondes seraient visées par le privilège parlementaire, car, au Royaume-Uni, il y avait eu renonciation au privilège à l'égard des premières (*Chaytor*, paragraphe 92) :

[TRADUCTION] [...] Si un demandeur cherche à attaquer par voie de contrôle judiciaire le régime en vertu duquel les indemnités et les frais sont payés, le tribunal rejetterait sans doute la demande au motif que la question ressortit à la Chambre. Toutefois, l'examen de la mise en application du régime ne relève pas exclusivement du Parlement.

[53] Comme nous le verrons, rien ne permet de conclure qu'il y a eu une telle renonciation au Canada. Au point où nous en sommes dans l'analyse, il suffit de dire que les intimés ont attaqué le régime adopté par le Parlement à deux égards au moins : en prétendant avoir droit aux frais d'envoi sans nier que les envois postaux avaient un objet politique et en affirmant que, grâce à la technologie moderne, il n'est plus nécessaire que les frais de bureau remboursables soient engagés à un endroit précis comme les règles l'exigent actuellement (demandes de contrôle judiciaire, dossier d'appel, vol. III, pages 853, 861, 870 et 880).

[54] Enfin, la conclusion de la juge selon laquelle il n'a pas été démontré qu'il était nécessaire d'empêcher que les décisions relatives aux affaires internes soient assujetties au contrôle judiciaire afin de préserver la dignité et l'efficacité de la Chambre fait fi d'un aspect fondamental de l'arrêt *Vaid*. Suivant ce dernier, à l'échelon fédéral, lorsqu'il est démontré qu'un privilège d'origine législative appartient à une catégorie reconnue de privilège parlementaire, le tribunal est contraint de reconnaître que la nécessité a été établie (*Vaid*, paragraphes 29(9) et 37).

[55] The respondents have placed great reliance on the injustice which they say will result if judicial review of the Board's decisions is not permitted. They allege a number of improprieties including bad faith. However serious these allegations are, they have no bearing on the question whether the privilege has been shown to exist or not. If it does, it lies within the exclusive competence of Parliament to determine whether its rules have been complied with (*Vaid*, paragraph 30).

[56] *Vaid* is the leading case on the issue of parliamentary privilege in this country. Unlike almost every case in this area of law, it has the distinction of being unanimous and has been repeatedly cited by courts and commentators in Canada, the United Kingdom and other countries with a Westminster-style constitution. As here, the parliamentary privilege in issue in *Vaid* was a legislated privilege. According to *Vaid* (at paragraph 39):

... the first step a Canadian court is required to take in determining whether or not a privilege exists within the meaning of the *Parliament of Canada Act* is to ascertain whether the existence and scope of the claimed privilege have been authoritatively established in relation to our own Parliament or to the House of Commons at Westminster (*Ainsworth Lumber*, at para. 44).

[57] As this passage indicates, legislated parliamentary privileges can originate from our own Parliament or from the United Kingdom. This is because of the combined effect of section 18 of the *Constitution Act, 1867*, as it was amended in 1875, and section 4 of the PCA. Section 18 of the *Constitution Act, 1867*, as amended, provides:

Privileges, etc., of Houses

18. The privileges, immunities, and powers to be held, enjoyed, and exercised by the Senate and by the House of Commons, and by the members thereof respectively, shall be such as are from time to time defined by Act of the Parliament of Canada, but so that any Act of the Parliament of Canada defining such privileges, immunities, and powers shall not confer any privileges, immunities, or powers exceeding those at the passing of such Act held, enjoyed, and exercised by the Commons House of Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, and by the members thereof.

[55] Les intimés insistent sur l'injustice qui découlera selon eux de l'absence de contrôle judiciaire des décisions du Bureau. Ils soulèvent plusieurs irrégularités, dont la mauvaise foi. Quelle que soit la gravité de ces prétentions, elles n'intéressent pas la question de savoir si l'existence du privilège a été démontrée. Si c'est le cas, il incombe au Parlement, et à nul autre, de décider si ses règles ont été enfreintes (*Vaid*, paragraphe 30).

[56] *Vaid* est l'arrêt de principe en matière de privilège parlementaire au Canada. Contrairement à bien d'autres décisions dans ce champ du droit, il a la distinction d'avoir été tranché à l'unanimité et a été cité à de nombreuses reprises par les tribunaux et les auteurs du Canada, du Royaume-Uni et d'autres pays dotés d'une constitution de type Westminster. Comme c'est le cas en l'espèce, le privilège parlementaire dont il est question dans l'affaire *Vaid* est d'origine législative. On peut y lire (paragraphe 39) :

[...] pour décider si un privilège existe ou non au sens de la *Loi sur le Parlement du Canada*, les tribunaux canadiens doivent, dans un premier temps, vérifier si l'existence et l'étendue du privilège revendiqué ont été établies péremptoirement en ce qui concerne notre propre Parlement ou la Chambre des communes de Westminster (*Ainsworth Lumber*, par. 44).

[57] Comme l'indique ce passage, les privilèges parlementaires d'origine législative peuvent émaner de notre Parlement ou du Royaume-Uni. Il en est ainsi en raison de l'effet combiné de l'article 18 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, avec les modifications de 1875, et de l'article 4 de la LPC. L'article 18 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, dans sa version modifiée, est ainsi libellé :

Privilèges, etc., des chambres

18. Les privilèges, immunités et pouvoirs que posséderont et exerceront le Sénat et la Chambre des Communes et les membres de ces corps respectifs, seront ceux prescrits de temps à autre par loi du Parlement du Canada; mais de manière à ce qu'aucune loi du Parlement du Canada définissant tels privilèges, immunités et pouvoirs ne donnera aucuns privilèges, immunités ou pouvoirs excédant ceux qui, lors de la passation de la présente loi, sont possédés et exercés par la Chambre des Communes du Parlement du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande et par les membres de cette Chambre.

I note that the use of the words “*de la présente loi*” in the French text is obviously in error when regard is had to the words “of such Act” in the English text which, being a United Kingdom statute, is the only official version.

Section 4 of the PCA provides in turn:

Parliamentary privileges, immunities and powers

4 The Senate and the House of Commons, respectively, and the members thereof hold, enjoy and exercise

(a) such and the like privileges, immunities and powers as, at the time of the passing of the *Constitution Act, 1867*, were held, enjoyed and exercised by the Commons House of Parliament of the United Kingdom and by the members thereof, in so far as is consistent with that Act; and

(b) such privileges, immunities and powers as are defined by Act of the Parliament of Canada, not exceeding those, at the time of the passing of the Act, held, enjoyed and exercised by the Commons House of Parliament of the United Kingdom and by the members thereof.

[58] Legislated parliamentary privileges can extend to any enjoyed by the United Kingdom House of Commons and its Members at the time of the enactment of those privileges into Canadian law and paragraph 4(b) of the PCA authorizes Parliament to further define them by way of legislation (*Vaid*, paragraph 33; see also *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876, (1996), 137 D.L.R. (4th) 142 (*Harvey*), paragraph 66).

[59] In contrast, inherent parliamentary privileges derive their constitutional status “from the very nature of the institution” and from the founding colonies’ desire expressed in the preamble of the *Constitution Act, 1867* to adopt “a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom” (*New Brunswick Broadcasting*, page 351).

[60] Necessity for the protection of the dignity and efficiency of the House is the historical foundation for all parliamentary privileges (*Vaid*, paragraph 29(5)). However, at the federal level, once a legislated parliamentary privilege

Je souligne qu’il y a de toute évidence une erreur dans l’expression « de la présente loi », compte tenu de la version anglaise « *of such Act* ». La Loi ayant été adoptée par le Parlement du Royaume-Uni, la version anglaise est la seule version officielle.

L’article 4 de la LPC est ainsi rédigé :

Sénat, Chambre des communes et leurs membres

4 Les privilèges, immunités et pouvoirs du Sénat et de la Chambre des communes, ainsi que de leurs membres, sont les suivants :

a) d’une part, ceux que possédaient, à l’adoption de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la Chambre des communes du Parlement du Royaume-Uni ainsi que ses membres, dans la mesure de leur compatibilité avec cette loi;

b) d’autre part, ceux que définissent les lois du Parlement du Canada, sous réserve qu’ils n’excèdent pas ceux que possédaient, à l’adoption de ces lois, la Chambre des communes du Parlement du Royaume-Uni et ses membres.

[58] Les privilèges parlementaires d’origine législative peuvent s’étendre à ceux dont jouissaient la Chambre des communes du Royaume-Uni et ses députés au moment de l’intégration de ces privilèges au droit canadien; l’alinéa 4b) de la LPC habilite le législateur à les préciser (*Vaid*, paragraphe 33; voir aussi *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876, 1996 CanLII 163 (*Harvey*), paragraphe 66).

[59] En revanche, les privilèges parlementaires inhérents tirent leur statut constitutionnel « de la nature même de l’institution et du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* » et du désir des colonies fondatrices d’adopter « une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni » (*New Brunswick Broadcasting*, page 351).

[60] La nécessité de protéger la dignité et l’efficacité de la Chambre constitue le fondement historique de tout privilège parlementaire (*Vaid*, paragraphe 29(5)). Toutefois, au fédéral, dès lors qu’il est démontré qu’un privilège

is shown to come within an established category, necessity need not be proven again (*Vaid*, paragraph 29(9)):

Proof of necessity is required only to establish the existence and scope of a category of privilege. Once the category (or sphere of activity) [for a claimed privilege] is established, it is for Parliament, not the courts, to determine whether in a particular case the exercise of the privilege is necessary or appropriate. In other words, within categories of privilege, Parliament is the judge of the occasion and manner of its exercise and such exercise is not reviewable by the courts: “Each specific instance of the exercise of a privilege need not be shown to be necessary” (*New Brunswick Broadcasting*, at p. 343 ...) [Emphasis in the original removed].

[61] An established category is one whose existence and scope has been accepted as necessary in order to protect the dignity and efficiency of the House (*Vaid*, paragraph 29(6)). This demonstration can rest on judicial precedents from Canada, the United Kingdom and other Westminster democracies, on historical acquiescence or acceptance of the category relied upon by those affected by the parliamentary privilege (*Vaid*, paragraphs 29(8) and 37) and, I would add, because of the notable reliance placed on them by the courts in such matters, doctrinal opinions by recognized expositors of the law of parliamentary privilege.

[62] The parliamentary privilege claimed by the appellants is the exclusive right of the House to oversee and decide matters pursuant to internal rules governing the use made of funds and resources provided to Members of the House for the purpose of allowing them to perform their parliamentary functions.

[63] The issue is whether the privilege so described has been authoritatively established. A legislated privilege is authoritatively established if it is recognized as such in its own right or if it comes within the scope of an established category (*Vaid*, paragraph 39).

[64] In their memorandum, the appellants submitted that the privilege claimed in this case came within two

parlementaire d’origine législative appartient à une catégorie établie, point n’est besoin d’en démontrer à nouveau la nécessité (*Vaid*, paragraphe 29(9)) :

C’est uniquement pour établir l’existence et l’étendue d’une catégorie de privilège qu’il faut démontrer la nécessité. Une fois la catégorie (ou la sphère d’activité) établie, c’est au Parlement, et non aux tribunaux, qu’il revient de déterminer si l’exercice de ce privilège est nécessaire ou approprié dans un cas particulier. En d’autres termes, à l’intérieur d’une catégorie de privilège, le Parlement est seul juge de l’opportunité et des modalités de son exercice, qui échappe à tout contrôle judiciaire : « Il n’est pas nécessaire de démontrer que chaque cas précis d’exercice d’un privilège est nécessaire » (*New Brunswick Broadcasting*, p. 343) [...] [Italique et soulignement dans l’original non reproduits.]

[61] Une catégorie établie est celle dont l’existence et la portée sont acceptées comme étant nécessaires pour protéger la dignité et l’efficacité de la Chambre (*Vaid*, paragraphe 29(6)). Une telle démonstration peut être étayée par des précédents provenant de tribunaux du Canada, du Royaume-Uni et d’autres démocraties de type Westminster, par la reconnaissance historique de la catégorie de la part de personnes qu’elle touche et, compte tenu de l’importance que les tribunaux lui confèrent en la matière, par la doctrine issue de sommités en droit du privilège parlementaire (*Vaid*, paragraphes 29(8) et 37) et j’ajouterai, compte tenu de l’importance que les tribunaux lui confèrent en la matière, la doctrine issue de sommités en droit du privilège parlementaire.

[62] Le privilège parlementaire invoqué par les appellants en l’espèce est le droit exclusif de la Chambre de surveiller l’utilisation des deniers et des ressources fournis aux députés pour leur permettre d’exercer leurs fonctions parlementaires et de trancher les affaires portant sur les règles adoptées pour ce faire.

[63] La question est celle de savoir si le privilège ainsi décrit a été établi péremptoirement. Un privilège d’origine législative est établi péremptoirement s’il est reconnu comme tel ou s’il appartient à une catégorie établie (*Vaid*, paragraphe 39).

[64] Dans leur mémoire, les appellants ont fait valoir que le privilège dont ils se réclament appartenait à deux

established categories, proceedings in Parliament and internal affairs. The privilege relating to proceedings in Parliament is associated with the right of free speech in the Senate or the House of Commons, the right of members to discharge their duties as Senators or Members of the House of Commons which extends to legislative and deliberative functions, and the work involved in holding government to account (*Vaid*, paragraph 41). The other category, internal affairs, is based on the recognition in the United Kingdom at the time of Confederation that the autonomy of the Houses of Parliament required that their members have exclusive control over their own affairs. During the hearing of the appeal, counsel for the appellants added a third category, the exclusive right of the House to impose discipline in order to maintain the integrity of its internal processes.

[65] The confines within which these categories operate are not easily ascertained and the analysis is made more difficult by the fact that they often overlap. Although Parliament's sovereignty when engaged in its legislative duties is undoubted (*Vaid*, paragraph 45), not "everything that is said or done within the Chamber ... forms part of proceedings in Parliament" [emphasis in original] (*Vaid*, paragraph 43, quoting David Lidderdale, ed., *Erskine May's Treatise on The Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament*, 19th ed. (London: Butterworths, 1976), at page 89). On the flip side, there may be activities with which courts ought not to interfere even though they take place outside the House (*Harvey*, paragraph 67). Whatever the category, the activity sought to be protected must be so closely connected with what takes place in the House that allowing outside interference would demean its dignity and efficiency.

[66] In my view, the claimed privilege fits within the scope of the three established categories asserted by the appellants. The feature to keep in mind as we address each of these categories is that we are dealing with decisions pertaining to funds and resources provided to Members of the House in order to allow them to carry out their parliamentary functions, which include representing constituents, researching matters relevant to legislation, deliberating, legislating and holding the government to account.

catégories établies, à savoir celle des « débats et travaux parlementaires » et celle des « affaires internes ». Le privilège relatif à la première protège la liberté d'expression au Sénat et à la Chambre des communes, le droit des élus de s'acquitter de leurs fonctions à titre de sénateurs ou de députés, soit des fonctions législatives et délibératives, et la tâche de demander des comptes au gouvernement (*Vaid*, paragraphe 41). L'autre catégorie, celle des « affaires internes », repose sur la reconnaissance au Royaume-Uni à l'époque de la Confédération que l'autonomie des chambres du Parlement exige que leurs membres disposent du pouvoir exclusif d'administrer leurs propres affaires. À l'audience, les avocats des appelants ont ajouté une troisième catégorie, celle du droit exclusif de la Chambre d'imposer des mesures disciplinaires pour assurer l'intégrité de ses processus internes.

[65] Les contours de ces catégories ne sont pas faciles à déterminer, et l'analyse est compliquée par le fait qu'elles se chevauchent souvent. Si la souveraineté du Parlement lorsqu'il légifère ne fait aucun doute (*Vaid*, paragraphe 45), « ne fait pas [...] partie des travaux du Parlement tout ce qui est dit ou fait au sein de la Chambre » [souligné dans l'original] (paragraphe 43, citant David Lidderdale, dir., *Erskine May's Treatise on The Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament*, 19^e éd. London : Butterworths, 1976, page 89). À l'opposé, il se peut que certaines activités, même si elles se tiennent à l'extérieur de l'enceinte de la Chambre, doivent être soustraites au contrôle des tribunaux (*Harvey*, paragraphe 67). Quelle que soit la catégorie, l'activité que l'on cherche à protéger doit être si étroitement liée aux délibérations de la Chambre que permettre l'ingérence minerait la dignité et l'efficacité de cette dernière.

[66] À mon avis, le privilège invoqué appartient aux trois catégories établies que font valoir les appelants. Il faut garder à l'esprit, en abordant chacune de ces catégories, le fait que nous traitons de décisions relatives aux fonds et ressources affectés aux députés pour qu'ils s'acquittent de leurs fonctions parlementaires, ce qui comporte entre autres représenter leurs électeurs, effectuer des recherches sur des sujets intéressant des projets de loi, délibérer, légiférer et demander des comptes au gouvernement.

- *Internal affairs*

[67] *Vaid* deals with a legislated privilege which was said to come within the category relating to ““internal affairs””. During the course of the hearing in the Supreme Court, the narrower category described as ““the management of [House] employees”” was acknowledged to be more precise and appropriate having regard to the privilege claimed (*Vaid*, paragraph 50).

[68] In *Vaid*, the claimed privilege had the effect of thwarting the rights of the chauffeur of the Speaker of the House of Commons under the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 (*Human Rights Act*), section 4. As was emphasized (at paragraph 40), the chauffeur was a “stranger to the House”, an ordinary employee and not a Member of Parliament. Although the management of some House employees appeared to be a well-established category in the United Kingdom (*Vaid*, paragraph 62), the Court questioned whether the scope of that category extends to employees such as Mr. Vaid. In this respect, the Court quoted with approval the opinion expressed in the *British Joint Committee Report* to the effect that (*Vaid*, paragraph 51):

.... [It] would be going too far if it were to mean, for example, that a dispute over the ... dismissal of a cleaner could not be decided by a court or industrial tribunal in the ordinary way. [para. 241]

[69] Emphasizing the need for Parliament not to overreach in matters involving persons who are not Members of the House, the Supreme Court held that the claimed privilege had not been shown to come within an established category (*Vaid*, paragraph 70). Thus, in *Vaid*, an inquiry into whether the claimed privilege was necessary in order to preserve the dignity and efficiency of the House had to be made. After considering the matter, the Court held that this necessity had not been demonstrated.

[70] More recently in *Chagnon*, the Supreme Court, citing *Vaid*, again emphasized the need to scrutinize a claimed privilege when it impacts on persons who are not members of the legislative assembly (*Chagnon*, paragraphs 25 and 42). At issue in *Chagnon* was the Québec

- *Affaires internes*

[67] L'arrêt *Vaid* intéresse un privilège d'origine législative lequel selon les appelants relevait de la catégorie relative aux « “affaires internes” ». À l'audience dans cette affaire, les appelants ont convenu que la catégorie plus étroite dite de la « “gestion du personnel” » de la Chambre était plus précise et appropriée compte tenu du privilège invoqué (*Vaid*, paragraphe 50).

[68] Dans l'affaire *Vaid*, le privilège invoqué avait pour effet d'empêcher le chauffeur du Président de la Chambre des communes d'exercer les droits que lui conférait la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 (*Loi sur les droits de la personne*), article 4. Tel que souligné (au paragraphe 40), le chauffeur était « une personne [...] étrangère [à la Chambre] », c'est-à-dire un employé ordinaire, non pas un député. Même si la catégorie de la gestion du personnel portant sur certains employés semblait être bien établie au Royaume-Uni (*Vaid*, paragraphe 62), la Cour s'est demandé si la portée de cette catégorie s'étendait à des employés comme M. Vaid. À cet égard, elle a cité avec approbation l'avis exprimé par le comité mixte britannique dans son rapport selon lequel (*Vaid*, paragraphe 51) :

[...] [On] irait trop loin si on l'interprétait, par exemple, comme signifiant qu'un litige portant sur [...] le congédiement d'un préposé à l'entretien ne peut être tranché suivant la procédure ordinaire par une cour de justice ou par un tribunal industriel. [par. 241]

[69] Réitérant l'importance pour le Parlement de ne pas aller trop loin lorsqu'il s'agit de matière intéressant des personnes étrangères à la Chambre, la Cour suprême a conclu que le privilège invoqué n'appartenait pas à une catégorie établie (*Vaid*, paragraphe 70). Une analyse s'imposait donc afin de savoir si le privilège invoqué était nécessaire pour préserver la dignité et l'efficacité de la Chambre. Après l'avoir conduite, la Cour suprême a conclu que cette nécessité n'avait pas été démontrée.

[70] Récemment, dans l'arrêt *Chagnon*, la Cour suprême, renvoyant à l'arrêt *Vaid*, a réitéré l'importance de scruter le privilège invoqué lorsque son application a des répercussions sur des personnes étrangères à l'assemblée législative (*Chagnon*, paragraphes 25 et 42). L'affaire

National Assembly's right to manage its employees, specifically, the exclusive right claimed by the President of the National Assembly—who plays the same role as the Speaker in other jurisdictions—to dismiss security guards acting within the Assembly for improper behaviour. The majority, after applying the necessity test, held that it had not been shown to be necessary in order to preserve the dignity and efficiency of the National Assembly to prevent security guards from exercising their labour law rights in contesting their dismissal.

[71] According to the respondents and Mr. Vellacott, *Chagnon* modifies the state of the law in that it requires that a necessity analysis be conducted whenever a privilege is claimed, be it legislated or inherent (written submissions of the respondents, paragraph 4; and written submissions of Mr. Vellacott, paragraph 5, footnote 1). I do not believe that to be the case.

[72] First, as noted in *Chagnon*, provincial legislative assemblies have inherent parliamentary privileges and the majority reached its decision on the basis that this was the nature of the privilege claimed in that case (*Chagnon*, paragraphs 1, 2 to 18, 23 and 27). *Vaid* makes it clear that when dealing with such privileges at the provincial level, courts must ensure that “the category of inherent privilege continues to be necessary to the functioning of the legislative body today” (emphasis in original) (*Vaid*, paragraph 29(6) citing *New Brunswick Broadcasting*). The majority in *Chagnon* accepted this proposition (*Chagnon*, paragraph 26).

[73] Second, the majority in *Chagnon* found that the parliamentary privilege claimed in that case did not fit within any established category. As a result, necessity had to be examined regardless of the inherent nature of the privilege. Specifically, the majority pointed out that although the decision in *Vaid* was rendered on the assumption that there existed in the United Kingdom an established category of parliamentary privilege which gives the House exclusive control over “some of its employees”, the conclusion ultimately reached in *Vaid* was that the existence of this category had not been established

intéressait le droit de l'Assemblée nationale du Québec de gérer son personnel, notamment le droit exclusif invoqué par le président lui permettant de congédier des gardiens de sécurité travaillant dans l'enceinte de l'Assemblée pour inconduite. Après avoir appliqué le critère de la nécessité, les juges majoritaires en sont arrivés à la conclusion qu'il n'avait pas été établi qu'il était nécessaire, afin de préserver la dignité et l'efficacité de l'Assemblée nationale, d'empêcher les gardiens de sécurité d'exercer les droits que leur reconnaît le régime des relations de travail dans la contestation de leur congédiement.

[71] Selon les intimés et M. Vellacott, l'arrêt *Chagnon* a modifié l'état du droit en exigeant dorénavant que l'on procède à une analyse de la nécessité dès lors qu'un privilège est invoqué, qu'il soit d'origine législative ou inhérent (observations écrites des intimés, paragraphe 4 et observations écrites de M. Vellacott, paragraphe 5, note en bas de page 1). Je ne suis pas de cet avis.

[72] En premier lieu, comme il ressort de l'arrêt *Chagnon*, les assemblées législatives provinciales jouissent de privilèges parlementaires inhérents, et les juges majoritaires ont déterminé qu'il s'agissait là de la nature du privilège invoqué dans cette affaire (*Chagnon*, paragraphes 1, 2 à 18, 23 et 27). Il ressort clairement de l'arrêt *Vaid* qu'à l'égard de tels privilèges, à l'échelon provincial, les tribunaux doivent s'attacher à décider si « la catégorie de privilège inhérent demeure, encore aujourd'hui, nécessaire au bon fonctionnement de l'organe législatif » (souligné dans l'original) (*Vaid*, paragraphe 29(6), renvoyant à *New Brunswick Broadcasting*). Dans l'arrêt *Chagnon*, les juges majoritaires souscrivent à cette démarche (*Chagnon*, paragraphe 26).

[73] En deuxième lieu, les juges majoritaires dans l'arrêt *Chagnon* ne pouvant rattacher le privilège parlementaire invoqué à aucune catégorie établie ont conclu que la nécessité devait être examinée, malgré la nature inhérente du privilège. Les juges majoritaires signalent expressément que, même si cette Cour dans l'arrêt *Vaid* avait présumé de l'existence au Royaume-Uni d'une catégorie de privilège parlementaire établie conférant à la Chambre le pouvoir exclusif sur « certains de ses employés », elle a fini par conclure que l'existence de cette catégorie n'avait pas été établie, faute d'avoir trouvé un quelconque

because the Court was unable to identify any employee to whom the privilege had been applied (*Vaid*, paragraph 101). The Court in *Chagnon* further observed that as of the time of the judgment in *Chagnon*, “U.K. courts [had] not yet recognized the management of any parliamentary employees to be protected by privilege” (at paragraph 35). Thus, no established category had been shown to exist (*Chagnon*, paragraphs 36 and 37).

[74] As a result, *Chagnon* does not displace the orthodoxy in *Vaid* that when a legislated parliamentary privilege is shown to fit within an established category, necessity cannot be revisited.

[75] The important point which both *Vaid* and *Chagnon* emphasize is that parliamentary privileges which take away the rights of non-parliamentarians will be scrutinized and reduced to their essential expression. However, the present matter involves only parliamentarians. We are dealing with the right of the House to oversee rules governing the use of public funds made available to its Members in order to allow them to discharge their parliamentary functions, and to impose compliance. These activities involve Parliamentarians acting as Parliamentarians governing Parliamentarians concerning parliamentary functions and obligations. As observed in *Stockdale v. Hansard* (1839), 9 Ad. & E. 1, 112 E.R. 1112 (Q.B.) in a passage quoted in *Vaid*, at paragraph 39, the “jealousy” with which a parliamentary privilege is viewed by the courts when it impacts on the rights of strangers to the House turns to “tenderness” when dealing with matters that are entirely internal to the House. This conciliatory approach is consistent with the respect which the courts and Parliament owe one another in the conduct of public duties (*Vaid*, paragraph 20).

[76] That the courts will be more circumspect when dealing with matters wholly internal to the House has not been lost on Parliamentarians when regard is had to the treatment they have given to their financial affairs over time. The House has regulated and overseen the use of parliamentary funds by its Members for more than

employé auquel le privilège avait été appliqué (*Vaid*, paragraphe 101). La Cour suprême a précisé qu’à la date de publication de l’arrêt *Chagnon* « les tribunaux du Royaume-Uni [n’avaient] toujours pas reconnu la gestion de l’ensemble des employés du Parlement comme étant protégée par le privilège » (paragraphe 35). Par conséquent, l’existence d’une catégorie établie n’avait pas été démontrée (*Chagnon*, paragraphes 36 et 37).

[74] Par conséquent, l’arrêt *Chagnon* n’évacue pas la règle imposée par l’arrêt *Vaid* selon laquelle s’il est démontré qu’un privilège parlementaire d’origine législative appartient à une catégorie établie, la question de la nécessité ne saurait être reconsidérée.

[75] Le point d’intérêt qui se dégage de chacun des arrêts *Vaid* et *Chagnon* est que les privilèges parlementaires qui privent les non-parlementaires de leurs droits seront scrutés et réduits à leur plus simple expression. Cependant, la présente affaire n’occupe que des parlementaires. Elle concerne le droit de la Chambre de surveiller l’utilisation des deniers publics mis à la disposition de ses députés afin de leur permettre de s’acquitter de leurs fonctions parlementaires ainsi que de faire respecter les règles mises en place à cette fin. Ces activités concernent des parlementaires agissant en tant que parlementaires chargés de superviser des parlementaires dans l’exercice de leurs fonctions et obligations parlementaires. Comme il est dit dans la décision *Stockdale v. Hansard* (1839), 9 Ad. & E. 1, 112 E.R. 1112 (Q.B.) cité par la Cour suprême dans l’arrêt *Vaid*, au paragraphe 39 : la « suspicion » avec laquelle les tribunaux envisagent un privilège parlementaire qui piétine les droits des personnes étrangères à la Chambre se change en « bienveillance » s’il est appliqué à des matières qui ressortissent complètement à la Chambre. Une telle démarche conciliante tient compte du respect que se doivent réciproquement les cours de justice et le Parlement dans l’exercice de leurs devoirs publics (*Vaid*, paragraphe 20).

[76] Le fait que les tribunaux font preuve de circonspection lorsqu’ils sont saisis d’affaires qui concernent exclusivement les affaires internes de la Chambre n’est pas passé inaperçu des parlementaires à en juger par la manière dont ils ont traité leurs affaires financières au fil des ans. La Chambre régleme et vérifie l’utilisation

150 years and I was unable to detect, among the abundance of cases which have been placed before us, any instance before this one where sitting Parliamentarians—or sitting Members of the provincial or territorial assemblies—have resorted to the courts in order to settle internal disputes pertaining to the use which they make of parliamentary funds. While former Members have sought judicial intervention on a number of occasions, the judicial review applications before us appear to be the first where sitting Members of the House have tried to implicate the courts in this type of dispute. This type of unequivocal acquiescence underscores that Parliamentarians have understood throughout that judicial intervention in such matters would undermine the dignity and efficiency of the House (*Vaid*, paragraph 29(8)).

[77] There are five relatively recent decisions that touch upon a legislative assembly’s role in overseeing the use made by its Members of funds provided to them for the purpose of allowing them to perform their legislative functions: *Chaytor*, *Filion 2013*, *Filion 2016*, *Villeneuve* and *Duffy v. Senate of Canada*, 2018 ONSC 7523 (CanLII). The last—a decision of the Ontario Superior Court of Justice upholding the parliamentary privilege claimed by the Senate over its internal affairs—was released after the hearing and is being appealed. I will therefore refrain from commenting on this decision.

[78] *Chaytor* is the most recent of the other four. Before turning to it, it is important to point out that courts in the United Kingdom do not recognize internal affairs as a category of parliamentary privilege *per se*. Rather, internal affairs, including financial matters internal to the House, will be covered by parliamentary privilege if they can be shown to come within the “exclusive cognisance of Parliament” (*Chaytor*, paragraph 13). This phrase embraces article 9 of the Bill of Rights of 1689 [*An Act declaring the Rights and Liberties of the Subject, and setting the Succession of the Crown*, 1869, 1 Will. & Mary, Sess. 2, c. 2 (U.K.)], but is broader (*Chaytor*, paragraphs 30 and 51). In the words of Lord Phillips, “exclusive cognisance refers not simply to Parliament, but to the exclusive right of each House to manage its own

des deniers parlementaires par ses députés depuis plus de 150 ans. Malgré la jurisprudence abondante qui nous a été présentée, je n’ai pu déceler aucune instance, hormis la présente, où des parlementaires en exercice — ou des députés en exercice de l’assemblée législative d’une province ou d’un territoire — ont fait appel aux tribunaux pour attaquer les décisions internes relatives à leur utilisation des fonds parlementaires. Si d’anciens députés ont intenté des recours judiciaires à quelques reprises, c’est la première fois semble-t-il que des députés en exercice s’en remettent aux tribunaux pour régler les disputes internes entourant l’utilisation de fonds parlementaires. Cet acquiescement historique évoque le fait que les parlementaires ont toujours compris qu’invoquer les tribunaux à intervenir dans de telles affaires aurait pour conséquence de miner la dignité et l’efficacité de la Chambre (*Vaid*, paragraphe 29(8)).

[77] Le rôle de l’assemblée législative dans la surveillance de l’utilisation par ses députés des fonds qui leur sont fournis pour leur permettre de s’acquitter de leurs fonctions législatives est abordé dans cinq décisions relativement récentes, à savoir *Chaytor*, *Filion 2013*, *Filion 2016*, *Villeneuve* et *Duffy v. Senate of Canada*, 2018 ONSC 7523 (CanLII). La décision *Duffy*, par laquelle la Cour supérieure de justice de l’Ontario confirme le privilège parlementaire invoqué par le Sénat à l’égard de ses affaires internes, a été rendue après la tenue de l’audience dans la présente affaire et a été portée en appel. Je m’abstiens donc de toute remarque sur ce jugement.

[78] L’arrêt *Chaytor* est le plus récent des quatre autres. Avant de l’examiner, il importe de signaler que les cours de justice du Royaume-Uni ne reconnaissent pas la catégorie de privilège des affaires internes comme telle. Selon eux, les affaires internes, y compris les affaires financières de la Chambre, sont visées par le privilège parlementaire s’il peut être démontré qu’elles ressortissent aux [TRADUCTION] « connaissances exclusives du Parlement » (*Chaytor*, paragraphe 13). Cette expression reprend l’article 9 du Bill of Rights de 1689 [*An Act declaring the Rights and Liberties of the Subject, and setting the Succession of the Crown*, 1869, 1 Will. & Mary, Sess. 2, c. 2 (R.-U.)], mais a une portée plus large (*Chaytor*, paragraphes 30 et 51). Pour citer lord Phillips, [TRADUCTION] « les connaissances exclusives renvoient non seulement

affairs without interference [...] from outside Parliament” (*Chaytor*, paragraph 63).

[79] As alluded to earlier, Lord Phillips in *Chaytor* came to the conclusion that decisions involving the scheme governing the use of parliamentary funds were within the exclusive cognizance of Parliament, but that any parliamentary privilege that might have applied to decisions which merely apply existing rules had been waived. Because decisions authorizing the payment of expense claims upon these being certified as having been incurred came within this last description, the privilege failed (*Chaytor*, paragraphs 89 to 93).

[80] Lord Rodger, whose reasons were equally adopted by the other Justices, disposed of the matter on an entirely different basis. The only issue from his perspective was whether the matter for which the appellants were being prosecuted was within the exclusive jurisdiction of Parliament. If not, there was no basis on which the appellants could claim to have a right to stop the prosecution on the ground of parliamentary privilege (*Chaytor*, paragraph 104). In the course of his reasons, Lord Rodger considered whether the system of allowances, and the steps available to the appellants under it, were covered by parliamentary privilege (*Chaytor*, paragraph 120):

.... a system of allowances can rightly be seen as providing a necessary support to Members in carrying out all their parliamentary activities, including their core activities. It is therefore quite possible that the rules of the system would have fallen within the area for which the House would claim exclusive cognizance. And it may be that the same could have been said of decisions by the Fees Office and, on appeal, by the supervising Committees, as to a particular claim by a Member for payment of an allowance. A challenge to any of these matters in the ordinary courts by a Member or by anyone else might well have called into question decisions taken by Committees of the House, or on their behalf, on a matter which was intended to be under the exclusive control and cognizance of the House and its Committees. [Emphasis added.]

[81] Because the exact nature of the privilege claimed would only become apparent as the criminal proceedings

au Parlement, mais aussi au droit exclusif de chaque chambre de gérer ses propres affaires sans ingérence [...] étrangère au Parlement » (*Chaytor*, paragraphe 63).

[79] Tel qu’indiqué plus-haut, lord Phillips dans l’arrêt *Chaytor* en est arrivé à la conclusion que, si les décisions mettant en cause le régime régissant l’utilisation de deniers parlementaires ressortissent aux connaissances exclusives du Parlement, tout privilège parlementaire susceptible de protéger les décisions qui ne font qu’appliquer ce régime avait fait l’objet d’une renonciation. Selon lui, les décisions autorisant le paiement des frais après certification appartiennent à cette dernière catégorie de sorte que le privilège ne pouvait s’appliquer (*Chaytor*, paragraphes 89 à 93).

[80] Lord Rodger, aux motifs duquel les autres juges ont également souscrit, tranche l’affaire sur un fondement complètement différent. La seule question selon lui est celle de savoir si l’objet des poursuites contre les appelants relève de la compétence exclusive du Parlement. Si ce n’est pas le cas, les appelants ne peuvent exciper du privilège parlementaire pour mettre fin aux poursuites (*Chaytor*, paragraphe 104). Dans ses motifs, lord Rodger s’attache à décider si le régime des indemnités et les mesures ouvertes aux appelants dans le cadre de ce régime sont visés par le privilège parlementaire (*Chaytor*, paragraphe 120) :

[TRADUCTION] [...] on peut dire à bon droit qu’un régime d’indemnités appuie le député dans l’exercice de toutes ses fonctions parlementaires, dont les activités qui se trouvent au cœur de son mandat. Il est donc tout à fait possible que les règles du régime relèvent d’une matière à l’égard de laquelle la Chambre invoquerait sa connaissance exclusive. Il se peut que ce soit également le cas des décisions du bureau des frais et, en cas d’appel, de celles des comités de supervision, quant à une demande de paiement d’une allocation présentée par un député. Un recours judiciaire ordinaire intenté par un député ou par quiconque est susceptible de remettre en question les décisions prises par des comités de la Chambre ou en leur nom sur des questions censées relever des pouvoirs et des connaissances exclusifs de la Chambre et de ses comités. [Soulignement ajouté.]

[81] Puisque la nature exacte du privilège invoqué ne se révélerait qu’au fil du procès criminel, lord Rodger ajoute

unfolded, Lord Rodger concluded his reasons with the following *caveat* (*Chaytor*, paragraph 126):

.... If the trial goes ahead, it may turn out that, contrary to expectations, some issue arises which is said to touch on the core activities of MPs or of the House itself. If that were actually so, the proceedings might be trespassing on an area for which the House would claim exclusive cognizance and to which article 9 would apply.

[82] It can be seen that Lord Rodger's decision is not based on the waiver pronounced by Lord Phillips. The view that he expressed is that any decision pertaining to allowances which impacts on the core activities of the House or its Members, is covered by privilege and that the criminal trial would reveal if this was the nature of the privilege being claimed.

[83] Because the reasoning of both Lord Phillips and Lord Rodger was endorsed by the majority without qualification, it is impossible to say which of the two approaches was adopted. The most that can be said based on *Chaytor* is that in the United Kingdom, matters concerning allowances paid to Members of the House in the performance of their functions are covered by parliamentary privilege if the decision being challenged impacts on the core activities of the House or its Members, but that this privilege may have been waived in part with respect to decisions that merely apply existing rules. I will come back to this later in discussing the waiver issue as it arises in this case.

[84] *Villeneuve* is a 2008 decision dealing with the parliamentary privilege claimed by the Legislative Assembly of the Northwest Territories and its Board of Management which was said to come within the established category relating to internal affairs. The case was argued on the basis that the parliamentary privilege being asserted had been legislated pursuant to the *Legislative Assembly and Executive Council Act*, S.N.W.T. 1999, c. 22. Before considering this decision more fully, a brief summary of the facts is necessary.

[85] While a Member of the Legislative Assembly (MLA), Mr. Villeneuve swore a declaration indicating that he resided outside Yellowknife, and additional allowances

la mise en garde suivante à la fin de ses motifs (*Chaytor*, paragraphe 126) :

[TRADUCTION] [...] Si le procès est instruit, il se peut qu'une question surgisse, contre toute attente, et qu'on estime qu'elle ressortit aux activités fondamentales des députés ou de la Chambre elle-même. Dans un tel cas, le procès est susceptible d'empiéter sur une matière qui relève des connaissances exclusives de la Chambre et à laquelle l'article 9 s'applique.

[82] On peut voir que la décision de lord Rodger n'est pas fondée sur la renonciation reconnue par lord Phillips. À son avis, toute décision concernant les indemnités qui frappe les activités fondamentales de la Chambre ou des députés est visée par le privilège, et le procès criminel permettra de savoir si telle est la nature du privilège invoqué.

[83] Les motifs de lord Phillips et lord Rodger ayant chacun été accepté par les juges majoritaires sans distinction, il est impossible de savoir laquelle des deux démarches a été adoptée. La seule certitude qui se dégage de l'arrêt *Chaytor* est qu'au Royaume-Uni, les décisions concernant les indemnités versées aux députés aux fins de l'exercice de leurs fonctions sont protégées par le privilège parlementaire si elles concernent les activités fondamentales de la Chambre ou des députés, mais que ce privilège pourrait avoir fait l'objet d'une renonciation partielle, en ce qui a trait aux décisions qui ne font qu'appliquer le régime en place. J'y reviendrai ci-après dans l'analyse de la question de la renonciation en l'espèce.

[84] Rendue en 2008, la décision *Villeneuve* traite d'un privilège parlementaire invoqué par l'Assemblée législative des Territoires du Nord-Ouest et son bureau de gestion lequel l'on disait appartenir à la catégorie établie des affaires internes. L'argument avancé voulait que le privilège parlementaire en question ait été créé en vertu de la *Loi sur l'Assemblée législative et le Conseil exécutif*, L.T.N.-O. 1999, ch. 22. Avant d'examiner plus avant cette décision, rappelons-en brièvement les faits.

[85] Élu à l'Assemblée législative, M. Villeneuve a déclaré sous serment qu'il résidait à l'extérieur de Yellowknife. Une allocation supplémentaire lui a été

were paid to him on that basis. He was audited and as a result, a complaint was filed alleging that he may have made a false declaration. In the meantime, an election was held and Mr. Villeneuve lost his seat. After considering its options, the Board of Management, whose functions are analogous to those of the Board in the present case (*Villeneuve*, paragraph 4), concluded that Mr. Villeneuve had received allowances to which he was not entitled and ordered repayment by way of set off.

[86] Mr. Villeneuve sought judicial review of this decision. In response, the Assembly and the Board moved to strike the application on the basis that the decision was covered by parliamentary privilege because it fell within two established categories: the Assembly's inherent power to discipline its Members and the Assembly's exclusive power to regulate its internal affairs.

[87] In a thorough decision, which the judge in this case distinguished on doubtful grounds (reasons, paragraph 45), Charbonneau J. accepted that the two claimed categories had been historically recognized (*Villeneuve*, paragraphs 23 and 24). Of concern to her, however, was the fact that Mr. Villeneuve was no longer a MLA when the decision to withhold his allowance was made (*Villeneuve*, paragraphs 25 and 26). After referring to *Vaid*, and noting that courts are apt to look more closely at cases where a parliamentary privilege impacts on the rights of persons outside the legislature, she accepted Mr. Villeneuve's argument that it had not been established that the scope of the two categories in issue extended to persons in Mr. Villeneuve's position (*Villeneuve*, paragraph 26).

[88] Applying *Vaid*, she therefore held that necessity had to be demonstrated. She began by considering whether the parliamentary privilege relating to internal affairs had been shown to be necessary (*Villeneuve*, paragraph 32). After finding that "[h]ow members are compensated, and what allowances they receive to enable them to do their work as MLAs, are the types of internal matters over which the legislature must have complete control and be free from outside interference, as an independent

versée pour cette raison. Par suite d'une vérification, une plainte a été déposée suivant laquelle M. Villeneuve aurait fait une fausse déclaration. Entre-temps, des élections ont été tenues, et M. Villeneuve a perdu son siège. Le bureau de gestion — dont les fonctions sont analogues à celles du Bureau en l'espèce (*Villeneuve*, paragraphe 4) — a fini par conclure que M. Villeneuve avait obtenu des indemnités auxquelles il n'avait pas droit et en a ordonné le remboursement par voie de compensation.

[86] M. Villeneuve a demandé le contrôle judiciaire de cette décision. L'Assemblée et le bureau ont riposté en cherchant à faire radier la demande au motif que la décision était protégée par le privilège parlementaire, comme elle appartenait à deux catégories établies, soit celle concernant le pouvoir disciplinaire inhérent de l'Assemblée à l'égard de ses députés et celle concernant son pouvoir exclusif de régler ses affaires internes.

[87] Dans une décision exhaustive — que la juge de la Cour fédérale a écartée pour des motifs douteux (motifs, paragraphe 45) —, la juge Charbonneau a convenu que les deux catégories soulevées sont reconnues historiquement (*Villeneuve*, paragraphes 23 et 24). Elle s'est cependant sentie interpellée par le fait que M. Villeneuve ne siégeait plus à l'Assemblée à l'époque où la décision de lui refuser l'allocation a été rendue (*Villeneuve*, paragraphes 25 et 26). La juge renvoyant à l'arrêt *Vaid* a signalé que les tribunaux sont enclins à examiner de plus près les situations où l'application d'un privilège parlementaire enfreint les droits de personnes qui ne font pas partie de l'Assemblée législative. Elle a donc accepté l'argument de M. Villeneuve selon lequel il n'avait pas été établi que la portée des deux catégories de privilèges invoquées s'étendait à des personnes dans sa situation (*Villeneuve*, paragraphe 26).

[88] Invoquant l'arrêt *Vaid*, elle a donc jugé que la nécessité devait être démontrée. Elle a commencé par se demander si la nécessité du privilège parlementaire avait été démontrée en fonction de la catégorie relative aux affaires internes (*Villeneuve*, paragraphe 32). Ayant conclu, au paragraphe 34 que [TRADUCTION] « [l]e salaire des députés et les indemnités qui leur sont versées pour leur permettre de s'acquitter des tâches qui leur incombent à ce titre relèvent du type d'affaires internes à l'égard desquelles

branch of government” (*Villeneuve*, paragraph 34), she queried whether this remained the case when dealing with a person who is no longer a MLA.

[89] She concluded her analysis as follows (*Villeneuve*, paragraph 39):

I find that the administration of allowances and benefits that MLAs are entitled to receive during their tenure is a matter that is purely internal to the legislature. The legislature has, through the *Act*, delegated this responsibility to the Board. I find that the fundamentally internal character of those decisions does not change even though some may be made after the recipient of the allowance or benefit is no longer a MLA. So long as the decision relates to allowances and benefits connected to the person’s tenure as a MLA, the Board’s decisions require the same protection as those the Board makes about benefits and allowances of persons who are MLAs. [Emphasis added.]

[90] *Filion 2016* deals with a proceeding brought by a former Member of the Québec National Assembly. He was claiming the payment of a transitional allowance being withheld by the Office of the National Assembly—an entity again analogous to the Board in the present case—pending the repayment by Mr. Filion of funds found to have been put to fraudulent use while he was a Member of the National Assembly. In an earlier decision, *Filion 2013*, the Superior Court of Québec allowed a prior claim by Mr. Filion for the payment of part of an allowance which the Office had also refused to pay. Although counsel for Mr. Vellacott places reliance on this last decision, I take nothing from it as the decision does not address parliamentary privilege seemingly because none were claimed.

[91] In *Filion 2016*, Mr. Filion challenged, among other things, a decision made by the Office under a provision of *An Act respecting the National Assembly*, C.Q.L.R., c. A-23.1 (*National Assembly Act*), whereby it refused to pay an indemnity to which he would otherwise have been entitled, on the ground that he acted in bad faith or committed a “*faute lourde*” [section 85.4]. The President of

l’Assemblée législative, comme ordre de gouvernement indépendant, doit avoir carte blanche et être à l’abri de toute ingérence extérieure » (*Villeneuve*, paragraphe 34) elle s’est attardée à savoir si cette conclusion valait également pour les anciens députés.

[89] Elle a conclu son analyse en ces termes (*Villeneuve*, paragraphe 39) :

[TRADUCTION] Je suis d’avis que l’administration des allocations et avantages sociaux auxquels les députés ont droit pendant leur mandat relève uniquement des affaires internes de l’assemblée législative. Cette dernière a délégué cette responsabilité, par le truchement de la *Loi*, au bureau. J’estime que la nature fondamentalement interne de ces décisions ne change pas, même s’il est possible que certaines soient prises une fois que le bénéficiaire des indemnités ou avantages sociaux ne siège plus comme député. Dès lors que la décision porte sur les indemnités ou avantages sociaux découlant du mandat d’un député, elle commande la même protection que celle que prendrait le bureau à cet effet à l’égard de députés. [Soulignement ajouté.]

[90] La décision *Filion 2016* porte sur un recours intenté par un ancien député de l’Assemblée nationale du Québec. Il demandait le versement d’une allocation de transition que le Bureau de l’Assemblée nationale refusait de lui payer — un autre organe qui exerce des fonctions analogues à celles du Bureau en l’espèce — tant et aussi longtemps qu’il n’avait pas remboursé des fonds qu’il avait détournés pendant qu’il siégeait à l’Assemblée nationale. Dans une décision antérieure, *Filion 2013*, la Cour supérieure du Québec avait accueilli une première demande de M. Filion visant le versement de partie d’une autre allocation que le Bureau refusait de lui payer. Bien que l’avocat de M. Vellacott ait fait valoir ce dernier jugement, je n’en tiens pas compte, car il ne traite pas du privilège parlementaire, présumément parce qu’il n’a pas été soulevé.

[91] Dans l’affaire *Filion 2016*, M. Filion a attaqué notamment la décision du Bureau, prise en application de la *Loi sur l’Assemblée Nationale*, R.L.R.Q. ch. A-23.1, de lui refuser une allocation à laquelle il aurait autrement droit, au motif qu’il avait agi de mauvaise foi ou commis une « *faute lourde* » [article 85.4]. Le président de l’Assemblée nationale s’opposa au recours, excipant

the National Assembly sought to have Mr. Filion's claim dismissed on the ground that the decision being attacked was protected by the exclusive right of the National Assembly to regulate its own internal affairs without outside interference as provided by sections 9 and 42 of the *National Assembly Act* (Filion 2016, paragraphe 23). The Québec Superior Court agreed and dismissed Mr. Filion's claim on that ground.

[92] The decision upholding the parliamentary privilege adopts key passages of the reasons given by the Supreme Court of the Northwest Territories in *Villeneuve* (Filion 2016, paragraphe 25). The conclusion reads (Filion 2016, paragraphe 26):

[TRANSLATION] In this respect, decisions regarding allowances and benefits to which members are entitled come within the privilege of a legislative assembly to manage its internal affairs without outside interference, which includes [matters dealt with pursuant to] provisions of the [National Assembly Act] dealing with legal costs, judicial, assistance and indemnification (sections 85.1 to 85.4) which give the Office authority to make decisions upon an application being submitted.

[93] I agree with *Villeneuve* and with the application of that decision in *Filion 2016*. In both instances, the courts appropriately observed that the respective Assemblies must have control over the resources needed in order to perform their legislative functions if they are to operate as independent branches of government. This is consistent with *Chaytor* and, until the present proceedings were brought, with the historical recognition by sitting Members of the House and legislatures throughout the country that such matters are decided internally by the Members themselves and nowhere else.

[94] The unanimous case law on point and this historical acquiescence lead to the conclusion that the privilege claimed here—i.e., the House's exclusive right to oversee and decide matters pursuant to internal rules governing the use made of funds and resources provided to Members of the House for the purpose of allowing them to perform their parliamentary functions—comes within the established category relating to internal affairs.

du droit exclusif dont jouit l'Assemblée nationale d'administrer ses affaires internes sans ingérence extérieure, conféré par les articles 9 et 42 de la *Loi sur l'Assemblée nationale* (Filion 2016, paragraphe 23). La Cour supérieure du Québec en a convenu et a rejeté la demande pour ce motif.

[92] La Cour supérieure du Québec, reconnaissant le privilège parlementaire, souscrit à certains passages des motifs de la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest dans la décision *Villeneuve* (Filion 2016, paragraphe 25). Sa conclusion est ainsi rédigée (Filion 2016, paragraphe 26) :

Ainsi, les décisions touchant les indemnités et bénéfices auxquels les députés ont droit relèvent du privilège d'une assemblée législative de régir ses affaires internes sans ingérence extérieure, ce qui inclut les dispositions de la Loi qui traitent des frais de défense, judiciaire, assistance et indemnisation (articles 85.1 à 85.4) et qui confient au Bureau le pouvoir décisionnel lorsqu'une demande est adressée.

[93] J'avalise la décision *Villeneuve* ainsi que l'application qui en a été faite dans l'arrêt *Filion 2016*. Dans les deux cas, la cour a fait remarquer à bon droit que l'assemblée législative doit tenir elle-même les cordons de la bourse de sorte qu'elle puisse exercer ses fonctions législatives comme il sied à un ordre de gouvernement indépendant. Cette conclusion respecte l'arrêt *Chaytor* et, jusqu'à l'initiation de la présente affaire, la reconnaissance historique par les députés en exercice partout à travers le pays, que le pouvoir de trancher pareilles affaires incombe aux députés eux-mêmes et à nul autre.

[94] La jurisprudence unanime et cet acquiescement de longue date mènent à la conclusion que le privilège invoqué en l'espèce, à savoir le droit exclusif de la Chambre de surveiller l'utilisation des deniers et des ressources fournis aux députés pour leur permettre d'exercer leurs fonctions parlementaires et de trancher les affaires portant sur les règles adoptées pour ce faire, relève de la catégorie établie des affaires internes.

- *Discipline*

[95] The leading case on the established category described as discipline is *Harvey* (*Vaid*, paragraph 29(10)). At issue in that case was whether the New Brunswick legislature had the constitutionally protected right to enact and give effect to a five-year disqualification for Members of the Assembly who breach the *Elections Act*, R.S.N.B. 1973, c. E-3, even though the impugned behaviour—inciting a minor to vote in an election—had taken place outside the Assembly. It was accepted that the right to expel a member for misconduct in the Assembly itself was a privilege in its own right, but the right to enact and impose a five-year disqualification was said to be beyond the scope of any established privilege.

[96] McLachlin J. (as she then was) in a concurring decision endorsed by L’Heureux-Dubé J., disagreed. In reasons which address the question by reference to both the legislature of New Brunswick and Parliament, she held that the right to enact limitations and disqualify a Member from sitting in the legislature and standing for office came within the long-established “prerogative of Parliament and legislative assemblies to maintain the integrity of their processes by disciplining, purging and disqualifying those who abuse them” (*Harvey*, paragraph 64). McLachlin J. went on to identify the source of this prerogative (*Harvey*, paragraph 68):

The power of Parliament and the legislatures to regulate their procedures both inside and outside the legislative chamber arises from the *Constitution Act, 1867*. The preamble to the *Constitution Act, 1867* affirms a parliamentary system of government, incorporating into the Canadian Constitution the right of Parliament and the legislatures to regulate their own affairs. The preamble also incorporates the notion of the separation of powers, inherent in British parliamentary democracy, which precludes the courts from trenching on the internal affairs of the other branches of government.

[97] In the course of examining this power, McLachlin J. questioned why necessity should not be assessed in all cases, observing that there was “little to justify

- *Pouvoir disciplinaire*

[95] L’arrêt de principe sur la catégorie établie dite du pouvoir disciplinaire est l’arrêt *Harvey* (*Vaid*, paragraphe 29(10)). La question en litige dans cette affaire était celle de savoir si l’Assemblée législative du Nouveau-Brunswick avait le droit constitutionnel de déclarer inhabile à occuper une charge pour une période de cinq ans un député ayant contrevenu à la *Loi électorale*, L.R.N.-B. 1973, ch. E-3, même si la conduite reprochée — inciter un mineur à voter — s’était produite hors de l’enceinte de l’Assemblée législative. Il était acquis de part et d’autre que le droit de l’Assemblée d’expulser un député pour cause d’inconduite à l’intérieur de l’Assemblée constituait un privilège en soi, mais l’on prétendait que le droit de déclarer un député inhabile pour une période de cinq ans outrepassait la portée de tout privilège établi.

[96] Dans des motifs concordants auxquels a souscrit la juge L’Heureux-Dubé, la juge McLachlin (plus tard juge en chef) a exprimé son désaccord. Abordant la question du point de vue de l’Assemblée législative et de celui du Parlement, elle a conclu que le droit d’imposer des limites et d’ordonner l’exclusion d’un député et de le déclarer inhabile relève de l’ancestral « privilège exclusif du Parlement et des assemblées législatives de préserver l’intégrité de leurs processus respectifs en punissant, en expulsant et en frappant d’inhabilité ceux qui en ont abusé » (*Harvey*, paragraphe 64). Elle en indique la source au paragraphe 68 en ces termes :

Le pouvoir du Parlement et des législatures de régler leur procédure tant à l’intérieur qu’à l’extérieur de leur enceinte découle de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* proclame l’existence d’un régime parlementaire de gouvernement, qui incorpore dans la Constitution canadienne le droit du Parlement et des législatures de réglementer leurs propres affaires. Le préambule incorpore également la notion de séparation des pouvoirs, inhérente à la démocratie parlementaire britannique, qui interdit aux tribunaux d’empiéter sur les affaires internes des autres branches de gouvernement.

[97] Dans l’examen de ce pouvoir, la juge McLachlin s’est demandé s’il y avait lieu de déterminer la nécessité dans tous les cas, faisant remarquer que « peu de raisons

a distinction between privilege claimed by resolution and privilege claimed by legislation” (*Harvey*, paragraph 73). Without pronouncing on the matter, she proceeded on the basis that necessity had been established in the matter before her because the preservation of the dignity and the efficient operations of the legislature required that it be able to regulate membership in the Assembly and impose limits and qualifications, without judicial interference (*Harvey*, paragraphs 76 to 88).

[98] Although the Supreme Court in *Vaid* rejected McLachlin J.’s suggestion that necessity should be revisited in all cases (*Vaid*, paragraph 32), the Court fully endorsed her reasons for upholding the parliamentary privilege (*Vaid*, paragraph 31).

[99] The category recognized in *Harvey* is the exclusive right of the House to regulate the conduct of Members in matters internal to the House and maintain the integrity of its processes by imposing discipline on Members, both as punishment for misbehaviour and as a means of ensuring compliance with its internal rules (*Harvey*, paragraph 78). Allowing the courts to oversee the exercise of these rights would imperil the dignity and efficiency of the House and give rise to an unjustified intrusion into the conduct of legislative business (*Harvey*, paragraph 79).

[100] Aside from being cited with approval in *Vaid*, *Harvey* has been adopted by the B.C. Court of Appeal in *Tafler v. British Columbia (Commissioner of Conflict of Interest)* (1998), 161 D.L.R. (4th) 511, 49 B.C.L.R. (3d) 328, *sub nom. Tafler v. Hughes*, 1998 CanLII 6216 (C.A.) (*Tafler*). *Tafler* has been repeatedly applied by other courts as authority for upholding the legislature’s exclusive right to set standards of conduct, monitor compliance with these standards, and to impose discipline: see, e.g., *Morin v. Crawford* (1999), 14 Admin. L.R. (3d) 287, 1999 N.W.T.J. No. 5 (QL) (N.W.T. S.C.) (*Morin*), at paragraph 65; *McIver v. Alberta (Ethics Commissioner)*, 2018 ABQB 240 (CanLII), 423 D.L.R. (4th) 551 (*McIver*), at paragraph 44.

justifient l’établissement d’une distinction entre le privilège invoqué par voie de résolution et le privilège invoqué par voie législative » (*Harvey*, paragraphe 73). Sans trancher la question, elle a poursuivi l’analyse en jugeant que la nécessité avait été établie dans cette affaire, au motif que la préservation de la dignité et de l’efficacité des activités de l’Assemblée législative commandaient que celle-ci soit habilitée à gérer ses membres et à imposer des limites et des restrictions sans ingérence de la part des tribunaux (*Harvey*, paragraphes 76 à 88).

[98] Bien que la Cour suprême dans l’arrêt *Vaid* ait rejeté la suggestion de la juge McLachlin suivant laquelle il faudrait déterminer la nécessité dans tous les cas (*Vaid*, paragraphe 32), elle a souscrit entièrement aux motifs qui appuient sa décision de reconnaître le privilège parlementaire (*Vaid*, paragraphe 31).

[99] Dans l’arrêt *Harvey*, la catégorie reconnue concerne le droit exclusif de la Chambre de gérer la conduite de ses députés dans des affaires internes et de protéger l’intégrité de ses procédés en imposant des sanctions disciplinaires à ceux-ci, soit pour punir le comportement indigne et aussi pour assurer le respect de ses règles internes (*Harvey*, paragraphe 78). Permettre aux tribunaux de contrôler l’exercice de ces droits minerait la dignité et l’efficacité de la Chambre et entraînerait une ingérence injustifiée dans l’exercice des activités législatives (*Harvey*, paragraphe 79).

[100] Outre le fait qu’il est mentionné avec approbation dans l’arrêt *Vaid*, l’arrêt *Harvey* a été adopté par la Cour d’appel de la Colombie-Britannique ainsi que dans la décision *Tafler v. British Columbia (Commissioner of Conflict of Interest)* (1998), 161 D.L.R. (4th) 511, 49 B.C.L.R. (3d) 328, *sub nom. Tafler v. Hughes*, 1998 CanLII 6216 (C.A.) (*Tafler*). Ce dernier jugement a été cité à maintes reprises au soutien de la proposition selon laquelle les assemblées législatives ont le droit exclusif de déterminer les normes de conduite, d’en assurer le respect et d’imposer des mesures disciplinaires; voir *Morin v. Crawford* (1999), 14 Admin. L.R. (3d) 287, 1999 N.W.T.J. n° 5 (QL) (C.S. T.N.-O.) (*Morin*), paragraphe 65 et par la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta dans la décision *McIver v. Alberta (Ethics Commissioner)*, 2018 ABQB 240 (CanLII), 423 D.L.R. (4th) 551 (*McIver*), au paragraphe 44.

[101] The regulated activities in issue here concern the use of public funds provided to Members so that they can perform their parliamentary functions. For instance, Members are prohibited from using these funds to finance activities relating to their private interests or those of a member of their immediate family (paragraph 4(3)(a), *Members By-Law*). At issue between the parties are decisions of the Board holding that parliamentary funds were used for political purposes rather than parliamentary functions and requiring that they be repaid. A failure to abide by decisions of this kind can give rise to enforcement measures which can extend to the freezing a member's pay, so long as the non-compliance continues.

[102] Decisions by Members of the House about the resources to be made available to them to perform their parliamentary functions and issues related to the conduct of Members in the use that they make of these resources are integral to the House's independence and ability to control its internal affairs. In my view, the decisions made by the Board in this case come within the House's exclusive right to regulate its own affairs and ensure the integrity of its own processes the same way and to the same extent as were the decisions to create and impose the disqualification in *Harvey* and the ethical and conflict of interest rules in *Tafler*, *Morin* and *McIver*.

[103] I therefore conclude that the privilege claimed here can also come within the category of parliamentary privilege established in *Harvey* and applied in these other cases.

- "Proceedings in Parliament"

[104] Proceedings in Parliament is a term that has at its origin the right of free speech in the House as embodied by article 9 of the U.K. Bill of Rights 1689. It encompasses the right to legislate, deliberate and generally hold the government to account. Among the matters which come within this category is for example, a point of order about how the House should proceed on a given matter or rules about procedure and conduct in the House. As noted earlier, not everything that is done in the House forms part of proceedings in Parliament

[101] Les activités réglementées dont il est question en l'espèce concernent l'utilisation de fonds publics fournis aux députés pour leur permettre d'exercer leurs fonctions parlementaires. Par exemple, il est interdit aux députés d'utiliser ces fonds pour financer des activités relatives à leurs intérêts personnels ou à ceux de membres de leur proche famille (*Règlement administratif relatif aux députés*, alinéa 4(3)a)). L'instance qui oppose les parties porte sur les décisions du Bureau suivant lesquelles les fonds parlementaires auraient été utilisés à des fins politiques, plutôt qu'à des fins parlementaires, et ordonnant leur remboursement. Le non-respect de ce type de décisions est susceptible d'entraîner des sanctions, dont le blocage du salaire, pour la durée du manquement.

[102] Les décisions prises par des députés à propos des ressources qui sont fournies aux députés pour leur permettre d'exercer leurs fonctions parlementaires et les questions liées à la conduite de ces derniers quant à l'utilisation de ces fonds sont essentielles à l'indépendance de la Chambre et à sa faculté de réglementer ses affaires internes. À mon avis, les décisions prises par le Bureau en l'espèce relèvent du droit exclusif de la Chambre de réglementer ses propres affaires et d'assurer l'intégrité de ses procédés, à l'instar de la décision de prévoir et d'infliger des expulsions dans l'affaire *Harvey* et des règles en matière d'éthique et de conflit d'intérêts dans les affaires *Tafler*, *Morin* et *McIver*.

[103] Par conséquent, j'en arrive à la conclusion que le privilège invoqué en l'espèce appartient à la catégorie de privilège parlementaire établie dans l'arrêt *Harvey* et reconnue comme telle dans ces autres affaires.

- *Débats et travaux du Parlement*

[104] La catégorie des « débats et travaux du Parlement » a pour source la liberté de parole à la Chambre que confère l'article 9 du Bill of Rights du Royaume-Uni, adopté en 1689. Entre dans son champ le droit de légiférer, de délibérer et de demander généralement des comptes au gouvernement. Y appartiennent, par exemple, un rappel au Règlement sur la procédure de la Chambre dans une affaire donnée ou les règles à propos de la procédure et de la conduite au sein de la Chambre. Comme il est dit plus haut, ne fait pas partie des travaux du Parlement tout ce qui

(*Vaid*, paragraph 43), but the converse is also true. The category can extend to matters which take place outside the House if they are “so closely and directly connected with proceedings in Parliament that intervention by the courts would be inconsistent with Parliament’s sovereignty as a legislative and deliberative assembly” [emphasis in original] (*Vaid*, at paragraph 44, quoting the British Joint Committee Report [United Kingdom. Joint Committee on Parliamentary Privilege, Vol. 1, *Report and Proceedings of the Committee*, London: H.M.S.O., 1999]).

[105] In my view, this connection is present here. Though this seems obvious, it is worth repeating that proceedings in Parliament cannot take place without Parliamentarians having at minimum a venue in which to assemble and the resources needed in order to deliberate and legislate. The exercise of the House’s prerogative to access moneys for that purpose precedes Confederation (John George Bourinot, *Parliamentary Procedure and Practice in the Dominion of Canada*, 4th ed. (Toronto: Canada Law Book Company, 1916), at pages 196–199) (footnotes omitted):

The commissioners of internal economy of the House of Commons is a statutory body having definite powers and responsibilities with reference to the expenditures of that body. Formerly, certain expenses of the legislative assembly of Canada were regulated by a committee of contingencies, appointed at the opening of each session. On its report the salaries and other contingent expenses were provided for. The Committee was re-appointed in 1867-8, and made several reports, which were acted upon, but during the same session, the premier (Sir John MacDonal) brought in a bill respecting the internal economy of the House of Commons, which was unanimously passed.

[106] The enactment of an *Act respecting the internal Economy of the House of Commons, and for other purposes* in 1868 (the 1868 Act)—which incorporates *An Act relating to the Indemnity to Members and the Salaries of the Speakers, of both Houses of Parliament*, S.C. 1867 (31 Vict.), c. 3—was the first legislative expression by Parliament as to what was needed in material terms in order to allow Members of Parliament to discharge their legislative functions. The 1868 Act [at sections 2, 3 and

est fait au sein de la Chambre (*Vaid*, paragraphe 43). Or, l’inverse est également vrai. La catégorie peut englober des affaires qui se déroulent hors de l’enceinte du Parlement si elles sont « si étroitement et si directement liées aux travaux du Parlement que l’intervention des cours de justice serait incompatible avec la souveraineté du Parlement en sa qualité d’assemblée législative et délibérante » [souligné dans l’original] (*Vaid*, paragraphe 44, citant le rapport du comité mixte britannique [Royaume-Uni. Joint Committee on Parliamentary Privilege, vol. 1, *Report and Proceedings of the Committee*, London : H.M.S.O., 1999]).

[105] À mon avis, ce lien est présent en l’espèce. Quoique ce soit évident, il y a lieu de réitérer que les débats et travaux parlementaires ne peuvent se tenir sans, au minimum, un endroit permettant aux parlementaires de se réunir et les ressources nécessaires à ces derniers pour délibérer et légiférer. L’exercice du pouvoir exclusif de la Chambre de toucher les fonds réservés à cette fin précède la Confédération (John George Bourinot, *Parliamentary Procedure and Practice in the Dominion of Canada*, 4^e éd. (Toronto : Canada Law Book Company, 1916), pages 196 à 199, notes de bas de page omises) :

[TRADUCTION] Les commissaires de l’économie intérieure de la Chambre des communes constituent un organe d’origine législative possédant des pouvoirs et responsabilités définis relatifs aux dépenses de cet organe. Auparavant, certaines dépenses de l’assemblée législative du Canada étaient réglementées par un comité des éventualités nommé au début de chaque session. Sur présentation de son rapport, les fonds pour les salaires et autres dépenses étaient avancés. Le comité a été nommé à nouveau en 1867-1868 et a présenté plusieurs rapports ayant mené à la prise de mesures. Or, pendant cette session, le premier ministre (sir John Macdonald) a présenté un projet de loi visant à régir l’économie interne de la Chambre des communes. Le projet de loi a été adopté à l’unanimité.

[106] C’est par l’adoption de l’*Acte concernant l’Economie Intérieure de la Chambre des Communes et pour d’autres fins* en 1868 (l’Acte de 1868) — qui incorpore l’*Acte relatif à l’indemnité des membres et aux traitements des orateurs des deux chambres du Parlement*, S.C. 1867 (31 Vict.), ch. 3 — que le Parlement a énoncé pour la première fois les besoins matériels auxquels il fallait répondre pour permettre aux députés canadiens d’exercer leurs fonctions législatives. L’Acte de 1868 [aux

4] provided the Commissioners of Internal Economy— all Members of the House of Commons and the Queen’s Privy Council for Canada—with the power to “order” that moneys be transferred to them by the Minister of Finance and paid out in accordance with their “direction” for that purpose. The amounts contemplated at the time included “salaries, allowances and contingent expenses of the House”, “[s]tationery” and “[p]rinting services”. Also provided was an allocation of ten cents per mile based on the distance between a member’s place of residence and the place at which the session is held. Notably, the Commissioners had the power to direct the payment of expenses to Members of Parliament which would also include the power to direct that a payment not be made.

[107] No one takes issue with the fact that these amounts and allocations represent the class of expenditures which were necessary in order to allow Parliamentarians to carry out their legislative functions in the world of 1867.

[108] Over time, the resources considered necessary for Members of the House to carry out their legislative functions evolved. In establishing the Board of Internal Economy in 1985, Parliament reaffirmed the House of Commons’ exclusive authority over the management of parliamentary resources and oversight of their use by Members. Although the Board operates under a more detailed set of rules, its mission is the same as that of the original Commissioners.

[109] At issue in the present case is the use of large volume mailings to constituents which, according to the Board of Internal Economy, were made for political purposes and employment, telecommunication and travel expenses allegedly used in satellite offices outside of “parliamentary office[s] or ... constituency office[s]” (Board minutes of August 12, 2011, Appeal Book, Vol. III, page 826). None of these expenses were provided for under the 1868 Act except perhaps those relating to travel. However, it seems clear that they all come within the class of expenses provided for under the 1868 Act—i.e., expenses which in their day are necessary in order to allow Parliamentarians to discharge their parliamentary functions. No one challenged this view.

articles 2, 3 et 4] confère aux commissaires de l’économie intérieure — tous des membres de la Chambre des communes et du Conseil privé de la Reine — le pouvoir de demander que des sommes leur soient « transférées » par le ministre des Finances « à leur ordre ». Les fonds envisagés à l’époque s’entendaient notamment des « salaires, allocations et dépenses contingentes de la Chambre », des « services d’impression » et de « la papeterie ». Cette loi prévoit également une allocation calculée en fonction de la distance entre la résidence d’un député et le lieu des sessions, à raison de dix sous le mille. Soulignons que les commissaires avaient le pouvoir d’ordonner le paiement des dépenses des députés, et inversement celui d’interdire un paiement.

[107] Personne ne doute que ces fonds et indemnités représentent le genre de dépenses nécessaires pour permettre aux parlementaires de s’acquitter de leurs fonctions législatives dans le monde de 1867.

[108] Les ressources jugées nécessaires aux députés pour exercer leurs fonctions législatives ont changé avec le temps. En 1985, en établissant le Bureau de la régie interne, le Parlement a confirmé le pouvoir exclusif de la Chambre sur la gestion des ressources parlementaires et le contrôle à l’égard de l’utilisation de ces dernières par les députés. Même si le Bureau est assujéti à des règles plus détaillées, son mandat est pareil à celui des anciens commissaires.

[109] Le litige porte sur de volumineux envois postaux destinés aux électeurs, auxquels le Bureau a prêté un objet politique, et des frais d’emploi, de télécommunications et de déplacement qui auraient été engagés à des bureaux satellites et non à des [TRADUCTION] « bureau[x] parlementaires ou [...] bureau[x] de circonscription » (procès-verbal de la réunion du Bureau du 12 août 2011, dossier d’appel, vol. III, page 826). L’Acte de 1868 ne prévoit expressément aucune de ces dépenses, sauf peut-être celles concernant les déplacements. Or, il ne fait aucun doute que ces dépenses appartiennent au genre de dépenses que prévoyait l’Acte de 1868, c’est-à-dire des dépenses qui étaient nécessaires à cette époque pour exercer les fonctions parlementaires. Personne ne dit le contraire.

[110] It is not difficult to see why. For instance, how could Members of Parliament vote responsibly on proposed legislation or ask relevant questions in holding the government accountable without having the staff and the resources allowing them to be properly informed or represent their constituents in the House without having access to the means by which they can communicate and report? In short, proceedings in Parliament cannot take place without Parliamentarians having the means by which they can discharge their parliamentary functions.

[111] I do not believe that one needs to go any further to show that when deciding matters of the type in issue here, proceedings before the Board are so directly and closely connected to proceedings in Parliament as to warrant being treated the same way.

[112] In reaching this conclusion, we are further assisted by subsection 52.2(2) of the PCA which expresses Parliament's view of the matter. Subsection 52.2(2) was enacted shortly before the hearing of the motion to strike before the Federal Court. Its exact words are: "For greater certainty, the proceedings before the Board are proceedings in Parliament." Before this enactment, subsection 52.2(2) read: "Where a member of the Board participates in the exercise of the powers or the carrying out of the functions of the Board, the member shall not be held personally liable for the actions of the Board." The judge did not refer to this new provision in her reasons, and it is not clear that it was brought to her attention.

[113] Before us, counsel for the appellants argued that subsection 52.2(2) makes it clear that the decisions in issue come within the established category described as proceedings in Parliament. As this is a binding law, the validity of which has not been constitutionally challenged, counsel submits that it brings the present matter squarely within the established category relating to proceedings in Parliament.

[114] Both the respondents and Mr. Vellacott take the position that subsection 52.2(2) cannot have such a far-reaching application. They stress that this provision cannot extend to everything the Board might do. They point out that subsection 52.2(2) was enacted in conjunction with

[110] Il n'est pas difficile de voir pourquoi. Par exemple, comment les députés pourraient-ils voter de manière responsable sur des projets de loi ou poser des questions pertinentes en demandant des comptes au gouvernement sans disposer du personnel et des ressources leur permettant de bien s'informer? Comment pourraient-ils représenter leur circonscription à la Chambre s'ils n'ont pas les moyens de communiquer et de présenter des rapports? Bref, les débats et travaux parlementaires ne peuvent avoir lieu que si les parlementaires ont le nécessaire pour s'acquitter de leurs fonctions parlementaires.

[111] Je crois que ce qui précède suffit pour démontrer qu'en ce qui concerne les affaires comme celle dont nous sommes saisis, les débats et travaux du Bureau sont si directement et si étroitement liés à ceux du Parlement qu'il est justifié de les traiter à l'avenant.

[112] Cette conclusion est également étayée par le paragraphe 52.2(2) de la LPC, qui énonce l'avis du législateur en la matière. Cette disposition a été adoptée peu de temps avant l'audience concernant la requête en radiation devant la Cour fédérale. Elle est ainsi libellée : « Il est entendu que les délibérations du bureau sont des délibérations du Parlement. » Sa version antérieure était libellée en ces termes : « Les membres du bureau n'encourent aucune responsabilité personnelle découlant de leur participation à l'exercice des pouvoirs ou à l'exécution des fonctions du bureau ». La juge n'a pas mentionné la nouvelle version dans ses motifs, et rien ne permet de dire si on l'avait portée à son attention.

[113] Devant nous, les avocats des appelants font valoir qu'il ressort clairement du paragraphe 52.2(2) que les décisions en litige appartiennent à la catégorie établie dite des débats et travaux du Parlement. Comme la disposition fait loi et que sa validité n'a pas été attaquée sur le plan constitutionnel, les avocats affirment que la présente affaire ressortit carrément à la catégorie établie relative aux débats et travaux parlementaires.

[114] Selon les intimés et M. Vellacott, le paragraphe 52.2(2) ne saurait avoir une application si étendue. Ils font remarquer que cette disposition ne saurait viser tout ce que pourrait faire le Bureau. Ils soulignent qu'elle a été adoptée en même temps que d'autres dispositions

other provisions that made meetings of the Board more accessible to the public, and that its sole purpose was to ensure that members who sit on the Board would continue to benefit from the immunity which protects the Members of the House when performing parliamentary functions.

[115] I agree that subsection 52.2(2) cannot apply to everything the Board might do, particularly as it relates to matters that do not involve Parliamentarians. For instance, matters pertaining to the salaries or pensions payable to House staff or their conduct (memorandum of the respondents, paragraph 18, citing *Vaid* and *Chagnon*) or contractual dealings with third party suppliers of goods and services are not likely to be viewed as coming within the category of privilege relating to proceedings in Parliament. But it is difficult to see why this provision would not be given its full force and effect when dealing with matters wholly internal to the House involving the use of money paid to its Members to allow them to perform their parliamentary functions.

[116] Although the enactment of subsection 52.2(2) appears to have been prompted by Parliament's decision to make proceedings before the Board more accessible to the public, a development which had potential ramifications for members' immunity, the provision is not so limited. When regard is had to its wording, it reflects Parliament's intent that, within their proper scope, proceedings before the Board be treated as proceedings in Parliament.

[117] This makes good sense. In many respects, the Board is an extension of the House. It performs functions which would otherwise be performed by the House itself. The actions taken when acting in that capacity are in a very real sense taken by the House itself. The decisions in issue, insofar as they delineate the means and resources which must be made available to Parliamentarians in order to allow them to perform their core parliamentary functions, can properly be viewed as proceedings in Parliament.

[118] It follows that proceedings in Parliament is yet another established category within which the claimed parliamentary privilege can be shown to fit.

qui ont permis d'améliorer l'accessibilité des réunions du Bureau pour le public et que son seul objet consiste à faire en sorte que les députés qui siègent au Bureau continueront de jouir de l'immunité qui protège les députés lorsqu'ils exercent des fonctions parlementaires.

[115] Je conviens que le paragraphe 52.2(2) ne saurait s'appliquer à tout acte du Bureau, quel qu'il soit, tout particulièrement dans des matières qui ne concernent pas les parlementaires. Par exemple, il est permis de douter que des matières comme le salaire ou la pension à verser à un employé de la Chambre, la conduite de ce dernier (mémoire des intimés, paragraphe 18, renvoyant à *Vaid* et à *Chagnon*) ou les contrats intervenus avec des tiers fournisseurs de biens ou de services soient couverts par la catégorie de privilège portant sur les débats et travaux parlementaires. En revanche, il est difficile d'imaginer pour quoi la disposition ne s'appliquerait pas aux matières qui relèvent entièrement des affaires internes de la Chambre, comme l'utilisation des fonds fournis aux députés pour leur permettre d'exercer leurs fonctions parlementaires.

[116] Bien que l'adoption du paragraphe 52.2(2) semble découler de la décision du Parlement d'améliorer l'accessibilité pour le public des délibérations du Bureau, une décision qui était susceptible d'avoir une incidence sur l'immunité des députés, cette disposition n'est pas circonscrite par ce seul objet. À en juger par le libellé de la disposition, le législateur entendait que les délibérations du Bureau, à l'intérieur de la sphère d'activités qui lui est propre, soient assimilées aux délibérations du Parlement.

[117] C'est logique. Le Bureau est à bien des égards un prolongement de la Chambre. Il s'acquitte de fonctions qui incomberaient autrement à la Chambre. Les actes du Bureau, lorsqu'il agit à ce titre, constituent véritablement des actes de la Chambre. Les décisions en litige, dans la mesure où elles circonscrivent les moyens et les ressources qu'il faut affecter aux parlementaires pour leur permettre d'exercer leurs fonctions parlementaires fondamentales, peuvent être assimilées aux débats et travaux du Parlement.

[118] Il s'ensuit que les débats et travaux du Parlement représentent une autre catégorie établie à laquelle il est démontré que le privilège parlementaire invoqué en l'espèce appartient.

- *Mr. Vellacott's distinct argument*

[119] Before closing on the issue of parliamentary privilege, I wish to address a distinct argument made by Mr. Vellacott. Specifically, Mr. Vellacott does not challenge the Board's exclusive right to formulate the rules and standards for what constitutes appropriate parliamentary expenses (written submission of Mr. Vellacott, paragraph 8, footnote 2). However, he submits that the application of those rules by way of decisions should be considered separately and argues that it has not been shown that immunizing these decisions from judicial review is necessary in order to preserve the dignity and efficiency of the House.

[120] In my view, the House's exclusive right to regulate and oversee the use of parliamentary funds by Parliamentarians brings with it the exclusive right to decide how these rules are to be applied. Indeed, the way in which a parliamentary rule is applied in a given case is an exercise of the House's time-honoured right to regulate its own affairs. This is what McLachlin J. explained in *New Brunswick Broadcasting* while addressing the Nova Scotia House of Assembly's exclusive right to regulate its internal proceedings by keeping cameras out of the Assembly (*New Brunswick Broadcasting*, page 384):

As noted above, *Stockdale v. Hansard* is the leading case. The court there rejected the argument that the courts will take cognizance of questions involving privilege only where the question was "incidentally" rather than "directly" before them. It was held that the courts were bound to decide an issue of privilege, however it arose, but that this decision must be subject to the recognition of an exclusive parliamentary jurisdiction. The parameters of this jurisdiction are set by what is necessary to the legislative body's capacity to function. So defined, the principle of necessity will encompass not only certain claimed privileges, but also the power to determine, adjudicate upon and apply those privileges. Were the courts to examine the content of particular exercises of valid privilege, and hold some of these exercises invalid, they would trump the exclusive jurisdiction of the legislative body, after having admitted that the privilege in issue falls within the exclusive jurisdiction of the legislative body. The only area for court review is at the initial jurisdictional level: is the privilege claimed one of those privileges necessary to the capacity of the legislature to function? A particular

- *Argument distinct avancé par M. Vellacott*

[119] Avant de conclure l'analyse portant sur le privilège parlementaire, je souhaite aborder un argument distinct avancé par M. Vellacott. Ainsi, il ne remet pas en question le droit exclusif du Bureau d'énoncer des règles et des normes définissant ce qui constitue des dépenses parlementaires acceptables (observations écrites de M. Vellacott, paragraphe 8, note en bas de page 2). Cependant, selon lui, l'application de ces règles par voie décisionnelle devrait être examinée séparément et il n'a pas été démontré qu'il est nécessaire, pour préserver la dignité et l'efficacité de la Chambre, de soustraire ces décisions au contrôle judiciaire.

[120] À mon avis, le droit exclusif de la Chambre de régler et de contrôler l'utilisation des deniers qu'elle affecte aux parlementaires a pour corollaire le droit exclusif de décider de l'application des règles. En effet, la manière dont une règle parlementaire est appliquée dans une affaire donnée ressortit à l'exercice du droit ancestral dont jouit la Chambre de régler ses propres affaires. C'est ce qu'explique la juge McLachlin dans l'arrêt *New Brunswick Broadcasting* dans son analyse du droit exclusif de l'Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse de régler ses propres procédés en interdisant les caméras dans son enceinte (page 384) :

Comme je l'ai déjà fait remarquer, la décision de principe est *Stockdale c. Hansard*. Dans cette affaire, la cour a rejeté l'argument selon lequel les tribunaux ne connaissent de questions relatives au privilège que lorsqu'ils s'en trouvent saisis « de façon incidente » plutôt que « directement ». On a conclu que les tribunaux étaient tenus de se prononcer sur une question de privilège, quelle que soit la façon dont elle s'est posée, mais que cette décision doit être assujettie à la reconnaissance d'une compétence parlementaire exclusive. Les paramètres de cette compétence sont déterminés par ce qui est nécessaire pour que l'organisme législatif soit capable de fonctionner. Selon cette définition, le principe de nécessité englobera non seulement certains privilèges revendiqués, mais aussi le pouvoir de déterminer, de trancher et d'appliquer ces privilèges. Si les tribunaux devaient examiner le mode d'exercice d'un privilège valide et conclure que, dans certains cas, le privilège a été exercé d'une façon non valide, ils se trouveraient alors à empiéter sur la compétence exclusive de l'organisme législatif, après avoir reconnu que le privilège en question relève de la compétence exclusive de cet

exercise of a necessary privilege cannot then be reviewed, unless the deference and the conclusion reached at the initial stage be rendered nugatory. [Emphasis added.]

[121] Likewise, allowing necessity to be revisited on the basis proposed by Mr. Vellacott, would trump the House's exclusive right to regulate the use of parliamentary funds by Members of the House, and would involve the Court in a review of the exercise of the parliamentary privilege, a matter beyond the reach of the courts (See *Vaid*, paragraph 29(9)).

[122] I therefore conclude that because the claimed privilege can be shown to come within one or more established categories, it was not open to the judge to inquire into its necessity.

- *Necessity*

[123] Although not necessary in order to dispose of the appeal, I believe it useful to say a few words about the judge's assessment of necessity in this case (reasons, paragraphs 44, 46 and 50). It appears to me that allowing courts to oversee decisions regarding the allocation and use made of parliamentary resources in the context of judicial reviews would seriously challenge the dignity and efficiency of the House.

[124] First, looking at the matter from the angle of discipline, we need only refer to the opinion of McLachlin J. in *Harvey* according to which the dignity and efficiency of the House would be imperiled if courts were allowed to oversee the limits and qualifications which Parliamentarians impose on themselves in the exercise of parliamentary functions.

[125] Considering the matter from the perspective of internal affairs, it belongs to Parliamentarians to decide for themselves what they need and how to allocate funds and resources in order to carry out their parliamentary functions. In my view, allowing courts to have the last word

organisme législatif. La seule chose qui peut être examinée par le tribunal est à l'étape initiale de l'examen de la compétence : le privilège revendiqué est-il un des privilèges nécessaires pour que la législature soit capable de fonctionner? L'exercice particulier d'un privilège nécessaire ne saurait alors faire l'objet d'un examen, sauf si la retenue manifestée et la conclusion formulée à l'étape initiale sont rendues inopérantes. [Non souligné dans l'original.]

[121] De même, s'il fallait déterminer la nécessité dans chaque cas, comme le préconise M. Vellacott, on ferait fi du droit exclusif de la Chambre de régler l'utilisation des deniers parlementaires par les députés, et la Cour serait appelée à se prononcer sur l'exercice d'un privilège parlementaire, une matière qui ne ressortit pas aux tribunaux (voir *Vaid*, paragraphe 29(9)).

[122] Par conséquent, j'arrive à la conclusion que, comme il a été démontré que le privilège invoqué appartient à au moins une catégorie établie, il n'était pas loisible à la juge d'en examiner la nécessité.

- *Nécessité*

[123] Même si ce n'est pas essentiel pour trancher le présent appel, il est utile à mon avis de faire quelques remarques à propos de l'évaluation de la juge à l'égard de la nécessité en l'espèce (motifs, paragraphes 44, 46 et 50). Il me semble que permettre le contrôle judiciaire des décisions sur l'affectation et l'utilisation des ressources parlementaires minerait sérieusement la dignité et l'efficacité de la Chambre.

[124] Considérant la question dans un premier temps sous l'angle de la discipline, il suffit de s'en remettre à l'opinion de la juge McLachlin dans l'arrêt *Harvey* selon laquelle la dignité et l'efficacité de la Chambre seraient remises en question si les tribunaux étaient autorisés à contrôler les limites et restrictions que les parlementaires s'imposent dans l'exercice de leurs fonctions parlementaires.

[125] Abordant la question du point de vue des affaires internes, il appartient aux parlementaires de déterminer pour eux-mêmes leurs besoins et l'attribution des fonds et des ressources nécessaires à l'exercice de leurs fonctions parlementaires. À mon avis, donner aux tribunaux

over the handling of these affairs would intrude on the autonomy of the House and demean its constitutional role. It would also severely undermine the effectiveness of the internal processes put in place by the House in order to deal with such matters. I note in this respect that there are presently 338 members who file on average 70 000 claims every year. Of these, some 4 300 are altered before payment (*Third Report of the Standing Committee on Procedure and House Affairs*, 2013, Appeal Book, Vol. II, pages 416 to 430, at page 422). These being inherently contentious money matters, one can readily see how judicial review of such decisions would quickly become a prime area of activity for lawyers and the courts, to the detriment of the effective operation of the House. I therefore agree with the conclusion reached in *Villeneuve* that allowing the courts to intervene in such matters would demean the dignity and efficiency of the House.

[126] Finally, allowing the courts to opine on what Parliamentarians need in order to perform their core parliamentary functions would also impact on the dignity and efficiency of the House by demeaning the role of Parliamentarians.

- *Has the privilege been waived or abrogated?*

[127] A preliminary question of interest could have arisen as to whether the privilege in issue here can be waived by Parliament. Arguably, a privilege which ensures the independence of the House in performing core legislative functions cannot be waived by Parliament as doing so would undermine the very principle on which the Westminster model of Parliament is based. However, we need not confront this question because whatever the answer, no waiver can be found in this case.

[128] The arguments in support of the view that Parliament waived or abrogated the House's exclusive right to control its internal financial affairs are based on: (1) the use of the word "Board" in the PCA to describe the new entity which assumed responsibility over its financial affairs in 1985, a word which is the same as that used in the *Federal Courts Act* to describe federal bodies that are subject to judicial review before those

le dernier mot sur l'administration de ces affaires entraverait l'autonomie de la Chambre et minerait son rôle constitutionnel. Ceci aurait aussi pour effet de nuire à l'efficacité des procédés mis en place par la Chambre pour traiter de ces questions. Je signale que les 338 députés présentent en moyenne 70 000 notes de frais chaque année, dont quelque 4 300 sont modifiées avant le paiement (*Troisième rapport du Comité permanent de la procédure et des affaires de la Chambre des communes*, 2013, dossier d'appel, vol. II, pages 416 à 430, page 422). Les questions financières étant litigieuses au départ, il est facile de voir que le contrôle judiciaire de ces décisions deviendrait rapidement un secteur d'activité important pour les avocats et les tribunaux, au détriment du bon fonctionnement de la Chambre. J'avalise donc la conclusion tirée dans l'arrêt *Villeneuve* selon laquelle l'intervention des tribunaux en telles matières minerait la dignité et l'efficacité de la Chambre.

[126] Finalement, permettre aux tribunaux de se prononcer sur ce dont les parlementaires ont besoin afin d'exercer leurs fonctions parlementaires fondamentales affecterait aussi la dignité et l'efficacité de la Chambre en minant le rôle des parlementaires.

- *Le privilège a-t-il fait l'objet d'une renonciation ou d'une abrogation?*

[127] L'intéressante question préliminaire à savoir si le Parlement peut renoncer au privilège ici en cause aurait pu se poser. Il est possible en effet que le Parlement ne puisse renoncer à un privilège qui assure l'indépendance de la Chambre dans l'exercice de ses fonctions législatives fondamentales, car on minerait ainsi le principe même sur lequel repose le Parlement de type Westminster. Or, point n'est besoin de répondre à la question puisqu'aucune renonciation n'est intervenue.

[128] Les arguments suivants appuient la thèse selon laquelle le Parlement a renoncé à son droit exclusif de tenir ses affaires financières internes en main ou l'a abrogé : 1) le choix du terme anglais « *Board* » dans la LPC pour dénommer le nouvel organe chargé des affaires financières en 1985, un terme qui figure également dans la version anglaise de la *Loi sur les Cours fédérales* à la description des offices fédéraux susceptibles de contrôle judiciaire

courts; (2) subsection 50(1) of the PCA which establishes the Board by the words “[t]here shall be a Board of Internal Economy of the House of Commons” in contrast with subsection 19.1(1) which provides that the Senate Committee on Internal Economy is established “by the Senate under its rules” [emphasis added]; (3) section 52.2 of the PCA which provides that “[i]n exercising the powers ... conferred upon it pursuant to this Act”, the Board may enter into contracts, memoranda of understanding, etc. (reasons, paragraph 30); and (4) the fact that the “[f]or greater certainty” provision found in subsection 2(2) of the *Federal Courts Act* as enacted by S.C. 1990, c. 8 on the heels of the Trial Division decision in *Southam* ([1989] 3 F.C. 147, (1989), 27 F.T.R. 139), expressly excludes “the Senate, the House of Commons” and “any Committee or member of either House” from judicial review before the Federal Courts, but not the Board.

[129] In the French text of section 2 of the *Federal Courts Act*, the word “*office*” is used as the French equivalent for the word “board” whereas in the French text of the PCA, the word “*bureau*” is used. Given this, the choice of the word “board/*bureau*” to designate this entity cannot be seen as an indication that Parliament intended to align the Board with other federal boards so as to make it subject to judicial review under the *Federal Courts Act*. Had this been the intent, the word “*office*” would also have been used in the French text of the PCA.

[130] Moreover, nothing in the recommendations which led to the creation of the Board in 1985 suggests that a jurisdictional change was in the making or that any of the parliamentary privileges previously enjoyed by the Commissioners of Internal Affairs were being abandoned. The *Report of the Special Committee on Reform of the House of Commons* which was tabled in the House in 1985 and led to the first incarnation of the present day Board of Internal Economy explains that the Board was established in order to encourage members to become more involved in the management of the House through broader and better representation in the composition of the Board. No allusion is made to any change regarding the House’s long established independent control over its internal financial affairs, something which would

par les Cours fédérales; 2) le paragraphe 50(1) de la LPC qui constitue en ces termes le Bureau « [e]st constitué le Bureau de régie interne de la Chambre des communes » par contraste avec le paragraphe 19.1(1), qui dispose que le Comité sénatorial de la régie interne est constitué « par le Sénat en vertu de son règlement » [soulignement ajouté]; 3) l’article 52.2 de la LPC, aux termes duquel « pour l’exercice des pouvoirs [...] qui lui sont attribués par la présente loi », le Bureau est habilité à conclure des contrats, ententes, etc. (motifs, paragraphe 30) et 4) le fait que la précision « [i] est entendu » qui figure au paragraphe 2(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*, édicté par L.C. 1990, ch. 8 par suite de la décision de la section de première instance dans l’affaire *Southam* ([1989] 3 C.F. 147), soustrait expressément « le Sénat, la Chambre des communes » et « tout comité de l’une ou l’autre chambre » au contrôle judiciaire par les Cours fédérales, mais non le Bureau.

[129] À l’article 2 de la *Loi sur les Cours fédérales* figure le terme « office fédéral », dont l’équivalent dans la version anglaise est « *federal board* »; en revanche, la LPC emploie le terme « bureau » en français et « board » en anglais. Par conséquent, on ne peut prétendre que le choix des termes « board » et « bureau » pour désigner l’organe en question révèle l’intention du législateur d’assimiler le Bureau (*Board* en anglais) à un office fédéral (*federal board* dans la version anglaise de la *Loi sur les Cours fédérales*) pour l’assujettir au contrôle judiciaire. Si telle avait été l’intention du législateur, il aurait opté pour le terme « office » dans la LPC.

[130] En outre, rien dans les recommandations qui ont mené à la création du Bureau en 1985 ne laisse entendre qu’on envisageait un changement de pouvoirs ou l’abandon des privilèges parlementaires auparavant conférés aux commissaires de l’économie intérieure. Le *Rapport du Comité spécial sur la réforme de la Chambre des communes* — qui a été déposé à la Chambre en 1985 et a mené à la première incarnation du Bureau de la régie interne tel qu’on le connaît — explique que le Bureau a été constitué pour inciter les députés à s’investir davantage dans la gestion des affaires de la Chambre grâce à une représentation améliorée et diversifiée en son sein. Le rapport ne fait aucune allusion à quelque changement dans le pouvoir indépendant de la Chambre, établi de longue date, de tenir les cordons de sa bourse. Un tel changement

necessarily have been at the forefront of this document had such a fundamental change been contemplated (*First Report of the McGrath Committee*, Appeal Book, vol. I, Tab 7A, pp. 155-156, Exhibit “A” to the Gagnon Affidavit). As well, none of the changes brought to the PCA from that moment on points towards the abandonment of any existing parliamentary privilege. In the *Second Report of the Special Committee of the Review on the Parliament of Canada Act* [*Minutes of Proceedings and Evidence*] tabled in 1990, it is acknowledged that while members are not above the law, they deserve assurance that their rights will not be jeopardized or sacrificed. The same report goes on to reaffirm the principles that are consistent with the law of parliamentary privilege (*Second Report of the Danis Committee*, Appeal Book, Vol. I, Tab 7C, pages 182–183, Exhibit “C” to the Gagnon Affidavit).

[131] The other instances where the privileges of the House were alluded to in Committee reports also signal a continued desire to maintain the privileges in place (*Third Report of the Standing Committee on Procedure and House Affairs*, presented December 3, 2013, at pages 8 and 15, Appeal Book, Vol. II, Tab M). The sole mention of a change that could have impacted on these privileges is found in the dissenting opinion of the NDP in this last report presented in 2013 which proposes that the body charged with overseeing the use of parliamentary funds be “independent of MPs” (*Third Report of the Standing Committee on Procedure and House Affairs*, presented December 3, 2013, at page 433, Appeal Book, Vol. II, Tab M). This proposal was not accepted by the majority.

[132] Therefore, there is no basis for the suggestion that Parliament, in giving effect to the transition from the Commissioners of Internal Economy to the Board of Internal Economy in 1985, abandoned the privileges which the House held, exercised and enjoyed since Confederation. If anything, the reports tabled in the House at that time and since point in the other direction.

[133] This should be contrasted with the situation in the United Kingdom as it was described by Lord Phillips in *Chaytor*. In the course of his reasons, he noted that (*Chaytor*, paragraph 68):

fondamental, s’il avait été envisagé, aurait été souligné au début du rapport (*premier rapport du Comité McGrath*, dossier d’appel, vol. I, onglet 7A, pages 155 et 156, pièce A à l’affidavit souscrit par Gagnon). De même, aucune des modifications apportées depuis à la LPC ne révèle l’abandon d’un quelconque privilège parlementaire. Dans son deuxième rapport déposé en 1990, le *Comité spécial chargé de l’examen de la Loi sur le Parlement du Canada* [*procès-verbaux et témoignages*] reconnaît que, si les députés ne sont pas au-dessus des lois, ils méritent néanmoins d’être assurés que leurs droits ne seront pas mis en péril ou sacrifiés. Ce rapport réitère les principes qui sont conformes aux règles de droit en matière de privilège parlementaire (*deuxième rapport du Comité Danis*, dossier d’appel, vol. I, onglet 7C, pages 182 et 183, pièce C à l’affidavit souscrit par Gagnon).

[131] Les autres allusions aux privilèges de la Chambre qui figurent dans des rapports de comité traduisent également un désir de maintenir les privilèges existants (*troisième rapport du Comité permanent de la procédure et des affaires de la Chambre*, présenté le 3 décembre 2013, pages 9 et 18, dossier d’appel, vol. II, onglet M). La seule mention d’un changement susceptible d’avoir une incidence sur les privilèges se trouve dans l’opinion dissidente des membres du NPD exprimée dans le rapport mentionné plus haut présenté en 2013 et qui propose la création d’un organe « indépendant » chargé de contrôler l’emploi des deniers parlementaires (*troisième rapport du Comité permanent de la procédure et des affaires de la Chambre*, présenté le 3 décembre 2013, page 433, dossier d’appel, vol. II, onglet M). La proposition a été rejetée par les membres majoritaires du comité.

[132] Par conséquent, rien ne permet de croire que le Parlement, en opérant la transition des commissaires de l’économie intérieure au Bureau de régie interne en 1985, a renoncé aux privilèges détenus et exercés par la Chambre depuis la Confédération. Au contraire, les rapports déposés à la Chambre à l’époque et depuis suggèrent la conclusion inverse.

[133] Comparons la présente situation à celle que décrit lord Phillips dans l’arrêt *Chaytor* et qui règne au Royaume-Uni. Il fait la remarque suivante au paragraphe 68 de ses motifs :

.... if Parliament accepts that a statute applies within an area that previously fell within its exclusive cognisance, then Parliament will, in effect, have waived any claim to privilege.

He then referred to the Joint Committee on Parliamentary Privilege Report and Proceedings of the Committee (U.K., House of Lords, House of Commons, Joint Committee on Parliamentary Privilege, *Parliamentary Privilege: Report of Session 1998–99* (April 9, 1999), Vol. I), which, according to Lord Phillips, recognized that in assessing the scope of Parliament’s right to administer its internal affairs, a distinction had to be made between decisions involving the scheme put in place by Parliament in overseeing the use of parliamentary funds which are privileged, and decisions implementing this scheme, which are not (*Chaytor*, paragraphs 72, 73 and 74). Pointing to this acknowledgement by the Joint Committee, Lord Phillips agreed that this was a proper distinction to make (*Chaytor*, paragraph 89) and held that the parliamentary privilege previously held over decisions implementing the scheme, in contrast with those which put into question the scheme itself, had been waived (*Chaytor*, paragraph 93; see also paragraph 131, *per* Lord Clarke).

[134] No such waiver can be inferred in Canada from the numerous Committee Reports which have been placed before us. None suggests any form of waiver by Parliament of the House’s privilege over decisions regarding the appropriate use of parliamentary funds by Members of the House in the performance of their parliamentary functions.

[135] The fact that the Senate Committee on Internal Economy was established “by the Senate under its rules” (section 19.1 of the PCA) whereas the Board was brought into existence by words which do not refer to Parliament or the House (subsection 50(1) of the PCA) cannot be viewed as an indication that privileges were continued only insofar as the Senate Committee on Internal Economy is concerned. This is because the privileges available to both the Senate Committee and the Board are those defined by section 4 of the PCA pursuant to the authority conferred by section 18 of the *Constitution Act, 1867*, so that nothing turns on the distinct language used by Parliament in establishing the Committee and creating the Board.

[TRADUCTION] [...] [s]i le Parlement accepte qu’une loi s’applique à une matière qui ressortissait auparavant à ses connaissances exclusives, il aura effectivement renoncé à invoquer le privilège.

Il renvoie ensuite au rapport du comité mixte sur le privilège parlementaire (Royaume-Uni, Chambre des lords, Chambre des communes, Joint Committee on Parliamentary Privilege, *Parliamentary Privilege: Report of Session 1998–99* (9 avril 1999), vol. I) suivant lequel, selon lord Phillips, le comité reconnaît qu’en examinant la portée du droit du Parlement d’administrer ses affaires internes, il faut distinguer les décisions portant sur le régime mis en place par le Parlement pour contrôler l’utilisation des deniers parlementaires, visées par le privilège, de celles portant sur l’application du régime, qui ne le sont pas (*Chaytor*, paragraphes 72 à 74). À ce propos, lord Phillips convient que cette reconnaissance par le comité mixte est adéquate (*Chaytor*, paragraphe 89) et reconnaît qu’il avait été renoncé au privilège parlementaire qui protégeait auparavant les décisions portant sur l’application du régime, contrairement à celles portant sur le régime même (*Chaytor*, paragraphe 93; voir aussi le paragraphe 131, sous la plume de lord Clarke).

[134] On ne peut inférer des nombreux rapports de comités dont nous avons été saisis qu’il y a eu une telle renonciation au Canada. Aucun ne laisse entendre que le Parlement aurait renoncé au privilège de la Chambre sur les décisions portant sur l’utilisation permise des fonds parlementaires par les députés dans l’exercice de leurs fonctions parlementaires.

[135] Le fait que le Comité sénatorial de la régie interne soit constitué « par le Sénat en vertu de son règlement » (article 19.1 de la LPC) tandis que l’article constituant le Bureau ne mentionne ni le Parlement ni la Chambre (paragraphe 50(1) de la LPC) ne saurait signifier que les privilèges sont maintenus seulement pour le Comité sénatorial de la régie interne. C’est que les privilèges dont jouissent tant le Comité sénatorial que le Bureau sont ceux définis par l’article 4 de la LPC en vertu de l’article 18 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, de sorte que rien ne découle de la différence dans le libellé employé par le législateur pour constituer le Comité et le Bureau.

[136] I also note that in all other respects, the Senate Committee on Internal Economy and the Board operate the same way. Both are empowered by the same statute, are composed of members of the respective Houses, report to the Senate or the House as the case may be; and exercise identical powers (see Appendix “A”). Although the judge suggests that there are meaningful differences between the two, I am unable to detect what these might be aside from the name by which they are called.

[137] The judge’s reliance on section 52.2 of the PCA which gives the Board the capacity of a natural person “[i]n exercising the powers and carrying out the functions conferred upon it pursuant to this Act” (reasons, paragraph 30) is also problematic. I first observe that the Senate Committee on Internal Economy also exercises the powers “conferred upon it pursuant to this Act” (section 19.2 of the PCA). More importantly, legislated privileges will always be defined by legislation so that the fact that a power is exercised pursuant to a statute cannot be determinative. As was explained in *Southam*, at page 479:

... the words “conferred by or under an Act of the Parliament of Canada” in section 2 [of the *Federal Courts Act*] mean that the Act of Parliament has to be the source of the jurisdiction or powers which are being conferred. The privileges, immunities and powers of the Senate are conferred by the Constitution, not by a statute, although the latter defines or elaborates upon the privileges, immunities and powers. Such a statute then is the manifestation of Senate privileges but it is not its source; the source is section 18 of the *Constitution Act, 1867*. [Emphasis in original.]

The last sentence should be read in light of the true source of parliamentary privileges which, in Canada as in the United Kingdom, continues to be the nature of the function being exercised by the Houses of Parliament in a Westminster model of parliamentary democracy (*Vaid*, at paragraph 34).

[138] The Trial Division decision under appeal in *Southam* had held that the Federal Court had jurisdiction over decisions of the Senate Committee on Internal Economy regardless of the source of the power being

[136] Soulignons qu’à tous les autres égards, le Comité sénatorial de la régie interne et le Bureau sont administrés de la même façon. Leurs pouvoirs leur sont conférés par la même loi, ils sont composés de membres de leur chambre respective, rendent des comptes soit au Sénat, soit à la Chambre des communes et exercent des pouvoirs identiques (voir l’annexe A). Bien que la juge ait laissé entendre que des différences significatives les distinguent, je ne vois guère ce qui pourrait les distinguer, hormis leur nom.

[137] L’importance accordée par la juge à l’article 52.2 de la LPC, qui confère au Bureau la capacité d’une personne physique « “pour l’exercice des pouvoirs et l’exécution des fonctions qui lui sont attribués par la présente loi” » (motifs, paragraphe 30) pose également problème. Faisons d’abord observer que le Comité sénatorial de la régie interne exerce également des pouvoirs « qui lui sont attribués par la présente loi » (article 19.2 de la LPC). Fait plus important, les privilèges d’origine législative sont toujours définis par une loi. Ainsi, le fait qu’un pouvoir est exercé en vertu d’une loi ne saurait être déterminant. Comme l’explique la Cour dans l’arrêt *Southam*, à la page 479 :

[...] les termes « prévus par une loi fédérale » qui figurent à l’article 2 [de la *Loi sur les Cours fédérales*] signifient que la source de la compétence ou des pouvoirs qui sont prévus doit être une loi fédérale. Or, les privilèges, immunités et pouvoirs du Sénat sont prévus par la Constitution, pas par une loi, bien qu’ils soient définis ou explicités par une loi. Une telle loi est donc l’expression des privilèges du Sénat, mais elle n’en est pas la source, puisque celle-ci réside dans l’article 18 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. [Souligné dans l’original.]

La dernière phrase doit être lue en tenant compte de la véritable source des privilèges parlementaires laquelle, au Canada comme au Royaume-Uni, demeure la nature de la fonction exercée par les Chambres du Parlement dans une démocratie parlementaire de type Westminster (*Vaid*, paragraphe 34).

[138] Selon la décision de la section de première instance dont il était interjeté appel dans l’affaire *Southam*, la Cour fédérale était compétente à l’égard des décisions du Comité sénatorial de la régie interne quelle que soit

exercised, “so long as the power to define [had] been put into statutory form” (*Southam*, paragraph 27 [of QL or page 479 of [1990] 3 F.C. 465]). This conclusion was reached even though the right being exercised in that case was clearly traceable to a privilege – i.e., the right of a Senate Committee on Internal Economy to hold *in camera* sessions while investigating the improper use of Senate funds by a Senator (*Southam*, paragraph 3 [of QL or page 470 of [1990] 3 F.C. 465]). As was said on appeal, it matters not that the parliamentary privilege is defined by a statute; the question to be asked in each case is whether the claimed privilege was legislated under the authority conferred by section 18 of the *Constitution Act, 1867* (*Southam*, paragraph 28 [of QL or page 479 of [1990] 3 F.C. 465]). If so, this brings the matter to an end.

[139] Finally, it is true that subsection 2(2) of the *Federal Courts Act* specifically excludes from the jurisdiction of the Federal Courts the House of Commons, the Senate and their committees. Notably, the Board is not mentioned. However, nothing turns on this because when acting pursuant to a constitutionally protected parliamentary privilege, the Board is not exercising a right which has at its source an Act of Parliament and must therefore be treated the same way as the excluded entities. While not stated in express terms, this is the jurisdictional divide which was drawn by subsection 2(2) when it came into force in 1990 when regard is had to the context which brought about its enactment.

[140] Therefore, I conclude that the House’s exclusive right to regulate, oversee and decide issues regarding the use made of parliamentary funds by Parliamentarians was not waived or abrogated by the creation of the Board, the enactment of the PCA in 1985, or by any other enactment since then.

- *Disposition*

[141] Had the judge followed the analytical approach set out in *Vaid*, she would have been bound to hold that the Court was without jurisdiction to hear the underlying judicial review applications because the privilege claimed before her was authoritatively established.

la source du pouvoir exercé, « [u]ne fois que ce pouvoir a été prévu par une loi » (*Southam*, page 479). Le juge en était arrivé à cette conclusion même si le droit exercé dans cette affaire ressortissait clairement à un privilège, à savoir le droit du Comité sénatorial de la régie interne de tenir des séances à huis clos pendant qu’il tenait une enquête sur l’utilisation non permise de fonds par un sénateur (*Southam*, page 470). Comme le dit notre Cour dans cet arrêt, la question est de savoir, non pas si le privilège parlementaire invoqué est défini par une loi, mais s’il est prescrit par une loi en vertu de l’article 18 de la *Loi constitutionnelle de 1867* (*Southam*, page 479). Une réponse affirmative met fin à l’analyse.

[139] Enfin, il est vrai que le paragraphe 2(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* soustrait expressément à la compétence des Cours fédérales la Chambre des communes, le Sénat ainsi que leurs comités. Notamment, le Bureau n’y est pas mentionné. Toutefois, l’issue de l’instance ne dépend pas de ce fait, car le Bureau, quand il agit en vertu d’un privilège parlementaire protégé par la Constitution, n’exerce pas un droit qui tire son origine d’une loi fédérale. Il doit donc recevoir le même traitement que les organes exclus. Bien qu’elle n’ait pas été énoncée de manière expresse, voilà la ligne de démarcation qui circonscrit la juridiction de la Cour fédérale et qui a été tirée par le paragraphe 2(2), à en juger par le contexte entourant son adoption en 1990.

[140] Par conséquent, je conclus que la création du Bureau ou l’adoption de la LPC en 1985 et d’autres dispositions depuis n’ont emporté ni la renonciation au droit exclusif de la Chambre de réglementer et de contrôler l’emploi des deniers parlementaires par les parlementaires ainsi que de trancher les questions s’y rapportant ni l’abrogation de ce droit.

- *Dispositif*

[141] Si la juge avait suivi la démarche analytique énoncée dans l’arrêt *Vaid*, elle aurait été contrainte de conclure que la Cour ne pouvait connaître des demandes de contrôle judiciaire au motif que le privilège invoqué devant elle avait été établi péremptoirement.

[142] I would therefore allow the appeal with costs here and below, and giving the judgment which the Federal Court ought to have given, I would strike the four consolidated applications for judicial review on the basis that the Court does not have the jurisdiction to hear them.

STRATAS, J.A.: I agree.

LASKIN, J.A.: I agree.

APPENDIX “A”

Comparative Table: Standing Committee on Internal Economy, Budgets and Administration and House of Commons Board of Internal Economy

Issues	Senate	House of Commons
	Standing Committee on Internal Economy, Budgets and Administration (“COIE”)	Board of Internal Economy (“BOIE”)
Definition	POCA ¹ Committee 19.1 (1) In this section and sections 19.2 to 19.9, Committee means the Standing Senate Committee on Internal Economy, Budgets and Administration established by the Senate under its rules. ...	POCA Board established 50 (1) There shall be a Board of Internal Economy of the House of Commons, in this section and sections 51 to 53 referred to as “the Board”, over which the Speaker of the House of Commons shall preside. ...

¹ Parliament of Canada Act.

[142] Par conséquent, j’accueillerais l’appel avec dépens devant notre Cour et devant l’instance inférieure et, rendant le jugement qui aurait dû émaner de la Cour fédérale, j’ordonnerais la radiation des quatre demandes de contrôle judiciaire réunies, la Cour ne pouvant en connaître.

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

LE JUGE LASKIN, J.C.A. : Je suis d’accord.

ANNEXE « A »

Tableau comparatif : Comité permanent de la régie interne, des budgets et de l’administration du Sénat et Bureau de régie interne de la Chambre des communes

Sujet	Sénat	Chambre des communes
	Comité permanent de la régie interne, des budgets et de l’administration (« comité »)	Bureau de régie interne (« bureau »)
Définition	LPC ¹ Comité 19.1 (1) Dans le présent article ainsi qu’aux articles 19.2 à 19.9, comité s’entend du Comité sénatorial permanent de la régie interne, des budgets et de l’administration constitué par le Sénat en vertu de son règlement. [...]	LPC Constitution 50 (1) Est constitué le Bureau de régie interne de la Chambre des communes, dont la présidence est assumée par le président de la chambre. [...]

¹ Loi sur le Parlement du Canada.

Capacity	<p>POCA</p> <p>Capacity of Committee</p> <p>19.2 (1) In exercising the powers and carrying out the functions conferred upon it pursuant to this Act, the Committee has the capacity of a natural person and may</p> <p>(a) enter into contracts, memoranda of understanding or other arrangements in the name of the Senate or in the name of the Committee; and</p> <p>(b) do all such things as are necessary or incidental to the exercising of its powers or the carrying out of its functions.</p>	<p>POCA</p> <p>Capacity</p> <p>52.2 (1) In exercising the powers and carrying out the functions conferred upon it pursuant to this Act, the Board has the capacity of a natural person and may</p> <p>(a) enter into contracts, memoranda of understanding or other arrangements in the name of the House of Commons or in the name of the Board; and</p> <p>(b) do all such things as are necessary or incidental to the exercising of its powers or the carrying out of its functions.</p>	Capacité	<p>LPC</p> <p>Capacité</p> <p>19.2 (1) Le comité a, pour l'exercice des pouvoirs et l'exécution des fonctions qui lui sont attribués par la présente loi, la capacité d'une personne physique; à ce titre il peut :</p> <p>a) conclure des contrats, ententes, ou autres arrangements sous le nom du Sénat ou le sien;</p> <p>b) prendre toute autre mesure utile à l'exercice de ses pouvoirs ou à l'exécution de ses fonctions.</p>	<p>LPC</p> <p>Capacité</p> <p>52.2 (1) Le bureau a, pour l'exercice des pouvoirs et l'exécution des fonctions qui lui sont attribués par la présente loi, la capacité d'une personne physique; à ce titre, il peut :</p> <p>a) conclure des contrats, ententes ou autres arrangements sous le nom de la Chambre des communes ou le sien;</p> <p>b) prendre toute autre mesure utile à l'exercice de ses pouvoirs ou à l'exécution de ses fonctions.</p>
Immunity/ Proceedings	<p>POCA</p> <p>Immunity</p> <p>(2) Where a member of the Committee participates in the exercise of the powers or the carrying out of the functions of the Committee, the member shall not be held personally liable for the actions of the Committee.</p>	<p>POCA</p> <p>Proceedings</p> <p>(2) For greater certainty, the proceedings of the Board are proceedings in Parliament.</p>	Immunité et délibérations	<p>LPC</p> <p>Immunité</p> <p>(2) Les membres du comité n'encourent aucune responsabilité personnelle découlant de leur participation à l'exercice des pouvoirs ou à l'exécution des fonctions du comité.</p>	<p>LPC</p> <p>Délibérations</p> <p>(2) Il est entendu que les délibérations du bureau sont des délibérations du Parlement.</p>

Function	<p>POCA</p> <p>Function of Committee <i>inter alia</i></p> <p>19.3 Subject to subsection 19.1(4), the Committee may act on all financial and administrative matters respecting</p> <p>(a) the Senate, its premises, its services and its staff; and</p> <p>(b) the members of the Senate.</p>	<p>POCA</p> <p>Function of Board</p> <p>52.3 The Board shall act on all financial and administrative matters respecting</p> <p>(a) the House of Commons, its premises, its services and its staff; and</p> <p>(b) the members of the House of Commons.</p>	Mission	<p>LPC</p> <p>Mission du comité</p> <p>19.3 Sous réserve du paragraphe 19.1(4), le comité peut s'occuper des questions financières et administratives intéressant :</p> <p>a) le Sénat, ses locaux, ses services et son personnel;</p> <p>b) les sénateurs.</p>	<p>LPC</p> <p>Mission</p> <p>52.3 Le bureau est chargé des questions financières et administratives intéressant :</p> <p>a) la Chambre des communes, ses locaux, ses services et son personnel;</p> <p>b) les députés.</p>
Main Estimate	<p>POCA</p> <p>Main Estimate to be prepared</p> <p>19.4 Prior to each fiscal year the Committee shall cause to be prepared an estimate of the sums that will be required to be provided by Parliament for the payment of the charges and expenses of the Senate and of the members thereof during the fiscal year.</p>	<p>POCA</p> <p>Estimate to be prepared</p> <p>52.4 (1) Prior to each fiscal year the Board shall cause to be prepared an estimate of the sums that will be required to be provided by Parliament for the payment of the charges and expenses of the House of Commons and of the members thereof during the fiscal year.</p> <p>...</p>	État estimatif	<p>LPC</p> <p>État estimatif principal</p> <p>19.4 Avant chaque exercice, le comité fait préparer un état estimatif des sommes que le Parlement sera appelé à affecter au paiement, au cours de l'exercice, des frais du Sénat et des sénateurs.</p>	<p>LPC</p> <p>État estimatif</p> <p>52.4 (1) Avant chaque exercice, le bureau fait préparer un état estimatif des sommes que le Parlement sera appelé à affecter au paiement, au cours de l'exercice, des frais de la Chambre des communes et des députés.</p> <p>[...]</p>

<p>Regulations and By-laws</p>	<p>POCA</p> <p>Regulations</p> <p>19.5 (1) The Committee may make regulations</p> <p>(a) governing the use by senators of funds, goods, services and premises made available to them for the carrying out of their parliamentary functions;</p> <p>(b) prescribing the terms and conditions of the management of, and accounting for, by senators, of funds referred to in paragraph (a); and</p> <p>(c) respecting all such things as are necessary or incidental to the exercise of its powers and the carrying out of its functions.</p>	<p>POCA</p> <p>By-laws</p> <p>52.5 (1) The Board may make by-laws</p> <p>...</p> <p>(b) governing the use by members of the House of Commons of funds, goods, services and premises made available to them for the carrying out of their parliamentary functions;</p> <p>(c) prescribing the terms and conditions of the management of, and accounting for, by members of the House of Commons, of funds referred to in paragraph (b) and section 54; and</p> <p>(d) respecting all such things as are necessary or incidental to the exercise of its powers and the carrying out of its functions.</p> <p>...</p>	<p>Règlements</p>	<p>LPC</p> <p>Règlements</p> <p>19.5 (1) Le comité peut, par règlement :</p> <p>a) régir l'utilisation, par les sénateurs, des fonds, biens, services et locaux mis à leur disposition dans le cadre de leurs fonctions parlementaires;</p> <p>b) prévoir les conditions — applicables aux sénateurs — de gestion et de comptabilisation des fonds visés à l'alinéa a);</p> <p>c) prendre toute autre mesure utile à l'exercice de ses pouvoirs et fonctions.</p>	<p>LPC</p> <p>Règlements administratifs</p> <p>52.5 (1) Le bureau peut, par règlement administratif :</p> <p>[...]</p> <p>b) régir l'utilisation, par les députés, des fonds, biens, services et locaux mis à leur disposition dans le cadre de leurs fonctions parlementaires;</p> <p>c) prévoir les conditions — applicables aux députés — de gestion et de comptabilisation des fonds visés à l'alinéa b) et à l'article 54;</p> <p>d) prendre toute autre mesure utile à l'exercice de ses pouvoirs et fonctions.</p> <p>[...]</p>
--------------------------------	--	---	-------------------	--	---

	<p>Chairman to table regulations</p> <p>(2) The Chairman of the Committee shall table before the Senate the regulations made under this section on any of the first thirty days after the making thereof.</p> <p>...</p>	<p>Speaker to table by-laws</p> <p>(2) The Speaker shall table before the House of Commons the by-laws made under this section on any of the first thirty days after the making thereof.</p> <p>...</p>		<p>Dépôt des règlements</p> <p>(2) Le président du comité dépose les règlements pris aux termes du présent article devant le Sénat dans les trente jours suivant leur adoption.</p> <p>[...]</p>	<p>Dépôt des règlements administratifs</p> <p>(2) Le président dépose les règlements administratifs pris aux termes du présent article devant la Chambre des communes dans les trente jours suivant leur adoption.</p> <p>[...]</p>
Exclusive Authority	<p>POCA</p> <p>Exclusive authority</p> <p>19.6 (1) The Committee has the exclusive authority to determine whether any previous, current or proposed use by a senator of any funds, goods, services or premises made available to that senator for the carrying out of parliamentary functions is or was proper, given the discharge of the parliamentary functions of senators, including whether any such use is or was proper having regard to the intent and purpose of the regulations made under subsection 19.5(1).</p>	<p>POCA</p> <p>Exclusive authority</p> <p>52.6 (1) The Board has the exclusive authority to determine whether any previous, current or proposed use by a member of the House of Commons of any funds, goods, services or premises made available to that member for the carrying out of parliamentary functions is or was proper, given the discharge of the parliamentary functions of members of the House of Commons, including whether any such use is or was proper having regard to the intent and purpose of the by-laws made under subsection 52.5(1).</p> <p>...</p>	Compétence exclusive	<p>LPC</p> <p>Compétence exclusive</p> <p>19.6 (1) Le comité a compétence exclusive pour statuer, compte tenu de la nature de leurs fonctions, sur la régularité de l'utilisation — passée, présente ou prévue — par les sénateurs de fonds, de biens, de services ou de locaux mis à leur disposition dans le cadre de leurs fonctions parlementaires, et notamment sur la régularité de pareille utilisation au regard de l'esprit et de l'objet des règlements pris aux termes du paragraphe 19.5(1).</p>	<p>LPC</p> <p>Compétence exclusive</p> <p>52.6 (1) Le bureau a compétence exclusive pour statuer, compte tenu de la nature de leurs fonctions, sur la régularité de l'utilisation — passée, présente ou prévue — par les députés de fonds, de biens, de services ou de locaux mis à leur disposition dans le cadre de leurs fonctions parlementaires, et notamment sur la régularité de pareille utilisation au regard de l'esprit et de l'objet des règlements administratifs pris aux termes du paragraphe 52.5(1).</p> <p>[...]</p>

	<p>Senator may apply</p> <p>(2) Any senator may apply to the Committee for an opinion with respect to any use by that senator of any funds, goods, services or premises referred to in subsection (1).</p>			<p>Demandes de la part des sénateurs</p> <p>(2) Les sénateurs peuvent demander au comité d'émettre un avis au sujet de l'utilisation par eux de fonds, de biens, de services ou de locaux visés au paragraphe (1).</p> <p>[...]</p>	
General Opinions	<p>POCA</p> <p>General opinions</p> <p>19.8 In addition to issuing opinions under section 19.6, the Committee may issue general opinions regarding the proper use of funds, goods, services and premises within the intent and purpose of the regulations made under subsection 19.5(1).</p>	<p>POCA</p> <p>General opinions</p> <p>52.8 In addition to issuing opinions under section 52.6, the Board may issue general opinions regarding the proper use of funds, goods, services and premises within the intent and purpose of the by-laws made under subsection 52.5(1).</p>	Avis d'ordre général	<p>LPC</p> <p>Avis d'ordre général</p> <p>19.8 Le comité peut en outre émettre des avis d'ordre général touchant la régularité de l'utilisation de fonds, de biens, de services ou de locaux au regard de l'esprit et de l'objet des règlements pris aux termes du paragraphe 19.5(1).</p>	<p>LPC</p> <p>Avis d'ordre général</p> <p>52.8 Le bureau peut en outre émettre des avis d'ordre général touchant la régularité de l'utilisation de fonds, de biens, de services ou de locaux au regard de l'esprit et de l'objet des règlements administratifs pris aux termes du paragraphe 52.5(1).</p>

Opinions	<p>POCA</p> <p>Comments may be included</p> <p>19.9 (1) The Committee may include in its opinions any comments that the Committee considers relevant.</p> <p>Publication of opinions</p> <p>(2) Subject to subsection (3), the Committee may publish, in whole or in part, its opinions for the guidance of senators.</p> <p>Privacy and notification</p> <p>(3) Subject to subsection (4), the Committee shall take the necessary measures to assure the privacy of any senator who applies for an opinion and shall notify the senator of its opinion.</p> <p>Making opinions available</p> <p>(4) For the purposes of subsection 19.7(1), the Committee may, if it considers it appropriate to do so, make any of its opinions, including opinions issued under section 19.6, available to the peace officer.</p>	<p>POCA</p> <p>Comments may be included</p> <p>52.9 (1) The Board may include in its opinions any comments that the Board considers relevant.</p> <p>Publication of opinions</p> <p>(2) Subject to subsection (3), the Board may publish, in whole or in part, its opinions for the guidance of members of the House of Commons.</p> <p>Privacy and notification</p> <p>(3) Subject to subsection (4), the Board shall take the necessary measures to assure the privacy of any member of the House of Commons who applies for an opinion and shall notify the member of its opinion.</p> <p>Making opinions available</p> <p>(4) For the purposes of subsection 52.7(1), the Board may, if it considers it appropriate to do so, make any of its opinions, including opinions issued under section 52.6, available to the peace officer.</p>	Avis	<p>LPC</p> <p>Adjonction de commentaires</p> <p>19.9 (1) Le comité peut assortir ses avis des commentaires qu'il estime utiles.</p> <p>Publication des avis</p> <p>(2) Sous réserve du paragraphe (3), le comité peut, pour la gouverne des sénateurs, publier ses avis en tout ou en partie.</p> <p>Confidentialité et notification</p> <p>(3) Sous réserve du paragraphe (4), le comité est tenu de prendre les mesures nécessaires pour assurer la confidentialité de toute demande d'avis présentée par un sénateur et de lui notifier son avis.</p> <p>Communication des avis</p> <p>(4) Pour l'application du paragraphe 19.7(1), le comité peut, s'il l'estime indiqué, mettre n'importe lequel de ses avis, y compris ceux qu'il a émis aux termes de l'article 19.6, à la disposition de l'agent de la paix.</p>	<p>LPC</p> <p>Adjonction de commentaires</p> <p>52.9 (1) Le bureau peut assortir ses avis des commentaires qu'il estime utiles.</p> <p>Publication des avis</p> <p>(2) Sous réserve du paragraphe (3), le bureau peut, pour la gouverne des députés, publier ses avis en tout ou en partie.</p> <p>Confidentialité et notification</p> <p>(3) Sous réserve du paragraphe (4), le bureau est tenu de prendre les mesures nécessaires pour assurer la confidentialité de toute demande d'avis présentée par un député et de lui notifier son avis.</p> <p>Communication des avis</p> <p>(4) Pour l'application du paragraphe 52.7(1), le bureau peut, s'il l'estime indiqué, mettre n'importe lequel de ses avis, y compris ceux qu'il a émis aux termes de l'article 52.6, à la disposition de l'agent de la paix.</p>
----------	---	--	------	--	--

<p>Reporting</p>	<p><i>Rules of the Senate of Canada</i>, rule 12-22(2)</p> <p>Presentation or tabling</p> <p>12-22. (2) Except as otherwise provided, a committee report shall be presented or tabled in the Senate by the chair or by a Senator designated by the chair.</p>	<p><i>Standing Orders of the House of Commons</i>, Standing Order 148(1)</p> <p>148.</p> <p>Report of the proceedings of Board of Internal Economy.</p> <p>(1) The Speaker shall, within ten days after the opening of each session, lay upon the Table of the House a report of the proceedings for the preceding session of the Board of Internal Economy.</p>	<p>Reddition de comptes</p>	<p><i>Règlement du Sénat du Canada</i></p> <p>Présentation ou dépôt</p> <p>12-22. (2) Sauf disposition contraire, le président d'un comité, ou son délégué, présente ou dépose les rapports du comité au Sénat.</p>	<p><i>Règlement de la Chambre des communes</i></p> <p>148.</p> <p>Compte rendu des délibérations du Bureau de règle interne.</p> <p>(1) Dans les dix jours qui suivent l'ouverture de chaque session, le Président dépose sur le Bureau de la Chambre un compte rendu des délibérations du Bureau de régie interne pour la session précédente.</p>
------------------	--	--	-----------------------------	--	--

<p>In case of dissolution</p>	<p>POCA</p> <p>19.1 ...</p> <p>Intersessional authority</p> <p>(2) During a period of prorogation or dissolution of Parliament and until the members of a successor Committee are appointed by the Senate, the Committee continues to exist for the purposes of this Act and, subject to subsection (3), every member of the Committee, while still a senator, remains a member of the Committee as if there had been no prorogation or dissolution.</p>	<p>POCA</p> <p>In Case of dissolution</p> <p>53 On a dissolution of Parliament, every member of the Board and the Speaker and Deputy Speaker shall be deemed to remain in office as such, as if there had been no dissolution, until their replacement.</p>	<p>Dissolution</p>	<p>LPC</p> <p>19.1 [...]</p> <p>Autorité entre les sessions</p> <p>(2) En cas de prorogation ou de dissolution du Parlement, le comité continue d'exister pour les besoins de la présente loi tant que le Sénat n'a pas constitué le nouveau comité et, sous réserve du paragraphe (3), tous les membres du comité restent en fonctions, tant qu'ils sont sénateurs, comme s'il n'y avait pas eu de prorogation ou de dissolution.</p>	<p>LPC</p> <p>Dissolution du Parlement</p> <p>53 En cas de dissolution du Parlement, les membres du bureau, le président et le président suppléant sont réputés demeurer en fonctions comme si la dissolution n'avait pas eu lieu, jusqu'à leur remplacement.</p>
-------------------------------	---	---	--------------------	---	---

IMM-3855-15
 IMM-3838-15
 IMM-591-16
 IMM-3515-16
 IMM-1552-17
 2019 FC 335

IMM-3855-15
 IMM-3838-15
 IMM-591-16
 IMM-3515-16
 IMM-1552-17
 2019 CF 335

Ferenc Feher, Richard Sebok and the Canadian Association of Refugee Lawyers, Erika Horvath and Ferenc Tibor Saalai, and Aniko Horvathne Serban (*Applicants*)

Ferenc Feher, Richard Sebok et l'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés, Erika Horvath et Ferenc Tibor Saalai, et Aniko Horvathne Serban (*demandeurs*)

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: FEHER v. CANADA (PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS)

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

Federal Court, Boswell J.—Toronto, October 23-25, 2018; Ottawa, March 20, 2019.

Cour fédérale, juge Boswell—Toronto, 23 au 25 octobre 2018; Ottawa, 20 mars 2019.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Removal of Refugees — Judicial reviews of decisions by inland enforcement officers refusing applicants' requests for deferrals of removal — Applicants, citizens of Hungary of Roma descent, challenging validity of Immigration and Refugee Protection Act, s. 112(2)(b.1) — S. 112(2)(b.1) precluding refugee claimants from Designated Countries of Origin (DCO) from applying for pre-removal risk assessment (PRRA) before 36 months elapsing from last determination of risk before Refugee Protection Division (RPD) — Applicants' refugee claims refused by RPD — Applicants served with Direction to Report for removal — Applicants DCO nationals, having to wait 36 months before applying for PRRA — Applicants stating, inter alia, that s. 112(2)(b.1) denying class of persons right to timely PRRA by virtue of their nationality — Whether s. 112(2)(b.1) inconsistent with Canadian Charter or Rights and Freedoms, s. 15(1); if so, whether s. 112(2)(b.1) justifiable under Charter, s. 1 — S. 112(2)(b.1), insofar as pertaining to DCO nationals, inconsistent with Charter, s. 15(1) — Differential treatment of DCO nationals constituting distinction based on national origin — Distinction not based on country conditions — Serving to marginalize, prejudice, stereotype refugee claimants from DCO countries — S. 112(2)(b.1) depriving refugee claimants from DCO countries of substantive equality — Expressly imposing disadvantage based on national origin alone constituting discrimination — Denying nationals from DCOs access to PRRA for 24 months

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Renvoi de réfugiés — Contrôle judiciaire des décisions par lesquelles des agents d'exécution de la loi dans les bureaux intérieurs ont refusé les demandes de report du renvoi des demandeurs — Les demandeurs, des citoyens de la Hongrie et d'origine rome, ont contesté la validité de l'art. 112(2)b.1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — L'art. 112(2)b.1) empêche un demandeur d'asile, en provenance d'un pays d'origine désigné (POD), de demander un examen des risques avant renvoi (ERAR) avant que 36 mois se soient écoulés à compter du dernier examen du risque, devant la Section de la protection des réfugiés (SPR) — Les demandes d'asile des demandeurs ont été refusées par la SPR — On a ordonné aux demandeurs de se présenter pour leur renvoi du Canada — Les demandeurs, des ressortissants d'un POD, ont dû attendre pendant 36 mois avant de demander un ERAR — Les demandeurs ont soutenu notamment que l'art. 112(2)b.1) nie à une catégorie de personnes le droit d'obtenir un ERAR assez rapidement à cause de leur nationalité — Il s'agissait de savoir si l'art. 112(2)b.1) était incompatible avec l'art. 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés; si c'était le cas, si l'art. 112(2)b.1) pouvait se justifier aux termes de l'article premier de la Charte — L'art. 112(2)b.1), en ce qui a trait aux ressortissants de POD, est incompatible avec l'art. 15(1) de la Charte — Le traitement différentiel à l'égard des ressortissants provenant d'un POD constitue une distinction fondée sur le pays d'origine — La distinction n'est pas fondée sur les conditions en

longer than non-DCO nationals not proportional to government's objectives, not minimally impairing — This inequality not saved by Charter, s. 1 — Not necessary for Parliament to differentiate between DCO, non-DCO claimants when imposing restriction on when failed refugee claimant could access PRRA — S. 112(2)(b.1) declared inconsistent with Charter, s. 15(1) insofar as concerning DCO nationals — Words therein "or, in the case of a person who is a national of a country that is designated under subsection 109.1(1), less than 36 months" having no force or effect with respect to DCO nationals — Questions certified — Applications allowed.

Constitutional Law — Charter of Rights — Equality Rights — Enforcement officers refusing applicants' requests for deferrals of removal — Applicants, citizens of Hungary of Roma descent, challenging validity of Immigration and Refugee Protection Act, s. 112(2)(b.1) — S. 112(2)(b.1) precluding refugee claimants from Designated Countries of Origin (DCO) from applying for pre-removal risk assessment (PRRA) before 36 months elapsing from last determination of risk — Applicants' refugee claims refused — Applicants DCO nationals, having to wait 36 month before applying for PRRA — Applicants stating, inter alia, that s. 112(2)(b.1) denying class of persons right to timely PRRA by virtue of their nationality — S. 112(2)(b.1), insofar as pertaining to DCO nationals, inconsistent with Charter, s. 15(1) — Differential treatment of DCO nationals vis-à-vis non-DCO nationals constituting distinction based on national origin for purposes of Charter, s. 15(1) — Distinction not based on country conditions — First aspect of substantive equality test satisfied by wording of s. 112(2)(b.1) — Distinction drawn between non-DCO, DCO refugee claimants in s. 112(2)(b.1) discriminatory on its face — Serving to further marginalize, prejudice, stereotype refugee claimants from DCO countries — S. 112(2)(b.1) depriving refugee claimants from DCO countries of substantive equality — Expressly imposing disadvantage based on national origin alone constituting discrimination — Denying nationals from DCOs access to PRRA for 24 months longer than non-DCO nationals not proportional to government's objectives, not minimally invasive — 112(2)(b.1) declared inconsistent with Charter, s. 15(1) insofar as concerning DCO nationals, not saved by Charter, s. 1.

vigueur dans le pays — Elle a pour effet de marginaliser, de léser et de stéréotyper les demandeurs d'asile provenant d'un POD — L'art. 112(2)b.1) prive les demandeurs d'asile provenant d'un POD d'une égalité réelle — Imposer expressément un désavantage fondé sur le pays d'origine constitue de la discrimination — Nier aux ressortissants d'un POD le recours à une demande d'ERAR pendant 24 mois de plus qu'aux ressortissants qui ne proviennent pas d'un POD n'est pas proportionnel aux objectifs du gouvernement, et ne constitue pas une atteinte minimale — Cette inégalité n'était pas justifiée aux termes de l'article premier de la Charte — Il n'était pas nécessaire que le législateur établisse une différence entre les ressortissants d'un POD et ceux ne provenant pas d'un POD pour imposer une restriction quant au délai à respecter pour qu'un demandeur d'asile débouté puisse présenter une demande d'ERAR — L'art. 112(2)b.1) a été déclaré contraire à l'art. 15(1) de la Charte dans la mesure où il concernait les ressortissants d'un POD — Les termes « ou, dans le cas d'un ressortissant d'un pays qui fait l'objet de la désignation visée au paragraphe 109.1(1), moins de trente-six mois », contenus à l'art. 112(2)b.1), ont été déclarés inopérants à l'égard des ressortissants d'un POD — Des questions ont été certifiées — Demandes accueillies.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Des agents d'exécution de la loi ont refusé les demandes de report du renvoi des demandeurs — Les demandeurs, des citoyens de la Hongrie et d'origine rome, ont contesté la validité de l'art. 112(2)b.1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — L'art. 112(2)b.1) empêche un demandeur d'asile, en provenance d'un pays d'origine désigné (POD), de demander un examen des risques avant renvoi (ERAR) avant que 36 mois se soient écoulés à compter du dernier examen du risque — Les demandes d'asile des demandeurs ont été refusées — Les demandeurs, des ressortissants d'un POD, ont dû attendre 36 mois avant de demander un ERAR — Les demandeurs ont soutenu notamment que l'art. 112(2)b.1) nie à une catégorie de personnes le droit d'obtenir un ERAR assez rapidement à cause de leur nationalité — Dans la mesure où il concerne les ressortissants d'un POD, l'art. 112(2)b.1) est incompatible avec l'art. 15(1) de la Charte — Le traitement différentiel de ressortissants d'un POD par rapport à des ressortissants de pays d'origine non désignés constitue une distinction fondée sur le pays d'origine pour les besoins de l'application de l'art. 15(1) de la Charte — La distinction n'est pas fondée sur les conditions en vigueur dans le pays — Le premier aspect du critère d'égalité réelle a été satisfait par le libellé de l'art. 112(2)b.1) — La distinction établie entre les demandeurs d'asile provenant d'un POD et ceux ne provenant pas d'un POD à l'art. 112(2)b.1) était discriminatoire en apparence — Elle a pour effet de marginaliser, de léser et de stéréotyper davantage les demandeurs provenant d'un POD — L'art. 112(2)b.1) prive les demandeurs d'asile provenant des pays d'origine désignés d'une égalité réelle — Imposer

Constitutional Law — Charter of Rights — Limitation Clause — Enforcement officers refusing applicants' requests for deferrals of removal — Applicants, citizens of Hungary of Roma descent, challenging validity of Immigration and Refugee Protection Act, s. 112(2)(b.1) — S. 112(2)(b.1) precluding refugee claimants from Designated Countries of Origin (DCO) from applying for pre-removal risk assessment (PRRA) before 36 months elapsing from last determination of risk — Applicants' refugee claims refused — Applicants DCO nationals, having to wait 36 months before applying for PRRA — Applicants stating, inter alia, that s. 112(2)(b.1) denying class of persons right to timely PRRA by virtue of their nationality — S. 112(2)(b.1), insofar as pertaining to DCO nationals, inconsistent with Charter, s. 15(1) — Whether impact of s. 112(2)(b.1) on rights of DCO claimants vis-à-vis non-DCO claimants proportionate to pressing, substantial objectives of s. 112(2)(b.1) — Charter, s. 1 engaged herein — Objective of s. 112(2)(b.1) part of overall objectives of immigration reforms — However, s. 112(2)(b.1) not proportional to government's objectives, not minimally impairing — Risk of refoulement not mitigated by other avenues open to DCO claimants — Not proven herein that s. 112(2)(b.1) least drastic means by which government could satisfy its objectives, that s. 112(2)(b.1) having additional deterrent effect — Not necessary for Parliament to differentiate between DCO, non-DCO claimants when imposing restriction on when failed refugee claimant could access PRRA — Act, s. 112(2)(b.1) not saved by Charter, s. 1.

Practice — Mootness — Enforcement officers refusing applicants' requests for deferrals of removal — Applicants, citizens of Hungary of Roma descent, challenging validity of Immigration and Refugee Protection Act, s. 112(2)(b.1) — S. 112(2)(b.1) precluding refugee claimants from Designated

expressément un désavantage fondé sur le pays d'origine constitue de la discrimination — Nier aux ressortissants d'un POD le recours à une demande d'ERAR pendant 24 mois de plus qu'aux ressortissants qui ne proviennent pas d'un pays d'origine désigné n'est pas proportionnel aux objectifs du gouvernement, et ne constitue pas une atteinte minimale — L'art. 112(2)b.1) a été déclaré contraire à l'art. 15(1) de la Charte dans la mesure où il concernait les ressortissants d'un POD, et il n'était pas justifié aux termes de l'article premier de la Charte.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Clause limitative — Des agents d'exécution de la loi ont refusé les demandes de report du renvoi des demandeurs — Les demandeurs, des citoyens de la Hongrie et d'origine rome, ont contesté la validité de l'art. 112(2)b.1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — L'art. 112(2)b.1) empêche un demandeur d'asile, en provenance d'un pays d'origine désigné (POD), de demander un examen des risques avant renvoi (ERAR) avant que 36 mois se soient écoulés à compter du dernier examen du risque — Les demandes d'asile des demandeurs ont été refusées — Les demandeurs, des ressortissants d'un POD, ont dû attendre 36 mois avant de demander un ERAR — Les demandeurs ont soutenu notamment que l'art. 112(2)b.1) nie à une catégorie de personnes le droit d'obtenir un ERAR assez rapidement à cause de leur nationalité — Dans la mesure où il concerne les ressortissants de POD, l'art. 112(2)b.1) est incompatible avec l'art. 15(1) de la Charte — Il s'agissait de savoir si l'incidence de l'art. 112(2)b.1) sur les droits des demandeurs provenant d'un POD par rapport à ceux ne provenant pas d'un POD était proportionnée eu égard aux objectifs urgents et réels de cet article — L'article premier de la Charte s'appliquait — L'objectif de l'art. 112(2)b.1) fait partie des objectifs globaux visés par les modifications en matière d'immigration — Toutefois, l'art. 112(2)b.1) n'est pas proportionnel aux objectifs du gouvernement et ne constitue pas une atteinte minimale — Tout risque de refoulement n'est pas atténué compte tenu des recours dont les ressortissants d'un POD peuvent se prévaloir — On n'a pas démontré que l'art. 112(2)b.1) était le moyen le moins radical permettant au gouvernement d'atteindre ses objectifs, que l'art. 112(2)b.1) renferme un autre effet dissuasif — Il n'était pas nécessaire que le législateur établisse une différence entre les ressortissants d'un POD et ceux ne provenant pas d'un POD pour imposer une restriction quant au délai à respecter pour qu'un demandeur d'asile débouté puisse présenter une demande d'ERAR — L'art. 112(2)b.1) n'était pas justifié aux termes de l'article premier de la Charte.

Pratique — Caractère théorique — Des agents d'exécution de la loi ont refusé les demandes de report du renvoi des demandeurs — Les demandeurs, des citoyens de la Hongrie et d'origine rome, ont contesté la validité de l'art. 112(2)b.1) de la Loi sur l'immigration et la protection

Countries of Origin (DCO) from applying for pre-removal risk assessment (PRRA) before 36 months elapsing from last determination of risk — Applicant's refugee claims refused — Applicants served with Direction to Report for removal — Deferrals of removal refused — Applicants DCO nationals, having to wait 36 months before applying for PRRA — Applicant Feher subsequently becoming eligible for PRRA — However, case management Judge dismissing respondent's motion to dismiss applications based on mootness — 36-month PRRA waiting period eventually expiring for remaining applicants — Issue of mootness res judicata — Even though other individual applicants not becoming PRRA-eligible until after date of case management Judge's order, same considerations, analysis applying to them mutatis mutandis — Discretion exercised herein to decide case on its merits — Case raising important constitutional question otherwise evading judicial review, adversarial context still present.

These were consolidated applications for judicial review of decisions made by various inland enforcement officers refusing the applicants' requests for deferrals of removal.

The applications involved a constitutional challenge to a part of the Designated Countries of Origin (DCO) regime established under the *Immigration and Refugee Protection Act* (Act). The applicants, all citizens of Hungary and of Roma descent, alleged that paragraph 112(2)(b.1) of the Act infringed subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Paragraph 112(2)(b.1) precludes a refugee claimant from a DCO from applying for a pre-removal risk assessment (PRRA) before 36 months have elapsed from the last determination of their risk before the Refugee Protection Division (RPD) or the Refugee Appeal Division of the Immigration and Refugee Board. The applicants each made a refugee claim in 2011, alleging a well-founded fear of persecution based on their ethnicity and a fear of gender-based violence. The RPD refused their claims. The Canada Border Services Agency served each applicant with a Direction to Report for removal. The applicants requested deferrals of removal, which were all refused. But for the 36-month waiting period applied to DCO nationals by virtue of paragraph 112(2)(b.1), the applicants would have had access to a further risk assessment by way of a PRRA prior to removal. While the applicant Mr. Feher later became eligible for a PRRA, a case management Judge dismissed a motion by the respondent to dismiss Mr. Feher's applications based

des réfugiés — L'art. 112(2)b.1) empêche un demandeur d'asile, en provenance d'un pays d'origine désigné (POD), de demander un examen des risques avant renvoi (ERAR) avant que 36 mois se soient écoulés à compter du dernier examen du risque — Les demandes d'asile des demandeurs ont été refusées — On a ordonné aux demandeurs de se présenter pour leur renvoi du Canada — Les reports du renvoi ont été refusés — Les demandeurs, des ressortissants d'un POD, devaient attendre 36 mois avant de demander un ERAR — L'un des demandeurs, M. Feher, est par la suite devenu admissible à un ERAR — Toutefois, un juge chargé de la gestion de l'instance a rejeté une requête du défendeur visant à rejeter les demandes en se fondant sur le caractère théorique — La période d'attente de 36 mois de l'ERAR est finalement venue à échéance pour les autres demandeurs — La question relative au caractère théorique était une chose jugée — Même si tous les autres demandeurs ne sont pas devenus admissibles à l'ERAR avant la date de l'ordonnance rendue par le juge chargé de la gestion de l'instance, les mêmes considérations et analyse s'appliquaient à eux avec les adaptations nécessaires — La Cour a exercé son pouvoir discrétionnaire en l'espèce pour trancher cette affaire selon son bien-fondé — Cette affaire soulevait une question constitutionnelle importante qui aurait pu autrement avoir échappé au contrôle judiciaire, et il existait toujours un contexte contradictoire.

Il s'agissait de demandes réunies de contrôle judiciaire des décisions par lesquelles divers agents d'exécution de la loi dans les bureaux intérieurs ont refusé les demandes de report du renvoi des demandeurs.

Les demandes comportaient une contestation constitutionnelle relative à une partie du régime des pays d'origine désignés (POD) établi aux termes de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR). Les demandeurs, tous des citoyens de la Hongrie et d'origine rome, ont contesté l'alinéa 112(2)b.1) de la LIPR, au motif qu'il contrevient au paragraphe 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés. L'alinéa 112(2)b.1) empêche un demandeur d'asile, en provenance d'un POD, de demander un examen des risques avant renvoi (ERAR) avant que 36 mois se soient écoulés à compter du dernier examen du risque, devant la Section de la protection des réfugiés (SPR) ou la Section d'appel des réfugiés (SAR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié. Les demandeurs ont tous présenté une demande d'asile en 2011, alléguant une crainte justifiée d'être persécutés en raison de leur origine rome et une crainte de violence fondée sur le sexe. La SPR a rejeté chacune des demandes. L'Agence des services frontaliers du Canada a ordonné à chacun des demandeurs de se présenter pour son renvoi du Canada. Tous les demandeurs ont présenté des demandes de report du renvoi, qui ont toutes été refusées. Sans la période d'attente de 36 mois appliquée aux ressortissants d'un POD aux termes de l'alinéa 112(2)b.1), les demandeurs auraient eu droit à une autre évaluation du

on mootness, finding that there was a clear adversarial context between the parties with respect to the constitutionality of the DCO provisions of the Act. The 36-month PRRA waiting period eventually expired for all the applicants.

The applicants stated, *inter alia*, that paragraph 112(2)(b.1) denies a class of persons the right to a timely PRRA by virtue of their nationality. According to the applicants, the nationality-based discrimination was intimately connected with discrimination based on the ethnicity of the Roma applicants who were affected. The applicants contended that the purpose and effect of paragraph 112(2)(b.1) is to single out all DCO from the pool of unsuccessful claimants and deny them access to a PRRA for a further 24 months. They claimed this clearly denies DCO nationals a benefit under the law.

The main issue was whether paragraph 112(2)(b.1) of the Act, insofar as it pertains to nationals from a DCO, is inconsistent with subsection 15(1) of the Charter and if so, whether paragraph 112(2)(b.1) could be justified under section 1 of the Charter.

Held, the applications should be allowed.

The issue of mootness was *res judicata*. Even though the other individual applicants did not become PRRA-eligible until after the date of the case management Judge's order, the same considerations and analysis applied to them *mutatis mutandis*. Discretion was therefore exercised herein to decide the present case on its merits. This case raised an important constitutional question that might otherwise have evaded judicial review, and there was still an adversarial context.

Paragraph 112(2)(b.1) of the Act, insofar as it pertains to DCO nationals, is inconsistent with subsection 15(1) of the Charter. The question to be determined was whether the differential treatment as to when a DCO claimant and a non-DCO claimant can apply for a PRRA constitutes a distinction based on an enumerated or analogous ground of discrimination. It was previously determined in *Canadian Doctors for Refugee Care v. Canada (Attorney General)* (*Canadian Doctors*) and *Y.Z. v. Canada (Citizenship and Immigration)* (*Y.Z.*) that the differential treatment of DCO nationals vis-à-vis non-DCO nationals constitutes a distinction based on national origin for the

risque avant leur renvoi, au moyen d'un ERAR. Bien que l'un des demandeurs, M. Feher, est par la suite devenu admissible à un ERAR, un juge chargé de la gestion de l'instance a toutefois rejeté une requête du défendeur visant à rejeter les demandes de M. Feher en se fondant sur le caractère théorique, concluant qu'il existait un contexte contradictoire clair entre les parties en ce qui concerne la constitutionnalité des dispositions de la LIPR relatives aux POD. La période d'attente de 36 mois de l'ERAR est finalement venue à échéance pour tous les demandeurs.

Les demandeurs ont soutenu notamment que l'alinéa 112(2)b.1 nie à une catégorie de personnes le droit d'obtenir un ERAR assez rapidement à cause de leur nationalité. Selon les demandeurs, la discrimination fondée sur la nationalité était liée intimement à la discrimination fondée sur l'appartenance ethnique des demandeurs roms qui étaient touchés. Les demandeurs ont affirmé que l'alinéa 112(2)b.1 a pour objet et pour effet d'écarter les ressortissants d'un POD des autres demandeurs déboutés et de les priver de l'accès à l'ERAR pendant 24 mois de plus. Ils ont soutenu que cette mesure prive clairement les ressortissants d'un POD d'un avantage prévu par la loi.

Il s'agissait principalement de savoir si, dans la mesure où il concerne les ressortissants de pays d'origine désignés, l'alinéa 112(2)b.1 de la LIPR est incompatible avec le paragraphe 15(1) de la Charte et, si c'est le cas, si l'alinéa 112(2)b.1 pouvait se justifier aux termes de l'article premier de la Charte.

Jugement : les demandes doivent être accueillies.

La question relative au caractère théorique était une chose jugée. Même si tous les autres demandeurs n'étaient pas devenus admissibles à l'ERAR avant la date de l'ordonnance rendue par le juge chargé de la gestion de l'instance, les mêmes considérations et analyse s'appliquaient à eux avec les adaptations nécessaires. Par conséquent, la Cour a exercé son discrétionnaire pour trancher cette affaire selon son bien-fondé. Cette affaire soulevait une question constitutionnelle importante qui aurait pu autrement avoir échappé au contrôle judiciaire, et il existait toujours un contexte contradictoire.

L'alinéa 112(2)b.1 de la LIPR, en ce qui a trait aux ressortissants d'un POD, est incompatible avec le paragraphe 15(1) de la Charte. La question était celle de savoir si le traitement différentiel quant au moment où un demandeur provenant d'un POD et un demandeur ne provenant pas d'un POD peuvent soumettre une demande d'ERAR constitue une distinction fondée sur des motifs énumérés ou analogues de discrimination. La Cour a déterminé, dans les décisions *Médecins canadiens pour les soins aux réfugiés c. Canada (Procureur général)* (*Médecin canadiens*) et *Y.Z. c. Canada (Citoyenneté et Immigration)* (*Y.Z.*), que le traitement différentiel de ressortissants d'un POD

purposes of subsection 15(1) of the Charter. To argue that the distinction between DCO and non-DCO nations is not nationality but, rather, the country conditions that exist at any point in time, is not persuasive. The fact that a country could conceivably be removed from the list of designated countries in the future does not make a claimant's national origin mutable. The first aspect of the substantive equality test was satisfied by the very wording of paragraph 112(2)(b.1) itself, which creates two classes of refugee claimants based solely on national origin. The distinction drawn between non-DCO and DCO refugee claimants in paragraph 112(2)(b.1) is discriminatory on its face. This distinction serves to further marginalize, prejudice, and stereotype refugee claimants from DCO countries which are generally considered safe and "non-refugee producing". Paragraph 112(2)(b.1) deprives refugee claimants from DCO countries of substantive equality vis-à-vis those from non-DCO countries with respect to their access to a PRRA. Expressly imposing a disadvantage based on national origin alone constitutes discrimination.

Denying nationals from DCOs access to a PRRA for 24 months longer than non-DCO nationals is not proportional to the government's objectives. This is an inequality that is disproportionate and overbroad and could not be saved by section 1 of the Charter. The central question was whether the impact of paragraph 112(2)(b.1) on the rights of DCO claimants vis-à-vis non-DCO claimants is proportionate to the pressing and substantial objectives of this paragraph. Denying a PRRA for a DCO claimant until 36 months have passed since final determination of their refugee claim, is "prescribed by law" and, therefore, engages section 1 of the Charter. Canada did have a pressing and substantial objective in effecting the reforms in the *Balanced Refugee Reform Act* and the *Protecting Canada's Immigration System Act*. The objective of paragraph 112(2)(b.1) was part of the overall objectives of those reforms. However, even if it may have been reasonable to suppose that denying a PRRA to a DCO national for 24 months more than a non-DCO national might further these objectives and be rationally connected to them, it could not be said that paragraph 112(2)(b.1) was minimally impairing. Any risk of *refoulement* from the delayed access to a PRRA for DCO nationals is not mitigated by other avenues open to DCO claimants. It was not proven herein that denying a PRRA to a DCO national for 24 months more than a non-DCO national is the least drastic means by which the government could satisfy its objectives. Nor was evidence supplied to prove that paragraph 112(2)(b.1) has any additional deterrent effect. It was not necessary for Parliament to differentiate between DCO and non-DCO claimants when imposing a restriction on when a failed refugee claimant could access a PRRA.

par rapport à des ressortissants de pays d'origine non désignés constitue une distinction fondée sur le pays d'origine pour les besoins de l'application du paragraphe 15(1) de la Charte. L'argument selon lequel la distinction entre les ressortissants d'un POD et ceux qui ne proviennent pas d'un POD n'est pas la nationalité, mais plutôt les conditions qui sont en vigueur au pays à un moment donné, n'est pas convaincant. Le fait qu'un pays pourrait vraisemblablement être supprimé de la liste de pays d'origine désignés à l'avenir n'a pas pour effet de rendre le pays d'origine du demandeur malléable. Le premier aspect du critère d'égalité réelle a été satisfait par le libellé même de l'alinéa 112(2)(b.1), qui crée deux classes de demandeurs d'asile fondées uniquement sur le pays d'origine. La distinction établie entre les demandeurs d'asile provenant d'un POD et ceux ne provenant pas d'un POD à l'alinéa 112(2)(b.1) est discriminatoire en apparence. Cette distinction a pour effet de marginaliser, de léser et de stéréotyper davantage les demandeurs provenant d'un pays d'origine désigné, qui sont généralement considérés sûrs et « ne produisant pas de réfugiés ». L'alinéa 112(2)(b.1) prive les demandeurs d'asile provenant d'un POD d'une égalité réelle par rapport aux demandeurs d'asile ne provenant pas d'un POD en ce qui a trait à l'accès à l'ERAR. Imposer expressément un désavantage fondé sur le pays d'origine constitue de la discrimination.

Nier aux ressortissants d'un POD le recours à une demande d'ERAR pendant 24 mois de plus qu'aux ressortissants qui ne proviennent pas d'un POD n'est pas proportionnel aux objectifs du gouvernement. Il s'agit d'une inégalité démesurée et excessive qui ne pouvait être justifiée aux termes de l'article premier de la Charte. La question centrale consistait à rechercher si l'incidence de l'alinéa 112(2)(b.1) sur les droits des demandeurs provenant d'un POD par rapport à ceux ne provenant pas d'un POD est proportionnée eu égard aux objectifs urgents et réels de cet alinéa. Le refus d'une demande d'ERAR présentée par un demandeur provenant d'un POD lorsque moins de 36 mois se sont écoulés depuis le dernier rejet de sa demande d'asile est « prescrit par la loi » et, par conséquent, l'article premier de la Charte s'appliquait. Le Canada répondait à un objectif urgent et réel lorsqu'il a modifié la *Loi sur des mesures de réforme équitables concernant les réfugiés* et la *Loi visant à protéger le système d'immigration du Canada*. L'objectif de l'alinéa 112(2)(b.1) faisait partie des objectifs globaux visés par ces modifications. Toutefois, même s'il était raisonnable de supposer que le refus d'entendre une demande d'ERAR présentée par un ressortissant d'un POD pendant 24 mois de plus que pour une demande d'ERAR présentée par un ressortissant ne provenant pas d'un POD renforce ces objectifs et établit un lien logique avec ces derniers, on ne pouvait pas conclure que l'alinéa 112(2)(b.1) constituait une atteinte minimale. Tout risque de *refoulement* découlant de l'accès retardé à un ERAR pour les ressortissants d'un POD n'est pas atténué compte tenu des recours dont ils peuvent se prévaloir. On n'a pas réussi à démontrer que de refuser d'entendre une demande d'ERAR

Paragraph 112(2)(b.1) was declared to be inconsistent with subsection 15(1) of the Charter insofar as it concerns DCO nationals under subsection 109.1(1) of the Act; and the words “or, in the case of a person who is a national of a country that is designated under subsection 109.1(1), less than 36 months”, in paragraph 112(2)(b.1) were declared to have no force or effect with respect to such nationals. The respondent’s request that the effect of the declaration be suspended was refused. Rectifying the inequality at issue as soon as possible outweighed any administrative burdens to the government. Questions were certified as to whether paragraph 112(2)(b.1) is inconsistent with subsection 15(1) of the Charter insofar as it pertains to DCO nationals, and if so, whether paragraph 112(2)(b.1) is a reasonable limit prescribed by law that can be demonstrably justified under section 1 of the Charter.

d’un ressortissant d’un POD pendant 24 mois de plus que dans le cas d’un ressortissant ne provenant pas d’un POD était le moyen le moins radical permettant au gouvernement d’atteindre ses objectifs. On n’a pas présenté non plus d’élément de preuve servant à démontrer que l’alinéa 112(2)(b.1) renferme un autre effet dissuasif. Il n’était pas nécessaire que le législateur établisse une différence entre les ressortissants d’un POD et ceux ne provenant pas d’un POD pour imposer une restriction quant au délai à respecter pour qu’un demandeur d’asile débouté puisse présenter une demande d’ERAR.

L’alinéa 112(2)(b.1) de la LIPR a été déclaré contraire au paragraphe 15(1) de la Charte dans la mesure où il concerne les ressortissants d’un POD, aux termes du paragraphe 109.1(1) de la LIPR, et la proposition suivante : « ou, dans le cas d’un ressortissant d’un pays qui fait l’objet de la désignation visée au paragraphe 109.1(1), moins de trente-six mois », contenue à l’alinéa 112(2)(b.1), a été déclarée inopérante à l’égard desdits ressortissants. La demande du défendeur visant à ce que l’effet du jugement déclaratoire soit suspendu a été refusée. Remédier à cette inégalité dès que possible l’emportait sur tout fardeau administratif subi par le gouvernement. Les questions de savoir si l’alinéa 112(2)(b.1) est incompatible avec le paragraphe 15(1) de la Charte dans la mesure où il concerne les ressortissants d’un pays d’origine désigné et, si c’est le cas, si l’alinéa 112(2)(b.1) constitue une restriction raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification peut être démontrée aux termes de l’article premier de la Charte, ont été certifiées.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- An Act respecting Immigration*, S.C. 1910, c. 27, s. 38.
Balanced Refugee Reform Act, S.C. 2010, c. 8.
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, 7, 15, 24.
Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52.
Federal Courts Rules, SOR/98-106.
Immigration Act (The), S.C. 1906, c. 19, s. 30.
Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(2)(e), 74(d), 96, 97, 99(3.1), 100(4),(4.1), 107(2), 107.1, 109.1, 110(2)(d.1), 111.1(1)(a),(2), 112(1),(2),(2.1),(2.2), 161(1)(c),(1.1).
Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, ss. 159.8, 159.9(1)(a),(b), 160.1, 206, 231(1),(2).

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Acte de l’immigration*, S.C. 1906, ch. 19, art. 30.
Arrêté établissant des seuils quantitatifs pour la désignation des pays d’origine, (2012) *Gaz. C. I*, 3378.
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, 7, 15, 24.
Décret concernant le Programme fédéral de santé intérimaire (2012), TR/2012-26, (2012) *Gaz. C. II*, 1135.
Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 52.
Loi de l’immigration, S.C. 1910, ch. 27, art. 38.
Loi sur l’immigration de 1976, S.C. 1976-77, ch. 52.
Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 3(2)(e), 74d, 96, 97, 99(3.1), 100(4),(4.1), 107(2), 107.1, 109.1, 110(2)d.1), 111.1(1)a),(2), 112(1),(2),(2.1),(2.2), 161(1)c),(1.1).
Loi sur des mesures de réforme équitables concernant les réfugiés, L.C. 2010, ch. 8.

Order Establishing Quantitative Thresholds for the Designation of Countries of Origin, (2012) C. Gaz. I, 3378.

Order Respecting the Interim Federal Health Program, 2012, SI/2012-26, (2012) C. Gaz. II, 1135.

Protecting Canada's Immigration System Act, S.C. 2012, c. 17.

Refugee Protection Division Rules, SOR/2012-256, ss. 3(2), 7, 8, 54(1),(4).

Loi visant à protéger le système d'immigration du Canada, L.C. 2012, ch. 17.

Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 159.8, 159.9(1)a),b), 160.1, 206, 231(1),(2).

Règles de la Section de la protection des réfugiés, DORS/2012-256, art. 3(2), 7, 8, 54(1),(4).

Règles des Cours fédérales, DORS/98-106.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004, [2004] O.J. L 588/77.

Directive 2013/32/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on common procedures for granting and withdrawing international protection (recast), [2013] O.J. L 180/60, Art. 39.

Protocol No. 24 on Asylum for Nationals of Member States of the European Union.

United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 3.

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 3.

Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004, [2004] J.O. L 158/77.

Directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (refonte), [2013] J.O. L 180/60, art. 39.

Protocole (n° 24) sur le droit d'asile pour les ressortissants des États membres de l'Union européenne.

CASES CITED

APPLIED:

Feher v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness), 2016 FC 1259, 277 A.C.W.S. (3d) 812; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; *Canadian Doctors for Refugee Care v. Canada (Attorney General)*, 2014 FC 651, [2015] 2 F.C.R. 267; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Quebec (Attorney General) v. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 SCC 17, [2018] 1 S.C.R. 464; *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, (1986), 26 D.L.R. (4th) 200, [1986] S.C.J. No. 7 (QL); *Frank v. Canada (Attorney General)*, 2019 SCC 1, [2019] 1 S.C.R. 3, 428 D.L.R. (4th) 451; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, (1992), 93 D.L.R. (4th) 1; *Lunyamila v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2018 FCA 22, [2018] 3 F.C.R. 674, 419 D.L.R. (4th) 566.

DISTINGUISHED:

Y.Z. v. Canada (Citizenship and Immigration), 2015 FC 892, [2016] 1 F.C.R. 575.

CONSIDERED:

Atawnah v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness), 2016 FCA 144, [2017] 1 F.C.R. 153, affg 2015 FC 774, 483 F.T.R. 174, 256 A.C.W.S. (3d) 399; *R. v.*

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Feher c. Canada (Sécurité publique et Protection civile), 2016 CF 1259; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *Médecins canadiens pour les soins aux réfugiés c. Canada (Procureur général)*, 2014 CF 651, [2015] 2 R.C.F. 267; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Québec (Procureure générale) c. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 CSC 17, [2018] 1 R.C.S. 464; *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, [1986] A.C.S. n° 7 (QL); *Frank c. Canada (Procureur général)*, 2019 CSC 1, [2019] 1 R.C.S. 3; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Lunyamila c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2018 CAF 22, [2018] 3 R.C.F. 674.

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE:

Y.Z. c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2015 CF 892, [2016] 1 R.C.F. 575.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Atawnah c. Canada (Sécurité publique et Protection civile), 2016 CAF 144, [2017] 1 R.C.F. 153, confirmant 2015 CF 774; *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; *R. v. Abbey*, 2009

Mohan, [1994] 2 S.C.R. 9, (1994), 114 D.L.R. (4th) 419; *R. v. Abbey*, 2009 ONCA 624, 246 C.C.C. (3d) 301; *White Burgess Langille Inman v. Abbott and Haliburton Co.*, 2015 SCC 23, [2015] 2 S.C.R. 182; *R. v. Bingley*, 2017 SCC 12, [2017] 1 S.C.R. 170; *R. v. D.D.*, 2000 SCC 43, [2000] 2 S.C.R. 275; *Centrale des syndicats du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2018 SCC 18, [2018] 1 S.C.R. 522; *Quebec (Attorney General) v. A.*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61; *Pawar v. Canada*, 1999 CanLII 8760, 169 F.T.R. 152, 67 C.R.R. (2d) 284 (F.C.A.); *R. v. Finta* (1989), 69 O.R. (2d) 557, 44 C.R.R. 23, 61 D.L.R. (4th) 85 (Ont. H.C.J.); *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, (1995), 127 D.L.R. (4th) 1; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *Ewert v. Canada*, 2018 SCC 30, [2018] 2 S.C.R. 165.

REFERRED TO:

Canada (Attorney General) v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society, 2012 SCC 45, [2012] 2 S.C.R. 524; *Gravel v. Telus Communications Inc.*, 2011 FCA 14, 218 A.C.W.S. (3d) 478; *Mayne Pharma (Canada) Inc. v. Aventis Pharma Inc.*, 2005 FCA 50, 331 N.R. 337; *Armstrong v. Canada (Attorney General)*, 2005 FC 1013, 412 D.L.R. (4th) 336; *Association of Universities and Colleges of Canada v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 FCA 22, 428 N.R. 297; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, (1999), 170 D.L.R. (4th) 1; *Fraser v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 223, 44 C.C.P.B. (2d) 167, 299 A.C.W.S. (3d) 536; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, (1999), 173 D.L.R. (4th) 1.

AUTHORS CITED

Beaudoin, Julianna. *Challenging Essentialized Representations of Romani Identities in Canada* (PhD Thesis, University of Western Ontario, 2014).

Canada. Parliament. *House of Commons Debates*, 10th Parl., 2nd Sess., Vol. 3 (June 13, 1906).

Grant, Angus et Sean Rehaag. “Unappealing: An Assessment of the Limits on Appeal Rights in Canada’s New Refugee Determination System” (2016), 49 *U.B.C. Law Rev.* 203.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Vol. 2, loose-leaf. Toronto: Thomson/Carswell, 2007.

Levine-Rasky, Cynthia. “Designating Safety, Denying Persecution: Implications for Roma Refugee Claimants in Canada” (2018), 16 *Journal of Immigrant & Refugee Studies* 313.

ONCA 624, 246 C.C.C. (3d) 301; *White Burgess Langille Inman c. Abbott and Haliburton Co.*, 2015 CSC 23, [2015] 2 R.C.S. 182; *R. c. Bingley*, 2017 CSC 12, [2017] 1 R.C.S. 170; *R. c. D.D.*, 2000 CSC 43, [2000] 2 R.C.S. 275; *Centrale des syndicats du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2018 SCC 18, [2018] 1 S.C.R. 522; *Québec (Procureur général) c. A.*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61; *Pawar c. Canada*, 1999 CanLII 8760 (C.A.F.); *R. v. Finta* (1989), 69 O.R. (2d) 557, 44 C.R.R. 23, 61 D.L.R. (4th) 85 (H. Ct. J. Ont.); *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *Ewert c. Canada*, 2018 CSC 30, [2018] 2 R.C.S. 165.

DÉCISIONS CITÉES :

Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society, 2012 CSC 45, [2012] 2 R.C.S. 524; *Gravel c. Telus Communications Inc.*, 2011 CAF 14; *Mayne Pharma (Canada) Inc. c. Aventis Pharma Inc.*, 2005 CAF 50; *Armstrong c. Canada (Procureur général)*, 2005 CF 1013; *Association des universités et collèges du Canada c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CAF 22; *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Fraser c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 223; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203.

DOCTRINE CITÉE

Beaudoin, Julianna. *Challenging Essentialized Representations of Romani Identities in Canada* (thèse de doctorat, University of Western Ontario, 2014).

Canada. Parlement. *Débats de la Chambre des communes*, 10^e lég., 2^e sess., vol. 3 (13 juin 1906).

Grant, Angus et Sean Rehaag. « Unappealing : An Assessment of the Limits on Appeal Rights in Canada’s New Refugee Determination System » (2016), 49 *U.B.C. Law Rev.* 203.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5^e éd. vol. 2, édition à feuilles mobiles. Toronto : Thomson/Carswell, 2007.

Levine-Rasky, Cynthia. « Designating Safety, Denying Persecution : Implications for Roma Refugee Claimants in Canada » (2018), 16 *Journal of Immigrant & Refugee Studies* 313.

Levine-Rasky, Cynthia. “They didn’t treat me as a Gypsy: Romani Refugees in Toronto” (2016), 32 *Refugee* 54.

Levine-Rasky, Cynthia. *Writing the Roma: Histories, Policies, and Communities in Canada*. Halifax: Fernwood Publishing, 2016.

Levine-Rasky, Cynthia, Julianna Beaudoin & Paul St Clair. “The exclusion of Roma claimants in Canadian refugee policy” (2013), 48 *Patterns of Prejudice* 67.

Machlin, Audrey. “A safe country to emulate? Canada and the European refugee” in Hélène Lambert et al. eds, *The Global Reach of European Refugee Law*, New York: Cambridge University Press, 2013.

Speaking notes for The Honourable Jason Kenney, P.C., M.P. Minister of Citizenship, Immigration and Multiculturalism” at a news conference following the tabling of Bill C-31, *Protecting Canada’s Immigration System Act*, Ottawa, February 16, 2012.

Speaking notes for The Honourable Jason Kenney, P.C., M.P. Minister of Citizenship, Immigration and Multiculturalism, at a news conference to announce the initial list of Designated Countries of Origin, whose citizens will have their asylum claims expedited for processing because they do not normally produce refugees, Ottawa, December 14, 2012.

Rehaag, Sean, Julianna Beaudoin & Jennifer Danch. “No Refuge: Hungarian Romani Refugee Claimants in Canada” (2015), 52 *Osgoode Hall L.J.* 705.

APPLICATIONS for judicial review of decisions made by various inland enforcement officers refusing the applicants’ requests for deferrals of removal. Applications allowed.

APPEARANCES

Anthony Navaneelan, Benjamin Liston, Andrew Brouwer, Alyssa Manning, Chelsea Peterdy and Amedeo Clivio for applicants.

Martin Anderson, Modupe Oluyomi and Laoura Christodoulides for respondents.

SOLICITORS OF RECORD

Legal Aid Ontario Refugee Law Office, Toronto, for applicants.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

Levine-Rasky, Cynthia. « They didn’t treat me as a Gypsy : Romani Refugees in Toronto » (2016), 32 *Refugee* 54.

Levine-Rasky, Cynthia. *Writing the Roma : Histories, Policies, and Communities in Canada*. Halifax : Fernwood Publishing, 2016.

Levine-Rasky, Cynthia, Julianna Beaudoin et Paul St Clair. « The exclusion of Roma claimants in Canadian refugee policy » (2013), 48 *Patterns of Prejudice* 67.

Machlin, Audrey. « A safe country to emulate? Canada and the European refugee » dans Hélène Lambert et al. dir., *The Global Reach of European Refugee Law*, New York : Cambridge University Press, 2013.

Notes en vue d’une allocution de l’honorable Jason Kenney, C.P., député, ministre de la Citoyenneté, de l’Immigration et du Multiculturalisme, lors d’une conférence de presse pour annoncer la liste initiale des pays d’origine désignés dont les citoyens verront leur demande d’asile être traitée plus rapidement du fait que ces pays ne produisent habituellement pas de réfugiés, Ottawa, le 14 décembre 2012.

Notes en vue d’une allocution de l’honorable Jason Kenney, C.P., député, ministre de la Citoyenneté, de l’Immigration et du Multiculturalisme, lors d’une conférence de presse suivant le dépôt du projet de loi C-31, *Loi visant à protéger le système d’immigration du Canada*, Ottawa, le 16 février 2012.

Rehaag, Sean, Julianna Beaudoin et Jennifer Danch. « No Refuge : Hungarian Romani Refugee Claimants in Canada » (2015), 52 *Osgoode Hall L.J.* 705.

DEMANDES de contrôle judiciaire des décisions par lesquelles divers agents d’exécution de la loi dans les bureaux intérieurs ont refusé les demandes de report du renvoi des demandeurs. Demandes accueillies.

ONT COMPARU :

Anthony Navaneelan, Benjamin Liston, Andrew Brouwer, Alyssa Manning, Chelsea Peterdy et Amedeo Clivio pour les demandeurs.

Martin Anderson, Modupe Oluyomi et Laoura Christodoulides pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Aide juridique Ontario (Bureau du droit des réfugiés), Toronto, pour les demandeurs.

La sous-procureure générale du Canada pour le défendeur.

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

Boswell J.:

I. Introduction

[1] These applications for judicial review involve a constitutional challenge to a part of the Designated Countries of Origin (DCO) regime established under the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA). This Court has previously determined that one aspect of this regime withstands constitutional scrutiny. Other cases have found that the differential treatment of refugee claimants from a DCO is inconsistent with 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).

[2] In this case, the applicants challenge paragraph 112(2)(b.1) of the IRPA on the basis that it infringes subsection 15(1) of the Charter. This paragraph precludes a refugee claimant from a DCO from applying for a pre-removal risk assessment (PRRA) before 36 months have elapsed from the last determination of their risk before the Refugee Protection Division (RPD) or the Refugee Appeal Division (RAD) of the Immigration and Refugee Board (I.R.B.).

[3] In these reasons for judgment, I will first review the procedural history of these five judicial review applications which have been consolidated. From there, I will proceed to provide a general overview of the DCO regime. After that overview, I will identify the issues raised by these applications, and following that I will address the issue of whether the applications have become moot.

[4] The affidavit evidence will then be summarized once the various issues have been identified. The respondent's motion to strike certain affidavits or portions of them from the record will be considered after the evidence has been summarized.

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

LE JUGE BOSWELL :

I. Introduction

[1] Les présentes demandes de contrôle judiciaire comportent une contestation constitutionnelle relative à une partie du régime des pays d'origine désignés (POD) établi aux termes de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR). La Cour a déjà déterminé qu'un aspect de ce régime résiste à un examen constitutionnel. D'autres instances ont constaté que le traitement discriminatoire des demandeurs d'asile de POD ne correspond pas à la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (la Charte).

[2] En l'espèce, les appelants contestent l'alinéa 112(2)b.1) de la LIPR, au motif qu'il contrevient au paragraphe 15(1) de la Charte. Cet alinéa empêche un demandeur d'asile, en provenance d'un POD, de demander un examen des risques avant renvoi (ERAR) avant que 36 mois se soient écoulés à compter du dernier examen du risque, devant la Section de la protection des réfugiés (SPR) ou la Section d'appel des réfugiés (SAR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié.

[3] Dans les présents motifs, j'examinerai d'abord l'historique procédural de ces cinq demandes de contrôle judiciaire, lesquelles ont été réunies. De là, je vous donnerai une vue d'ensemble du régime des POD. Ensuite, je déterminerai les questions que soulèvent ces demandes, puis j'aborderai la question de savoir si les demandes sont devenues théoriques.

[4] La preuve par affidavit sera ensuite résumée lorsque les diverses questions auront été déterminées. La requête du défendeur en vue de radier du dossier certains affidavits, ou une partie de ceux-ci, sera prise en compte après que la preuve aura été résumée.

[5] The parties' submissions as to whether paragraph 112(2)(b.1) of the IRPA violates subsection 15(1) of the Charter will be considered after dealing with the respondent's motion. If it is determined that there is a constitutional infringement, it will then be necessary to consider what is an appropriate remedy. Lastly, I will consider whether any questions should be certified pursuant to paragraph 74(d) of the IRPA.

II. Procedural History

[6] The individual applicants in this consolidated matter are all citizens of Hungary and are of Roma descent. They each made a refugee claim in 2011, alleging a well-founded fear of persecution in Hungary based on their Roma ethnicity, and in the case of the applicant Aniko Horvathne Serban, a fear of gender-based violence. The RPD refused each of their claims.

[7] After the RPD refused their claims, the Canada Border Services Agency (CBSA) served each individual applicant with a Direction to Report for removal from Canada. A Direction to Report was served on Mr. Sebok and Mr. Feher more than one year (but less than 36 months) after the RPD refused their claims. Ms. Serban and Ms. Horvath were each served with a Direction to Report less than one year after the RPD refused their claims. Ms. Serban failed to appear for her scheduled removal but came to the attention of CBSA again approximately one and a half years later; she was detained and shortly thereafter served with another Direction to Report. All of the individual applicants requested a deferral of removal. None of their requests for a deferral were granted. They each filed applications for leave and for judicial review of the negative decisions made by various inland enforcement officers. But for the 36-month waiting period applied to DCO nationals by virtue of paragraph 112(2)(b.1), Mr. Sebok, Mr. Feher, and Ms. Serban would have had access to a further risk assessment by way of a PRRA prior to removal.

[8] Ferenc Feher made two requests for his removal to be deferred, resulting in two applications for leave and

[5] Les observations des parties sur la question de savoir si l'alinéa 112(2)b.1) de la LIPR contrevient au paragraphe 15(1) de la Charte seront examinées après avoir traité la requête du défendeur. Si l'on constate une atteinte constitutionnelle, il faudra alors déterminer la mesure de redressement qui s'impose. Enfin, j'examinerai s'il y a lieu de certifier des questions, en application de l'alinéa 74d) de la LIPR.

II. L'historique des procédures

[6] Dans cette affaire fusionnée, tous les demandeurs sont des citoyens de la Hongrie et d'origine rome. Ils ont tous présenté une demande d'asile en 2011, alléguant une crainte justifiée d'être persécutés en Hongrie en raison de leur origine rome et, dans le cas de la demanderesse Aniko Horvathne Serban, une crainte de violence fondée sur le sexe. La SPR a rejeté chacune des demandes.

[7] Après que la SPR eut refusé les demandes, l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) a ordonné à chacun des demandeurs de se présenter pour son renvoi du Canada. Messieurs Sebok et Feher ont reçu l'ordre de se présenter pour leur renvoi plus d'un an (mais moins de 36 mois) après le rejet de leurs demandes par la SPR. Mesdames Serban et Horvath ont toutes deux reçu l'ordre de se présenter pour leur renvoi moins d'un an après le rejet de leur demande par la SPR. M^{me} Serban ne s'est pas présentée pour son renvoi prévu, mais cela a été de nouveau porté à l'attention de l'ASFC environ un an et demi plus tard; elle a été détenue et, peu après, a reçu l'ordre pour la deuxième fois de se présenter aux fins de renvoi. Tous les demandeurs ont présenté une demande de report du renvoi. Leurs demandes de report ont toutes été refusées. Ils ont tous déposé une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire des décisions défavorables rendues par les agents d'exécution de la loi dans les bureaux intérieurs. Sans la période d'attente de 36 mois appliquée aux ressortissants d'un POD aux termes de l'alinéa 112(2)b.1), M. Sebok, M. Feher et M^{me} Serban auraient eu droit à une autre évaluation du risque avant leur renvoi, au moyen d'un ERAR.

[8] Ferenc Feher a présenté deux demandes de report de son renvoi, ce qui a donné lieu à des demandes

for judicial review (IMM-3855-15 and IMM-3838-15). In August 2015, this Court stayed Mr. Feher's deportation until the applications were decided. These two applications were consolidated in September 2015, with IMM-3855-15 designated as the lead file. Leave for judicial review was granted in December 2015. Mr. Feher became eligible for a PRRA on December 31, 2015.

[9] In January 2016, Mr. Feher brought a motion to amend his application for judicial review to include a request for a declaration that paragraph 112(2)(b.1), insofar as it expressly pertains to DCO nationals, be declared to be an unjustified infringement of subsection 15(1) of the Charter and of no force and effect pursuant to section 52 of the *Constitution Act, 1982*. This amendment was allowed in November 2016.

[10] Also, in January 2016, the respondent brought a motion in writing to dismiss Mr. Feher's applications based on mootness since he had become eligible for a PRRA. The case management Judge (CMJ or case management Judge) for this matter dismissed the motion in an order dated November 10, 2016 (see: *Feher v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2016 FC 1259, 277 A.C.W.S. (3d) 812 (*Feher No. 1*)). She determined that, although the applications were moot, it was appropriate under the second stage of the two-step test for mootness in *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, (1989), 57 D.L.R. (4th) 231 (*Borowski*), to exercise her discretion and consider the motion on its merits.

[11] The CMJ found, considering the decisions of this Court in *Y.Z. v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 892, [2016] 1 F.C.R. 575 (*Y.Z.*) and *Canadian Doctors for Refugee Care v. Canada (Attorney General)*, 2014 FC 651, [2015] 2 F.C.R. 267 (*Canadian Doctors*), there was a clear adversarial context between the parties with respect to the constitutionality of the DCO provisions of the IRPA. With respect to judicial economy, she determined in *Feher No. 1* [at paragraph 23] that:

d'autorisation et de contrôle judiciaire (IMM-3855-15 et IMM-3838-15). En août 2015, la Cour a suspendu la mesure d'expulsion jusqu'à ce que les décisions soient rendues concernant les demandes. Ces deux demandes ont été réunies en septembre 2015, le dossier IMM-3855-15 ayant été désigné comme le dossier principal. La demande d'autorisation de contrôle judiciaire a été accordée en décembre 2015. M. Feher est devenu admissible à un ERAR le 31 décembre 2015.

[9] En janvier 2016, M. Feher a présenté une requête en vue de faire modifier sa demande de contrôle judiciaire de façon à inclure une requête de déclaration selon laquelle l'alinéa 112(2)b.1), dans la mesure où il se rapporte explicitement aux ressortissants d'un POD, soit déclaré comme constituant une violation injustifiée du paragraphe 15(1) de la Charte, et inopérant aux termes de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cette modification a été accueillie en novembre 2016.

[10] De plus, en janvier 2016, le défendeur a déposé une requête par écrit visant à rejeter les demandes de M. Feher en se fondant sur le caractère théorique, puisqu'il est devenu admissible à un ERAR. La protonotaire chargée de la gestion de l'instance (la protonotaire) pour cette affaire a rejeté la requête dans une ordonnance rendue le 10 novembre 2016 (voir *Feher c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2016 CF 1259 (*Feher n° 1*)). Elle a déterminé que, même si les demandes étaient théoriques, il était approprié à la deuxième étape du critère à deux volets du caractère théorique, dans l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342 (*Borowski*), d'exercer son pouvoir discrétionnaire et d'examiner la requête sur le bien-fondé.

[11] La protonotaire a conclu que, compte tenu des décisions *Y.Z. c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 892, [2016] 1 R.C.F. 575 (*Y.Z.*) et *Médecins canadiens pour les soins aux réfugiés c. Canada (Procureur général)*, 2014 CF 651, [2015] 2 R.C.F. 267 (*Médecins canadiens*) de notre Cour, il existe un contexte contradictoire clair entre les parties en ce qui concerne la constitutionnalité des dispositions de la LIPR relatives aux POD. En ce qui concerne l'économie des ressources judiciaires, elle a déterminé dans la décision *Feher n° 1* ce qui suit [au paragraphe 23] :

... it would be perverse to dismiss the current application for judicial review. This would force the Applicant to pursue his remedy of declaratory relief in an action under subs 17(1) of the *Federal Courts Act* when such an action, if brought earlier, would have been struck on the basis that the relief could be sought in an application for judicial review. That would not only be an unnecessary use of judicial resources, but would also be punitive to the Applicant.

[12] As to whether the Court would be encroaching on the legislative sphere, the CMJ concluded that, but for the finding of mootness because Mr. Feher was PRRA-eligible, there was “no doubt this judicial review would have proceeded to adjudication. Review of decisions that may be unconstitutional is one of the roles of the Court. There is no encroachment on the legislative sphere by allowing this application to continue” (*Feher No. 1*, at paragraph 26). The CMJ dismissed the respondent’s mootness motion.

[13] Richard Sebok and the Canadian Association of Refugee Lawyers (CARL) filed an application for leave and for judicial review in February 2016 (IMM-591-16). This application also challenged the 36-month PRRA bar on the basis that it infringes subsection 15(1) of the Charter. This Court stayed Mr. Sebok’s deportation on February 10, 2016, until the application was determined. Leave was granted in May 2016. The 36-month PRRA waiting period for Mr. Sebok expired on December 19, 2017.

[14] Mr. Feher’s applications for judicial review were scheduled to be heard in March 2016, but they were adjourned and ordered to proceed as specially managed proceedings. As other applicants filed applications questioning the constitutionality of paragraph 112(2)(b.1) of the IRPA, namely, Richard Sebok, Erika Horvath (and her son), and Aniko Horvathne Serban, these were assigned to the CMJ who ordered that they be consolidated in an order dated June 4, 2018.

[...] il serait abusif de rejeter la demande de contrôle judiciaire en cours. Cela obligerait le demandeur à poursuivre son recours en jugement déclaratoire dans une action intentée en vertu du paragraphe 17(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* alors qu’une mesure de ce genre, si elle avait été introduite antérieurement, aurait été radiée au motif que la réparation pouvait être demandée dans le cadre d’une demande de contrôle judiciaire. Cela représenterait non seulement une utilisation inutile des ressources judiciaires, mais cela pénaliserait également le demandeur.

[12] Quant à la question de savoir si la Cour serait en train de s’ingérer dans la sphère législative, la protonotaire a statué que, pour conclure que la demande est sans objet parce que M. Feher était admissible à l’ERAR, il ne faisait « aucun doute que ce contrôle judiciaire aurait abouti à un arbitrage. L’examen des décisions qui peuvent être inconstitutionnelles est l’un des rôles qui incombent à la Cour. Le fait de permettre que cette demande se poursuive ne représente pas un empiétement sur le plan législatif » (*Feher n° 1*, au paragraphe 26). La protonotaire a rejeté la requête relative au caractère théorique du défendeur.

[13] Richard Sebok et l’Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés (ACAADR) ont déposé une demande d’autorisation et de contrôle judiciaire en février 2016 (IMM-591-16). Cette demande contestait également l’interdiction de 36 mois relative à l’ERAR, au motif qu’elle contrevient au paragraphe 15(1) de la Charte. Notre Cour a suspendu la mesure d’expulsion le 10 février 2016 jusqu’à ce que la décision soit rendue concernant les demandes. L’autorisation a été accordée en mai 2016. La période d’attente de 36 mois de l’ERAR pour M. Sebok est venue à échéance le 19 décembre 2017.

[14] Les demandes de contrôle judiciaire de M. Feher devaient être entendues en mars 2016, mais elles ont été ajournées et la protonotaire a ordonné que l’action se poursuive à titre d’instance à gestion spéciale. Comme d’autres demandeurs ont déposé des demandes contestant la constitutionnalité de l’alinéa 112(2)(b.1) de la LIPR, à savoir Richard Sebok, Erika Horvath (et son fils) et Aniko Horvathne Serban, elles ont été assignées à la protonotaire, qui a ordonné qu’elles soient réunies dans une ordonnance datée du 4 juin 2018.

[15] Erika Horvath and her son filed their application for leave and for judicial review in August 2016 (IMM-3515-16). They requested that their removal from Canada be deferred on the grounds that paragraph 112(2)(b.1) is unconstitutional, there was a pending application for permanent residence on humanitarian and compassionate (H&C) grounds, and deferral was not in the best interests of the child. After the deferral request was refused, this Court stayed the removal of Ms. Horvath and her son on August 30, 2016, until the application was decided. Leave was granted in December 2016. The 36-month PRRA waiting period for Ms. Horvath and her son would have expired on August 4, 2018, but they were granted permanent residence on H&C grounds in July 2017.

[16] Aniko Horvathne Serban filed her application for leave and for judicial review in April 2017 (IMM-1552-17). Ms. Serban requested that her removal from Canada be deferred on the ground that paragraph 112(2)(b.1) is unconstitutional. After her deferral request was refused, this Court stayed Ms. Serban's removal on April 6, 2016, until the application was determined. Leave was granted in June 2017. The PRRA bar for Ms. Serban expired on March 5, 2018.

[17] In November 2017, the respondent filed a motion for an order removing CARL as an applicant in the Sebok application. The CMJ denied the motion to strike CARL as an applicant in an order dated January 31, 2018. She found that CARL satisfied the three factors for public interest standing set out in *Canada (Attorney General) v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 SCC 45, [2012] 2 S.C.R. 524, at paragraph 37. In the order, the CMJ described CARL as follows:

CARL is an association of lawyers and academics with an interest in legal issues related to refugees, asylum-seekers, and the rights of immigrants. It is a legal advocate on behalf of these groups. It engages in public interest litigation on behalf of vulnerable refugees, asylum-seekers, permanent

[15] Erika Horvath et son fils ont déposé une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire en août 2016 (IMM-3515-16). Ils ont demandé à ce que leur renvoi du Canada soit reporté au motif que l'alinéa 112(2)b.1) est inconstitutionnel, qu'il y avait une demande en instance de résidence permanente fondée sur des motifs d'ordre humanitaire et que le report n'était pas dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Après le refus de la demande de report, notre Cour a suspendu la mesure de renvoi à l'égard de M^{me} Horvath et de son fils le 30 août 2016, jusqu'à ce qu'une décision soit rendue concernant la présente demande. L'autorisation a été accordée en décembre 2016. La période d'attente de 36 mois de l'ERAR pour M^{me} Horvath et son fils serait venue à échéance le 4 août 2018, mais on leur a octroyé la résidence permanente pour des motifs d'ordre humanitaire en juillet 2017.

[16] Aniko Horvathne Serban a déposé une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire en avril 2017 (IMM-1552-17). M^{me} Serban a demandé à ce que son renvoi du Canada soit reporté au motif que l'alinéa 112(2)b.1) est inconstitutionnel. Après le refus de la demande de report, notre Cour a suspendu la mesure de renvoi visant M^{me} Serban le 6 avril 2016, jusqu'à ce qu'une décision soit rendue concernant la présente demande. L'autorisation a été accordée en juin 2017. L'interdiction relative à l'ERAR visant M^{me} Serban est venue à échéance le 5 mars 2018.

[17] En novembre 2017, le défendeur a déposé une requête pour obtenir une ordonnance visant à supprimer l'ACAADR à titre de demanderesse dans la demande de M. Sebok. La protonotaire a rejeté la requête en radiation visant l'ACAADR à titre de demanderesse, dans une ordonnance datée du 31 janvier 2018. Elle a conclu que l'ACAADR répondait aux trois facteurs concernant la qualité pour agir dans l'intérêt public énoncés dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 CSC 45, [2012] 2 R.C.S. 524, au paragraphe 37. Dans l'ordonnance, la protonotaire a décrit l'ACAADR de la façon suivante :

[TRADUCTION] L'ACAADR est une association d'avocats et d'universitaires qui ont un intérêt à l'égard des questions juridiques en lien avec les réfugiés, les demandeurs d'asile et les droits des immigrants. Elle est une défenderesse juridique au nom de ces groupes. Elle prend part

residents and migrants. CARL has been accorded status as an intervener or a public interest litigant many times in the trial and appellate courts of Canada. In both *Canadian Doctors* and *YZ*, CARL was granted public interest standing as a party in this Court. CARL has also been granted intervenor status a number of times before the Supreme Court of Canada....

[18] The respondent also filed in November 2017 identical motions in each of the applications for an order striking the affidavits, or portions of them, filed by the applicants. The CMJ, in an order dated February 1, 2018, dismissed the motion to strike. This order provided that the respondent's motion to strike could be brought before the applications judge in due course, and that leave was granted for all the existing affidavits filed in the record to remain until such time as the applications judge otherwise determined.

III. Overview of the Designated Countries of Origin Regime

[19] When Parliament replaced the *Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52, with the IRPA, subsection 112(2) introduced a PRRA procedure. This subsection allowed (with certain exceptions) persons in Canada who were subject to an in-force removal order and who alleged a risk of torture, risk to life, or risk of cruel treatment or punishment if removed, to apply for a PRRA. This subsection contained no time limitations as to when a PRRA application could be made.

[20] The *Balanced Refugee Reform Act*, S.C. 2010, c. 8 (BRRRA), added a requirement in paragraph 112(2)(b) of the IRPA that a person who had made a refugee claim, or who had previously applied for a PRRA, which was rejected, abandoned or withdrawn, was ineligible to apply for a PRRA unless at least 12 months had passed since the rejection, abandonment or withdrawal.

à des litiges d'intérêt public au nom des réfugiés, des demandeurs d'asile, des résidents permanents et des migrants vulnérables. L'ACAADR s'est vu octroyer le statut d'intervenante ou de plaideuse agissant dans l'intérêt public à maintes reprises dans des cours de première instance et d'appel du Canada. Dans les jugements rendus dans *Médecins canadiens* et *Y.Z.*, l'ACAADR s'est vu accorder la qualité pour agir dans l'intérêt public dans notre Cour. L'ACAADR s'est également très souvent vu accorder le statut d'intervenante devant la Cour suprême du Canada [...]

[18] Le défendeur a également déposé des requêtes identiques en novembre 2017, dans chacune des demandes d'ordonnance de radiation de l'affidavit, ou une partie de ces demandes, déposées par les demandeurs. Dans une ordonnance datée du 1^{er} février 2018, la protonotaire a rejeté la requête en radiation. Cette ordonnance établissait également que la requête en radiation du défendeur pourrait être présentée au juge de première instance en temps opportun, et que l'autorisation était accordée pour tous les affidavits existants déposés au dossier, et y demeurer jusqu'au moment où le juge de première instance en décide autrement.

III. Aperçu du régime des pays d'origine désignés

[19] Lorsque le Parlement a remplacé la *Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52, par la LIPR, le paragraphe 112(2) a instauré une procédure d'ERAR. Ce paragraphe a permis à des personnes (avec quelques exceptions) se trouvant au Canada, qui étaient visées par une ordonnance de renvoi en vigueur et qui ont allégué être exposées à un risque de torture, à une menace à leur vie ou à des traitements ou peines cruels si elles étaient expulsées, de présenter une demande d'ERAR. Ce paragraphe ne prévoyait aucune limite de temps quant à la date à laquelle une demande d'ERAR pouvait être présentée.

[20] La *Loi sur des mesures de réforme équitables concernant les réfugiés*, L.C. 2010, ch. 8 (LMRER), a ajouté une exigence à l'alinéa 112(2)b) de la LIPR, selon laquelle une personne qui avait présenté une demande d'asile, ou qui avait antérieurement présenté une demande d'ERAR ayant été rejetée, abandonnée ou retirée, n'était pas admissible à présenter une demande d'ERAR

[21] As part of the reforms enacted by the *Protecting Canada's Immigration System Act*, S.C. 2012, c. 17 (PCISA), Parliament introduced the concept of a DCO. The PCISA replaced paragraph 112(2)(b.1) of the IRPA. This new paragraph became effective on December 15, 2012. It constitutes an exception to subsection 112(1), under which a person in Canada may apply for protection if they are subject to an enforceable removal order.

[22] Subsection 112(2) states in relevant part:

112 (1) ...

Exception

(2) Despite subsection (1), a person may not apply for protection if

...

(b.1) subject to subsection (2.1), less than 12 months, or, in the case of a person who is a national of a country that is designated under subsection 109.1(1), less than 36 months, have passed since their claim for refugee protection was last rejected — unless it was deemed to be rejected under subsection 109(3) or was rejected on the basis of section E or F of Article 1 of the Refugee Convention — or determined to be withdrawn or abandoned by the Refugee Protection Division or the Refugee Appeal Division;

(c) subject to subsection (2.1), less than 12 months, or, in the case of a person who is a national of a country that is designated under subsection 109.1(1), less than 36 months, have passed since their last application for protection was rejected or determined to be withdrawn or abandoned by the Refugee Protection Division or the Minister.

[23] Teny Dikranian, the Director of Citizenship Legislation and Program Policy in the Citizenship Branch of Immigration, Refugees and Citizenship Canada (IRCC), states in her affidavit that one of the main goals of the DCO regime was to shorten the process for making a refugee claim, to produce either a positive decision granting protection or a negative decision leading to removal. Other

à moins que 12 mois se soient écoulés depuis le rejet, le désistement ou le retrait.

[21] Dans le cadre des réformes adoptées par la *Loi visant à protéger le système d'immigration du Canada*, L.C. 2012, ch. 17 (LPSIC), le Parlement a instauré le concept des POD. La LPSIC a remplacé l'alinéa 112(2)b.1) de la LIPR. Ce nouvel alinéa est entré en vigueur le 15 décembre 2012. Il constitue une exception au paragraphe 112(1), aux termes duquel une personne se trouvant au Canada peut demander une protection si elle est visée par une mesure de renvoi exécutoire.

[22] Le paragraphe 112(2) énonce ce qui suit dans un passage pertinent :

112 (1) [...]

Exception

(2) Elle n'est pas admise à demander la protection dans les cas suivants :

[...]

b.1) sous réserve du paragraphe (2.1), moins de douze mois ou, dans le cas d'un ressortissant d'un pays qui fait l'objet de la désignation visée au paragraphe 109.1(1), moins de trente-six mois se sont écoulés depuis le dernier rejet de sa demande d'asile — sauf s'il s'agit d'un rejet prévu au paragraphe 109(3) ou d'un rejet pour un motif prévu à la section E ou F de l'article premier de la Convention — ou le dernier prononcé du désistement ou du retrait de la demande par la Section de la protection des réfugiés ou la Section d'appel des réfugiés;

c) sous réserve du paragraphe (2.1), moins de douze mois ou, dans le cas d'un ressortissant d'un pays qui fait l'objet de la désignation visée au paragraphe 109.1(1), moins de 36 mois se sont écoulés depuis le rejet de sa dernière demande de protection ou le prononcé du retrait ou du désistement de cette demande par la Section de la protection des réfugiés ou le ministre.

[23] Teny Dikranian, la directrice de la Direction de la législation sur la citoyenneté et de la politique de programme de la Direction générale de l'intégrité des programmes, Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada (IRCC), déclare dans son affidavit que l'un des buts principaux du régime des POD consistait à écourter le processus de présentation d'une demande d'asile, afin de

factors also motivated reforms to the refugee system: it was too slow, there were multiple layers of recourse, the number of claims was increasing, and the backlog of unheard claims was growing.

[24] Before the BRRA was passed, it would take about 19 months after a person made a claim for protection for a decision by the RPD and it would take about four and a half years from the initial claim until removal of a failed refugee claimant. According to Ms. Dikranian, Parliament created a separate procedure for refugee claims made by nationals of a DCO to speed up the processing of all refugee claims. DCO nationals still have access to a PRRA but they must wait longer before they are eligible. Their claims are treated differently under the IRPA and the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (Regulations).

[25] Section 109.1 of the IRPA governs how a country is designated. Countries can be triggered for potential designation through either quantitative or qualitative triggers. When this matter was heard, 42 countries had been designated as a DCO. Hungary has been a DCO since the inception of the regime in December 2012. There is no express authority set out in the IRPA for removing a country's designation, but in November 2014 the Minister approved a process for doing so. This process involves monitoring all DCOs for significant deterioration in country conditions and assessment against various factors. At the time of the hearing of this matter, no DCO has been removed from the list of DCOs.

[26] The legislative provisions which establish the DCO regime contemplate several unique consequences for claimants from DCOs. I will review these consequences in more detail below; but for the moment, the most significant consequences are summarized in the following chart:

produire, d'une part, une décision favorable accordant une protection ou, d'autre part, une décision défavorable menant à un renvoi. D'autres facteurs ont également motivé des réformes du système de protection des réfugiés : il était trop lent, il comptait plusieurs niveaux de recours, le nombre de demandes augmentait et l'arriéré des demandes non entendues grandissait.

[24] Avant que la LMRER ne soit adoptée, il fallait compter environ 19 mois après qu'une personne eut présenté une demande de protection à la suite d'une décision de la SPR, et environ quatre ans et demi depuis la demande initiale jusqu'au renvoi d'un demandeur d'asile débouté. Selon M^{me} Dikranian, le Parlement a créé une procédure distincte pour les demandes d'asile présentées par les ressortissants de POD afin d'accélérer le processus de toutes les demandes d'asile. Les ressortissants de POD ont toujours accès à un ERAR, mais ils doivent attendre plus longtemps avant d'être admissibles. Leurs demandes sont traitées différemment aux termes de la LIPR et du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le Règlement).

[25] Le paragraphe 109.1 de la LIPR régit la façon dont un pays est désigné. Les pays peuvent faire l'objet d'une désignation potentielle par le biais de facteurs déclenchants quantitatifs ou qualitatifs. Lorsque la présente affaire a été entendue, 42 pays avaient été désignés comme POD. La Hongrie a été un POD depuis l'entrée en vigueur du régime en décembre 2012. La LIPR n'accorde aucune autorisation expresse pour retirer la désignation d'un pays, mais en novembre 2014, le ministre a approuvé un processus pour ce faire. Ce processus comprend la surveillance de tous les POD, en ce qui a trait à une détérioration importante des conditions du pays et à une évaluation en fonction de divers facteurs. Au moment de l'audition de la présente affaire, aucun POD n'a été retiré de la liste de ces pays.

[26] Les dispositions législatives, lesquelles établissent le régime des POD, prévoient plusieurs circonstances uniques pour les demandeurs de pays d'origine désignés. J'examinerai plus en détail ces conséquences ci-après; mais pour le moment, les principales conséquences sont résumées dans le tableau suivant :

	<u>DCO</u> <u>Claimants</u>	<u>Non-DCO</u> <u>Claimants</u>	<u>IRPA and</u> <u>Regulations</u>		<u>Demandeurs</u> <u>provenant de</u> <u>pays d'ori-</u> <u>gine désignés</u>	<u>Demandeurs</u> <u>ne provenant</u> <u>pas de pays</u> <u>d'origine</u> <u>désignés</u>	<u>LIPR et</u> <u>règlement</u>
Eligible for work permit under R206?	180 days after claim referred to RPD	Immediately after claim referred to RPD	A30(1.1); A32(d); R206(1); R206(2)	Sont-ils admissibles à un permis de travail, en application de l'article 206 du Règlement?	180 jours après que la demande a été renvoyée à la SPR	Immédiatement après que la demande a été renvoyée à la SPR	Paragraphe 30(1.1) de la Loi; alinéa 32d) de la Loi; paragraphe 206(1) du Règlement; paragraphe 206(2) du Règlement
Time to RPD hearing?	Within 45 days (port of entry); Within 30 days (inland)	Within 60 days	A100(4.1); A111.1(1)(b); A111.1(2); R159.9(1)	Heure de l'audience de la SPR?	Dans les 45 jours (point d'entrée); dans les 30 jours (bureaux intérieurs)	Dans les 60 jours	Paragraphe 100(4.1) de la Loi; alinéa 111.1(1)b) de la Loi; paragraphe 111.1(2) de la Loi; paragraphe 159.9(1) du Règlement
Automatic stay of removal until judicial review decided and any appeals exhausted?	No	Yes, if applying for judicial review of RAD decision, or subsequent appeals to higher courts up to the Supreme Court of Canada	R231(1); R231(2)	Sursis automatique de la mesure de renvoi jusqu'à ce que la demande de contrôle judiciaire soit tranchée et que toutes les voies d'appel ont été épuisées?	Non	Oui, dans le cas d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la SAR, ou d'appels subséquents à des tribunaux de niveau supérieur allant jusqu'à la Cour suprême du Canada	Paragraphe 231(1) du Règlement; paragraphe 231(2) du Règlement
Pre-Removal Risk Application bar?	36 months	12 months	A112(2)(b.1); A112(2)(c)	Interdiction relative à la demande d'ERAR?	36 mois	12 mois	Alinéa 112(2) b.1) de la Loi; alinéa 112(2)c) de la Loi

[27] The differential procedures faced by DCO claimants vis-à-vis non-DCO claimants are as follows:

1. Subsection 206(1) of the Regulations normally allows foreign nationals whose claims are referred to the RPD to obtain a work permit if they cannot support themselves without working and are subject to an unenforceable removal order. However, subsection 206(2) of the Regulations provides that a foreign national from a DCO cannot be issued a work permit unless 180 days have passed since their claim was first referred to the RPD.
2. Subsection 111.1(2) of the IRPA authorizes the creation of regulations that “provide for time limits [for claimants from DCOs] that are different from the time limits for other claimants” when scheduling a hearing pursuant to subsection 100(4.1) of the IRPA. This has been done by paragraph 159.9(1)(a) of the Regulations, which provides that an RPD hearing for a DCO claimant must be scheduled within 45 days if he or she requests protection at a port of entry, or within 30 days if he or she asks for protection inland. For claimants from non-DCOs, hearings are expected to be scheduled within 60 days no matter where they make their refugee claim (Regulations, paragraph 159.9(1)(b)). Subject to the availability of counsel, a hearing will be scheduled on “the date closest to the last day of the applicable time limit set out in the Regulations, unless the claimant agrees to an earlier date” (*Refugee Protection Division Rules*, SOR/2012-256 [repealed by SOR/2012-256, s. 73], subsection 3(2) (RPD Rules)). All claimants can apply to change the date of the hearing in exceptional circumstances (RPD Rules, subsections 54(1), 54(4)). However, since 2017 the RPD no longer strictly enforces the shortened timelines set out in the legislation for adjudicating claims by DCO, employing a “first in, first out” system for adjudicating all refugee claims.

[27] Les procédures différentielles auxquelles les demandeurs provenant de pays d’origine désignés sont confrontés par rapport à celles des demandeurs ne provenant pas de pays d’origine désignés sont les suivantes :

1. Le paragraphe 206(1) du Règlement permet généralement aux étrangers dont les demandes sont renvoyées à la SPR d’obtenir un permis de travail s’ils ne peuvent subvenir à leurs besoins sans travailler et sont visés par une mesure de renvoi exécutoire. Toutefois, le paragraphe 206(2) du Règlement prévoit qu’un ressortissant étranger d’un pays d’origine désigné ne peut pas obtenir de permis de travail, sauf si 180 jours se sont écoulés depuis que sa demande a été initialement renvoyée à la SPR.
2. Le paragraphe 111.1(2) de la LIPR autorise la création de règlements qui « peuvent prévoir [...] des délais [pour des demandeurs de POD] différents de ceux qui sont applicables à l’égard des autres demandeurs d’asile » au moment de prévoir une audition aux termes du paragraphe 100(4.1) de la LIPR. Cela a été effectué par l’alinéa 159.9(1)a) du Règlement, qui énonce qu’une audition de la SPR pour un demandeur d’un POD doit être fixée dans un délai de 45 jours s’il demande la protection à un point d’entrée, ou dans un délai de 30 jours s’il demande la protection dans un bureau intérieur. Dans le cas des demandeurs ne provenant pas de pays d’origine désignés, les auditions doivent être fixées dans un délai de 60 jours, peu importe l’endroit où ils présentent leur demande d’asile (Règlement, alinéa 159.9(1)b)). Sous réserve de la disponibilité d’un avocat, une audition sera fixée à « la date la plus proche du dernier jour du délai applicable prévu par le Règlement, à moins que le demandeur consente à une date plus rapprochée » (*Règles de la Section de la protection des réfugiés*, DORS/2012-256 [abrogé par DORS/2012-256, art. 73], paragraphe 3(2)). Tous les demandeurs peuvent présenter une demande de changement de la date de l’audition dans des circonstances exceptionnelles (*Règles de la Section de la protection des réfugiés*, paragraphes 54(1) et 54(4)). Cependant, depuis 2017, la SPR n’applique plus strictement le court

- délai fixé par la loi pour trancher les demandes par POD, employant un système du « premier arrivé, premier sorti » pour rendre une décision sur toutes les demandes d’asile.
3. Subsection 161(1.1) of the IRPA permits the Chairperson of the I.R.B. to differentiate between DCO and non-DCO claimants when making rules about “the information that may be required and the manner in which, and the time within which, it must be provided with respect to a proceeding before the Board”(IRPA, paragraph 161(1)(c), subsection 161(1.1)). To date, it appears that no rules which make such distinctions have been enacted. Every claimant must submit their basis of claim form and other relevant documents as soon as their claim is referred to the RPD if their claim is made inland, or within 15 days if their claim is made at a port of entry (IRPA, subsections 99(3.1), 100(4), paragraph 111.1(1)(a); Regulations, section 159.8; RPD Rules, section 7). All claimants can also seek extensions of time (Regulations, subsection 159.8(3); RPD Rules, section 8).
 4. Subsection 231(1) of the Regulations grants an automatic stay of removal to refugee claimants who seek judicial review of a RAD decision, but subsection 231(2) prevents DCO claimants from benefiting from such an automatic stay. DCO claimants will not get an automatic stay of removal if they subsequently apply for judicial review. Consequently, unless they can obtain a judicial stay of removal from this Court, DCO claimants may be removed from Canada before their applications for leave and for judicial review are even considered by this Court.
 3. Le paragraphe 161(1.1) de la LIPR permet au président de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié du Canada (C.I.S.R.) d’établir une distinction entre les demandeurs provenant de pays d’origine désignés et ceux ne provenant pas de pays d’origine désignés lorsqu’il établit des règles sur « la teneur, la forme, le délai de présentation et les modalités d’examen des renseignements à fournir dans le cadre d’une affaire dont la Commission est saisie » (LIPR, alinéa 161(1)c), paragraphe 161(1.1)). Jusqu’à présent, il semble qu’aucune règle établissant une telle distinction n’ait été adoptée. Chaque demandeur doit présenter son formulaire « Fondement de la demande d’asile » et les autres documents pertinents dès que sa demande est renvoyée à la SPR, si la demande est présentée dans un bureau intérieur, ou dans un délai de 15 jours si sa demande est présentée à un point d’entrée (LIPR, paragraphes 99(3.1) et 100(4), alinéa 111.1(1)a); Règlement, article 159.8; *Règles de la Section de la protection des réfugiés*, article 7). Tous les demandeurs peuvent également demander une prolongation (Règlement, paragraphe 159.8(3); *Règles de la Section de la protection des réfugiés*, article 8).
 4. Le paragraphe 231(1) du Règlement octroie un sursis automatique de la mesure de renvoi aux demandeurs d’asile qui présentent une demande de contrôle judiciaire d’une décision de la SAR, mais le paragraphe 231(2) empêche les demandeurs de POD de profiter de ce sursis automatique. Les demandeurs de POD n’obtiendront pas de sursis automatique de la mesure de renvoi s’ils présentent subséquemment une demande de contrôle judiciaire. Par conséquent, à moins qu’ils puissent obtenir un sursis judiciaire de la mesure de renvoi de notre Cour, les demandeurs de POD peuvent être expulsés du Canada avant même que leurs demandes d’autorisation et de contrôle judiciaire soient examinées par notre Cour.

5. Unless certain exemptions are granted, paragraphs 112(2)(b.1) and (c) of the IRPA bar all refugee claimants from seeking a pre-removal risk assessment until 12 months have passed since their claim for protection was last rejected. DCO claimants, however, must wait 36 months in the same circumstances.

[28] Designation as a DCO also affected the level of government-funded health care that DCO claimants received until the *Order Respecting the Interim Federal Health Program, 2012*, SI/2012-26, (2012) C. Gaz. II, 1135, was invalidated in *Canadian Doctors*. A DCO claimant was precluded from bringing an appeal to the RAD until paragraph 110(2)(d.1) of the IRPA was declared to be inconsistent with subsection 15(1) of the Charter and had no force and effect in *Y.Z.*

[29] In *Atawnah v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2016 FCA 144, [2017] 1 F.C.R. 153 (*Atawnah*), the Federal Court of Appeal determined that the prohibition contained in paragraph 112(2)(b.1) against bringing a PRRA application until 36 months have passed after a claim was abandoned did not violate section 7 of the Charter.

[30] It is important to note though, that this Court and the [Federal] Court of Appeal in *Atawnah* did not examine the time differential between the 12-month and the 36-month PRRA bars. This Court stated in *Atawnah v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2015 FC 774, 256 A.C.W.S. (3d) 399 [at paragraphs 61–62]:

The applicants also say that the 36-month PRRA bar in paragraph 112(2)(b.1) of *IRPA* is arbitrary. According to the applicants, the rationale behind a 12 – or 36-month PRRA bar is that country conditions that have already been assessed are unlikely to change during those timeframes. If no risk assessment has ever been carried out, however, then the conditions in an individual’s country of origin are likely to be the same on the day after their refugee claim was declared to be abandoned as they will be 12 or 36 months hence.

5. À moins que certaines exemptions soient octroyées, les alinéas 112(2)b.1) et 112(2)c) de la LIPR interdisent à tous les demandeurs d’asile de demander un ERAR avant que 12 mois se soient écoulés depuis que leur demande de protection a été rejetée pour la dernière fois. Les demandeurs de POD doivent attendre 36 mois dans les mêmes circonstances.

[28] La désignation d’un POD a également influencé le niveau de soins de santé financés par le gouvernement que les demandeurs ont reçus dans un POD jusqu’à ce que le *Décret concernant le Programme fédéral de santé intérimaire (2012)*, TR/2012-26, (2012) Gaz. C. II, 1135, ait été invalidé dans l’arrêt *Médecins canadiens*. On a empêché un demandeur d’un POD d’interjeter appel devant la SAR, jusqu’à ce que l’alinéa 110(2)d.1) de la LIPR soit déclaré incompatible avec la Charte et inopérant dans la décision *Y.Z.*

[29] Dans l’arrêt *Atawnah c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2016 CAF 144, [2017] 1 R.C.F. 153 (*Atawnah*), la Cour d’appel fédérale a déterminé que l’interdiction prévue à l’alinéa 112(2)b.1) de présenter une demande d’ERAR avant que 36 mois se soient écoulés à la suite du désistement d’une demande ne contrevenait pas à l’article 7 de la Charte.

[30] Dans la décision *Atawnah*, il est toutefois important de souligner que notre Cour et la Cour d’appel [fédérale] n’ont pas examiné l’écart de temps entre les interdictions de 12 et de 36 mois relatives à l’ERAR. Dans la décision *Atawnah c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2015 CF 774, notre Cour a déclaré ce qui suit [aux paragraphes 61 et 61] :

Les demanderesses affirment que l’interdiction d’une durée de 36 mois imposée à l’alinéa 112(2)b.1) de la LIPR est arbitraire. D’après elles, les délais de 12 mois et de 36 mois supposent que les conditions qui ont cours dans le pays et qui ont déjà été examinées ont peu de chance d’évoluer à l’intérieur de telles périodes. Cependant, si aucune évaluation des risques n’a été faite, les conditions qui ont cours dans le pays d’origine de l’intéressé seront probablement les mêmes le lendemain du désistement présumé de sa demande d’asile et dans 12 ou 36 mois.

From this it is apparent that what the applicants take issue with is not the *length* of the PRRA bar, but the fact that there is a bar at all. There is clearly a rational connection between the imposition of a PRRA bar on individuals who have abandoned their refugee claims and the limits that paragraph 112(2)(b.1) of *IRPA* imposes on the section 7 rights of the applicants. [Italic in original; emphasis added.]

[31] In this case, the time differential in eligibility for a PRRA is being raised directly.

IV. Issues

[32] Before identifying the issues to be addressed, it deserves note that this case is, conceptually, distinguishable from *Y.Z.* In that case, the DCO claimants were being entirely denied a right to appeal to the RAD, while non-DCO claimants had that right. In this case, the DCO claimants do have a right to apply for a PRRA but their right to do so is delayed and denied for two years longer than non-DCO claimants. The fundamental question in this case, therefore, is whether this distinction and denial runs afoul of subsection 15(1) of the Charter.

[33] The issues to be addressed are as follows:

1. Are the applications for judicial review moot?
2. Should the impugned affidavits be struck out in whole or in part?
3. What is the standard of review?
4. Is paragraph 112(2)(b.1) of the *IRPA*, insofar as it pertains to nationals from a DCO, inconsistent with subsection 15(1) of the Charter?

Il ressort de ce qui précède que ce que contestent les demanderessees n'est pas la *durée* de l'interdiction relative à l'ERAR, mais l'existence même de l'interdiction. Il existe manifestement un lien rationnel entre l'interdiction faite aux personnes qui se sont désistées de leurs demandes d'asile de présenter une demande d'ERAR et les limites que l'alinéa 112(2)*b.1*) de la LIPR impose aux droits que l'article 7 confère aux demanderessees. [Italique dans l'original; non souligné dans l'original.]

[31] En l'espèce, l'écart de temps relatif à l'admissibilité à un ERAR est directement haussé.

IV. Questions en litige

[32] Avant de désigner les questions à traiter, il est important de souligner que, sur le plan conceptuel, la présente affaire se distingue de l'arrêt *Y.Z.* En l'espèce, les demandeurs provenant de pays d'origine désignés se sont fait refuser un droit d'interjeter appel devant la SAR, alors que les demandeurs ne provenant pas de pays d'origine désignés détenaient ce droit. En l'espèce, les demandeurs provenant de pays d'origine désignés détiennent bel et bien le droit de présenter une demande d'ERAR, mais, pour ce faire, leur droit est reporté et refusé pendant deux années de plus que dans le cas des demandeurs ne provenant pas de pays d'origine désignés. La question fondamentale en l'espèce est donc de déterminer si cette distinction et ce refus vont à l'encontre du paragraphe 15(1) de la Charte.

[33] Les questions à trancher sont les suivantes :

1. Les demandes de contrôle judiciaire sont-elles théoriques?
2. Les affidavits contestés devraient-ils être radiés en totalité ou en partie?
3. Quelle est la norme de contrôle applicable?
4. Dans la mesure où l'alinéa concerne les ressortissants de pays d'origine désignés, l'alinéa 112(2)*b.1*) de la LIPR est-il incompatible avec le paragraphe 15(1) de la Charte?

- | | |
|---|---|
| 5. If so, is paragraph 112(2)(b.1) of the IRPA justifiable under section 1 of the Charter? | 5. Si c'est le cas, l'alinéa 112(2)b.1) de la LIPR peut-il se justifier aux termes de l'article premier de la Charte? |
| 6. If paragraph 112(2)(b.1) of the IRPA is unconstitutional, what is an appropriate remedy? | 6. Si l'alinéa 112(2)b.1) de la LIPR est inconstitutionnel, quel serait un recours approprié? |
| 7. What questions, if any, should be certified? | 7. Quelles seraient les questions, le cas échéant, à certifier? |

[34] I turn now to deal with the first issue.

[34] Je vais maintenant m'attarder à la première question.

V. Are the Applications for Judicial Review Moot?

V. Les demandes de contrôle judiciaire sont-elles théoriques?

[35] With the passage of time, each of the individual applicants has now jumped over the 36-month PRRA bar. Mr. Feher was the first on December 31, 2015; Mr. Sebok became eligible on November 4, 2017; Ms. Serban was the last on March 8, 2018 (Ms. Horvath and her son would have been eligible on August 4, 2018, but they were granted permanent residence based on H&C factors in July 2017). At the time of *Feher No. 1*, only Mr. Feher was eligible to apply for a PRRA.

[35] Compte tenu du temps écoulé, chacun des demandeurs a maintenant dépassé l'interdiction de 36 mois relative à l'ERAR. M. Feher était le premier le 31 décembre 2015; M. Sebok est devenu admissible le 4 novembre 2017; M^{me} Serban a été la dernière le 8 mars 2018 (M^{me} Horvath et son fils auraient été admissibles le 4 août 2018, mais on leur a octroyé la résidence permanente pour des motifs d'ordre humanitaire en juillet 2017). Au moment du jugement dans la décision *Feher n° 1*, seul M. Feher était autorisé à présenter une demande d'ERAR.

[36] The respondent says all the applications for judicial review are now moot because the factual basis upon which they were brought has disappeared, no adversarial context persists, and the outcomes of the applications will not result in a practical effect on the parties. In the respondent's view, mootness is not a static issue but is continuously evolving. The respondent notes that: "the inapplicability of a statute to the party challenging the legislation renders a dispute moot" (*Borowski*, at page 355).

[36] Le défendeur affirme que toutes les demandes de contrôle judiciaire sont maintenant théoriques, car le fondement factuel sur lequel elles ont été présentées a disparu, aucun contexte contradictoire ne persiste et les résultats des demandes n'auront pas d'effet pratique sur les parties. Du point de vue du défendeur, le caractère théorique n'est pas une question statique; il évolue continuellement. Le défendeur souligne que : « l'inapplicabilité d'une loi à celui qui en conteste la validité rend le litige théorique » (*Borowski*, à la page 355).

[37] The respondent further says I am not bound by *Feher No. 1* as facts have changed, in that all individual applicants are now eligible for a PRRA. The respondent urges the Court not to exercise its discretion to decide the case, noting that the record is insular and only deals with a minority in one DCO country when there are numerous DCO countries, and that this weighs against exercising my discretion. The discretion to decide this

[37] Le défendeur ajoute qu'il n'est pas lié par la décision *Feher n° 1*, car les faits ont changé, c'est-à-dire que tous les demandeurs sont maintenant admissibles à un ERAR. Le défendeur demande instamment à la Cour de ne pas exercer son pouvoir discrétionnaire pour trancher l'affaire, soulignant que le dossier est isolé et traité uniquement avec une minorité provenant d'un POD, alors qu'il existe un grand nombre de POD, et que ce facteur

matter should not be exercised in this case as it would be better to wait for a genuine adversarial context.

[38] The applicants contend that the respondent's motion to dismiss the applications based on mootness is futile. CARL has public interest standing and is not subject to the mootness doctrine and its standing is not being opposed. According to the applicants, the Court is bound by *Feher No. 1* as it was a final order, and nothing indicates that it was interlocutory. The applicants say the issue of mootness is *res judicata* in view of *Feher No. 1*.

[39] In the applicants' view, *Borowski* supports the Court hearing this matter because it involves an important constitutional issue, there is a fulsome record, and there is a strong public interest in finding not only an answer to the question of whether the three-year PRRA bar violates subsection 15(1) of the Charter, but also in not allowing a potentially unconstitutional provision to persist. The Supreme Court of Canada stated in *Borowski* that the doctrine of mootness "applies when the decision of the court will not have the effect of resolving some controversy which affects or may affect the rights of the parties. If the decision of the court will have no practical effect on such rights, the court will decline to decide the case" (at page 353). This involves a two-step analysis: "First, it is necessary to determine whether the required tangible and concrete dispute has disappeared and the issues have become academic. Second, if the response to the first question is affirmative, it is necessary to decide if the court should exercise its discretion to hear the case" (*Borowski*, at page 353).

[40] Accordingly, in a case where there is "no longer a live controversy or concrete dispute" the case can be determined to be moot (*Borowski*, at page 357). Even if a case may be moot because there is no longer a live controversy or concrete dispute, it is nevertheless necessary for the Court to determine whether it should exercise its

milite contre l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. En l'espèce, il y a lieu de ne pas exercer le pouvoir discrétionnaire pour trancher l'affaire, puisqu'il serait préférable d'attendre un véritable contexte contradictoire.

[38] Les demandeurs affirment que la requête du demandeur visant à rejeter les demandes en raison de leur caractère théorique est futile. L'ACAADR a la qualité pour agir dans l'intérêt public et n'est pas assujettie à la doctrine de caractère théorique, et cette qualité n'est pas contestée. Selon les demandeurs, la Cour est liée par la décision *Feher n° 1*, car il s'agissait d'une ordonnance définitive, et rien n'indique qu'elle était interlocutoire. Les demandeurs affirment que la question de caractère théorique constitue une chose jugée, à la lumière de la décision *Feher n° 1*.

[39] Selon les demandeurs, l'arrêt *Borowski* appuie l'audience de cette affaire devant la Cour, puisqu'il concerne une importante question constitutionnelle, que le dossier est complet et qu'il sert un intérêt public important de trouver non seulement une réponse à la question de savoir si l'interdiction relative à l'ERAR de trois ans contrevient au paragraphe 15(1) de la Charte, mais aussi de ne pas permettre la persistance d'une disposition inconstitutionnelle. Dans l'arrêt *Borowski*, la Cour suprême du Canada a affirmé que la doctrine relative au caractère théorique « s'applique quand la décision du tribunal n'aura pas pour effet de résoudre un litige qui a, ou peut avoir, des conséquences sur les droits des parties. Si la décision du tribunal ne doit avoir aucun effet pratique sur ces droits, le tribunal refuse de juger l'affaire » (à la page 353). Ceci nécessite une analyse en deux temps : « En premier, il faut se demander si le différend concret et tangible a disparu et si la question est devenue purement théorique. En deuxième lieu, si la réponse à la première question est affirmative, le tribunal décide s'il doit exercer son pouvoir discrétionnaire et entendre l'affaire » (arrêt *Borowski*, à la page 353).

[40] En conséquence, dans le cas où « il n'y a plus de litige actuel ni de différend concret », l'affaire peut être jugée théorique (arrêt *Borowski*, à la page 357). Même si une question peut être théorique, car il n'y a plus de litige actuel ni de différend concret, il est néanmoins nécessaire de déterminer si la Cour devrait exercer son

discretion to hear and determine the case on the merits where circumstances warrant.

[41] Three overriding principles are to be considered in this second step of a mootness analysis: (1) the presence of an adversarial relationship (*Borowski*, at pages 358–359); (2) the need to promote judicial economy (*Borowski*, at page 360); and (3) the need for the court to show a measure of awareness of its proper role as the adjudicative branch of government (*Borowski*, at page 362). The Court should consider the extent to which each of these principles may be present in a case, and the application of one or two may be overborne by the absence of the third and vice versa (*Borowski*, at page 363).

[42] The Supreme Court in *Borowski* identified several instances where a court’s discretion may be exercised to allow it to hear and decide a case which might otherwise be moot. For example, if: (1) there is still the necessary adversarial relationship between the parties even though the live issue or concrete dispute no longer exists (at pages 360–361); (2) the Court’s decision will have practical effect on the rights of the parties (at page 360); (3) the case is one of recurring but brief duration, such that important questions might otherwise evade judicial review (at page 360–361); or (4) where issues of public importance are at stake such that resolution is in the public interest, though the mere presence of a matter of national importance is insufficient (at page 362).

[43] In view of *Feher No. 1*, I agree with the applicants that the issue of mootness is *res judicata*. Even though the other individual applicants did not become PRRRA-eligible until after the date of *Feher No. 1*, the same considerations and analysis as that conducted by the CMJ apply to them *mutatis mutandis*. I will, therefore, exercise my discretion to decide this case on its merits.

[44] This case is one which raises an important constitutional question that might otherwise evade judicial review. As the Supreme Court remarked in *Borowski*: “an

pouvoir discrétionnaire pour entendre l’affaire et trancher la question lorsque les circonstances le justifient.

[41] Trois grands principes doivent être pris en compte dans cette deuxième étape d’une analyse du caractère théorique : 1) la présence d’un rapport contradictoire (*Borowski*, aux pages 358 et 359); 2) la nécessité de promouvoir l’économie des ressources judiciaires (*Borowski*, à la page 360); 3) la nécessité pour le tribunal d’être conscient de sa fonction juridictionnelle dans la structure politique (*Borowski*, à la page 362). La Cour doit se demander dans quelle mesure chacun de ces facteurs joue dans l’affaire en question, et l’absence de l’un peut prévaloir malgré la présence de l’un ou des deux autres, ou inversement (*Borowski*, à la page 363).

[42] Dans l’arrêt *Borowski*, la Cour suprême a déterminé plusieurs cas où une cour peut exercer son pouvoir discrétionnaire d’entendre une affaire qui pourrait autrement être théorique. Par exemple, si : 1) le rapport contradictoire nécessaire existe encore entre les parties, et ce, même s’il n’y a plus de litige actuel ou de différend concret (aux pages 360 et 361); 2) la décision de la Cour aura des effets concrets sur les droits des parties (à la page 360); 3) lorsque la cause est de nature répétitive et de courte durée, de telle sorte que des questions importantes pourraient autrement échapper à l’examen judiciaire (aux pages 360 et 361); 4) lorsque des questions d’intérêt public sont en jeu de telle sorte que la résolution relève de l’intérêt public, bien que la présence d’une question d’importance nationale ne suffise pas (à la page 362).

[43] À la lumière de la décision *Feher n° 1*, je conviens avec les demandeurs que la question relative au caractère théorique est une chose jugée. Même si tous les autres demandeurs ne sont pas devenus admissibles à l’ERAR avant la date de la décision *Feher n° 1*, les mêmes considérations et analyse comme celle effectuée par la protonotaire s’appliquent à eux avec les adaptations nécessaires. Par conséquent, j’exercerai mon pouvoir discrétionnaire pour trancher cette affaire selon son bien-fondé.

[44] Cette affaire soulève une question constitutionnelle importante qui pourrait autrement échapper au contrôle judiciaire. Comme la Cour suprême l’a fait remarquer

expenditure of judicial resources is considered warranted in cases which although moot are of a recurring nature but brief duration. In order to ensure that an important question which might independently evade review be heard by the court, the mootness doctrine is not applied strictly” (at page 360).

[45] The evidence in the record shows that most DCO claimants, as well as most non-DCO claimants, are generally removed from Canada within one year from when their refugee claim has been finally determined (cross-examination of Teny Dikranian, questions 62 to 72 and 149 to 152). This means that most failed refugee claimants will never be able to access a PRRA regardless of whether they are or are not a DCO claimant. It is likely, therefore, (though possible) that the constitutional question raised in this case might otherwise evade judicial review. For this reason, and as there is still an adversarial context, I have determined it is appropriate to determine the matter on its merits.

VI. The Affidavit Evidence

[46] The parties have filed numerous affidavits which contain written testimony and dozens of exhibits. The respondent seeks an order striking all or parts of eight affidavits filed by the applicants on the grounds that they are irrelevant, unnecessary, or contain improper opinion evidence.

[47] Before considering the merits of the respondent’s motion, it is useful to summarize some of the evidence presented by the parties.

A. *The Applicants’ Affidavit Evidence*

(1) Ferenc Feher

[48] Ferenc Feher was born on October 12, 1985 in Pecs, Hungary. He is one of the individual applicants in these applications. He came to Canada in June 2011,

dans l’arrêt *Borowski*, « il peut être justifié de consacrer des ressources judiciaires à des causes théoriques qui sont de nature répétitive et de courte durée. Pour garantir que sera soumise aux tribunaux une question importante qui, prise isolément, pourrait échapper à l’examen judiciaire, on peut décider de ne pas appliquer strictement la doctrine du caractère théorique » (à la page 360).

[45] La preuve au dossier montre que la plupart des demandeurs provenant de pays d’origine désignés, de même que ceux ne provenant pas de pays d’origine désignés, sont généralement expulsés du Canada dans un délai d’un an à compter de la date à laquelle la demande d’asile a finalement été tranchée (contre-interrogatoire de Teny Dikranian, questions 62 à 72, et 149 à 152). Ainsi, la plupart des demandeurs d’asile déboutés n’auront jamais accès à un ERAR, peu importe s’ils sont ou ne sont pas des demandeurs provenant de pays d’origine désignés. Par conséquent, il est vraisemblable (bien que possible) que la question constitutionnelle soulevée en l’espèce puisse autrement échapper au contrôle judiciaire. Pour cette raison, et comme il existe toujours un contexte contradictoire, j’ai conclu qu’il est approprié de déterminer l’affaire en fonction de son bien-fondé.

VI. La preuve par affidavit

[46] Les parties ont déposé de nombreux affidavits contenant des témoignages écrits et des dizaines d’éléments de preuve. Le défendeur cherche à obtenir une ordonnance de radiation des huit affidavits déposés par les demandeurs, ou d’une partie de ces affidavits, parce qu’ils sont dépourvus de pertinence, inutiles ou renferment des éléments de preuve d’opinion inappropriés.

[47] Avant d’examiner le bien-fondé de la requête du défendeur, il est utile de résumer quelques éléments de preuve présentés par les parties.

A. *Témoignage par affidavit des demandeurs*

1) Ferenc Feher

[48] Ferenc Feher est né le 12 octobre 1985 à Pecs, en Hongrie. Il est l’un des demandeurs individuels en l’espèce. Il est arrivé au Canada en juin 2011, où il a

seeking refuge from ethnic persecution at the hands of the Hungarian Guard as well as the general public in Hungary. He has filed an affidavit dated September 18, 2015, in support of his applications for leave and for judicial review.

[49] Mr. Feher fears returning to Hungary as violence has increased since he left. He says the RPD found every other member of his family to be a refugee, and in his view, this is a strong indication that there was a miscarriage of justice in his claim before the RPD.

[50] Mr. Feher's hearing before the RPD took place in November 2012. In a decision dated December 31, 2012, the RPD rejected his claim, finding him to be not credible. He applied for leave to judicially review the RPD's decision, but this was denied as was an application for the RPD to reopen his claim due to a lack of procedural fairness.

[51] In early August 2015, Mr. Feher attended a pre-removal interview at CBSA. He was asked to purchase a non-refundable, one-way ticket to Hungary for travel by August 25, 2015. He was served with a Direction to Report for removal a week before the August 25th deadline. Mr. Feher and his family were deeply agitated by his impending deportation since it was likely they would not be able to see each other again.

[52] When Mr. Feher met with his legal counsel to discuss his concerns about returning to Hungary, he learned that, while almost all unsuccessful refugee claimants have a right to a further risk assessment prior to removal where more than 12 months have elapsed since the I.R.B. last refused the claim, he did not have access to this assessment because he was from a DCO. He says he has seen news articles about the PRRA bar for DCO nationals which state that their refugee claims were bogus, and they were only looking to exploit Canada's social services. Many of those articles refer directly to Hungarian Roma, and he felt degraded by this rhetoric.

présenté une demande d'asile, car il se disait victime de persécution ethnique de la part de la Garde hongroise et de la population en général de ce pays. Le 18 septembre 2015, M. Feher a déposé un affidavit à l'appui de ses demandes d'autorisation et de contrôle judiciaire.

[49] M. Feher craint de retourner en Hongrie, car la violence s'est intensifiée depuis son départ. Il estime que la manière dont la SPR a traité sa demande d'asile témoigne d'un déni flagrant de justice, car la SPR a accordé l'asile à tous les autres membres de sa famille.

[50] L'audience de M. Feher devant la SPR a eu lieu en novembre 2012. Dans une décision rendue le 31 décembre 2012, la SPR a rejeté sa demande d'asile, le jugeant non crédible. M. Feher a alors demandé l'autorisation de présenter une demande de contrôle judiciaire de la décision rendue par la SPR, mais cela lui a été refusé, tout comme sa demande de réouverture de sa demande d'asile pour manquement à l'équité procédurale.

[51] Au début d'août 2015, M. Feher a eu une entrevue avant renvoi avec l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC). On lui a alors demandé d'acheter un aller simple non remboursable pour la Hongrie, pour un départ devant avoir lieu au plus tard le 25 août 2015. Une semaine avant la date limite du 25 août, il a reçu un ordre de se présenter pour son renvoi. M. Feher et sa famille étaient profondément angoissés à la perspective de son expulsion imminente, car il était probable qu'ils ne se reverraient plus.

[52] Lorsque M. Feher a rencontré son avocat pour discuter de ses craintes au sujet de son renvoi en Hongrie, il a appris que, bien que presque tous les demandeurs d'asile déboutés aient droit à une autre évaluation du risque avant leur renvoi lorsque plus de 12 mois se sont écoulés depuis le dernier refus signifié par la C.I.S.R., il ne pouvait pas avoir accès à ce recours parce qu'il venait d'un pays inscrit sur la liste des POD. Il dit avoir lu des articles traitant de ressortissants de pays d'origine désignés à qui l'ERAR a été refusé parce qu'on estimait que leurs demandes d'asile étaient frauduleuses et que les demandeurs ne cherchaient qu'à profiter des services sociaux offerts par le Canada. Bon nombre de ces articles faisaient directement référence aux Roms de Hongrie et il s'est dit humilié par cette rhétorique.

[53] Mr. Feher submitted a deferral request to CBSA on August 18, 2015, with additional documentation sent on the 19th and on the 20th. On August 20, an inland enforcement officer denied the request; later that day, unsure of whether the officer had considered all of the submissions (including those sent earlier in the day), Mr. Feher requested that the negative deferral request be reconsidered. The next day, Mr. Feher filed an application for leave and for judicial review in respect of the denial as well as a motion to stay his removal to Hungary. Later that day, the reconsideration request was denied. Three days later, Mr. Feher filed another application for leave and for judicial review in respect of the refusal to reconsider his deferral request. This Court stayed Mr. Feher's removal from Canada on August 25, 2015.

[54] Mr. Feher says the pressure and stress of not knowing whether he would be deported was terrible, and he had to say goodbye to all his friends and family and put his affairs in order in Canada. Although these goodbyes proved unnecessary, Mr. Feher states that it was a very expensive process and physically and emotionally exhausting for him.

(2) Richard Sebok

[55] Richard Sebok was born on January 5, 1988, in Nyiregyhaza, Hungary. He fled Hungary in April 2011 and shortly thereafter made a claim for refugee protection in Canada. He details the racism and violence he experienced because he was Roma; and although his uncle and other extended family members have been accepted as refugees in Canada, the RPD found him not to be a Convention refugee in December 2014. After the RPD rejected his claim, he stayed in Canada because he feared returning to Hungary.

[56] Mr. Sebok says he has had difficulty living without status and without a job. In June 2015, he was required to attend at CBSA, which he did, and was told he would have to return the next month. A warrant was issued for his arrest in July 2015 after he failed to appear

[53] M. Feher a présenté une demande de report à l'ASFC le 18 août 2015 et soumis des documents supplémentaires les 19 et 20 août. Le 20 août, un agent d'exécution de la loi dans les bureaux intérieurs a rejeté la demande; plus tard cette journée-là, n'étant pas certain que l'agent ait pris en compte tous ses arguments (y compris ceux envoyés plus tôt le jour même), M. Feher a demandé que sa demande de report rejetée soit examinée de nouveau. Le lendemain, M. Feher a déposé une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire de ce refus, ainsi qu'une requête en sursis à l'exécution de son renvoi vers la Hongrie. Plus tard cette journée-là, la demande de réexamen a été refusée. Trois jours plus tard, M. Feher a déposé une autre demande d'autorisation et de contrôle judiciaire du refus d'examiner à nouveau sa demande de report. Notre Cour a suspendu le renvoi de M. Feher du Canada le 25 août 2015.

[54] M. Feher dit avoir subi une pression et un stress terribles du fait de ne pas savoir s'il serait expulsé et d'avoir eu à dire au revoir à tous ses amis et à sa famille et à mettre ses choses en règle en prévision de son départ du Canada. Même si tous ces au revoir se sont révélés inutiles, M. Feher précise que le processus a engendré des coûts importants, en plus d'être épuisant sur le plan physique et émotionnel.

2) Richard Sebok

[55] Richard Sebok est né le 5 janvier 1988 à Nyiregyhaza, en Hongrie. Il a fui la Hongrie en avril 2011 et a présenté peu après une demande d'asile au Canada. Il décrit en détail le racisme et la violence dont il a été victime à cause de son origine rome et ajoute que, bien que son oncle et d'autres membres de sa famille élargie aient été acceptés comme réfugiés au Canada, la SPR a conclu, en décembre 2014, qu'il n'était pas un réfugié au sens de la Convention. M. Sebok est resté au Canada après que la SPR eut rejeté sa demande d'asile, car il craignait de retourner en Hongrie.

[56] M. Sebok souligne qu'il lui a été difficile de vivre sans statut et sans emploi. En juin 2015, il a été tenu de se présenter à l'ASFC, ce qu'il a fait, et on l'a alors informé qu'il devrait retourner en Hongrie le mois suivant. En juillet 2015, un mandat a été délivré pour son arrestation

for a pre-removal interview. On November 10, 2015, he was placed in immigration detention in a maximum-security prison. He says his time in prison was the worst time in his life. He was scared to be in a jail with men who had committed dangerous crimes and he cried a lot.

[57] Mr. Sebok received notice on January 27, 2016, that he would be deported back to Hungary on February 10, 2016. He describes this period as a very difficult time when he would get so anxious, he felt like he had to throw up. CBSA denied his request to defer his removal on February 9, 2016. This Court stayed Mr. Sebok's removal from Canada on February 10, 2016, and he was subsequently released from immigration detention.

[58] Mr. Sebok reports monthly to CBSA, and he says every time he reports he feels a knot tightening in his stomach as he is not aware what is going to happen. He says when he learned about how he was not eligible for a PRRA until three years had passed from the time when the RPD refused his claim, while others were eligible after one year, he felt discriminated against because he was Roma.

(3) Aniko Horvathne Serban

[59] Ms. Serban was born on December 17, 1965, in Szombathely, Hungary. She left Hungary due to an abusive relationship. She says she was unable to receive state protection as Hungary does not take domestic violence seriously and she is Roma. She arrived in Canada in May 2011 and made a refugee claim which the RPD rejected in March 2015.

[60] Ms. Serban was first scheduled to be removed in June 2015. Fearing return to Hungary and believing nothing could be done, she did not appear for her removal and remained without status in Canada. CBSA issued a warrant for her arrest due to her failure to appear for removal, and in March 2017 CBSA arrested her and placed her in immigration detention. Because she was from Hungary, a country which is on the DCO list, she was

après qu'il eut omis de se présenter à son entrevue avant renvoi. Le 10 novembre 2015, il a été placé en détention aux fins d'immigration dans un établissement à sécurité maximale. Il décrit le temps passé en prison comme le pire moment de sa vie. Il avait peur d'être incarcéré avec des hommes qui avaient commis des crimes dangereux et il a beaucoup pleuré.

[57] Le 27 janvier 2016, M. Sebok a reçu un avis l'informant qu'il serait expulsé vers la Hongrie le 10 février 2016. Il dit que ce fut une période très difficile pour lui et qu'il ressentait une telle anxiété que cela lui donnait envie de vomir. Le 9 février 2016, l'ASFC a rejeté sa demande de report de son renvoi. Le 10 février 2016, notre Cour a suspendu le renvoi de M. Sebok du Canada, et ce dernier a par la suite été libéré du centre de détention de l'immigration.

[58] M. Sebok doit se présenter tous les mois à l'ASFC; il dit ressentir chaque fois un nœud se nouer dans son estomac, car il ne sait pas ce qui va se passer. Lorsqu'il a appris qu'il ne pouvait être admissible à un ERAR avant qu'un délai de trois ans se soit écoulé à partir du moment où la SPR avait rejeté sa demande d'asile, alors que d'autres étaient admissibles après seulement un an, il s'est senti victime de discrimination du fait qu'il était Rom.

3) Aniko Horvathne Serban

[59] M^{me} Serban est née le 17 décembre 1965 à Szombathely, en Hongrie. Elle a quitté la Hongrie à cause d'une relation conjugale violente. Elle dit qu'elle n'a pu se prévaloir de la protection de l'État, car la Hongrie ne prend pas la violence familiale au sérieux et qu'elle est d'origine rom. Elle est arrivée au Canada en mai 2011 et a présenté une demande d'asile qui a été rejetée par la SPR en mars 2015.

[60] M^{me} Serban devait initialement être expulsée en juin 2015. Craignant de retourner en Hongrie et croyant qu'il n'y avait rien qu'elle puisse faire, elle ne s'est pas présentée pour son renvoi et elle est restée au Canada, sans statut. L'ASFC a délivré un mandat d'arrestation la visant après qu'elle eut omis de se présenter pour son renvoi et, en mars 2017, l'ASFC l'a arrêtée et mise en détention aux fins de l'immigration. Comme M^{me} Serban venait

unable to apply for a PRRA because 36 months had not elapsed since the date when the RPD rejected her claim.

[61] She was notified on March 27, 2017, that she would be removed four days later, but CBSA cancelled the removal and rescheduled it for April 10, 2017. During this time, Ms. Serban says she was living in total fear: she cried a lot; lost her appetite; began having suicidal thoughts; and had flashbacks about the abuse she suffered from her ex-husband. She would frequently call her lawyer and beg and plead to avoid return to Hungary. Her lawyer explained to her that it was difficult to gather all the necessary information and evidence in such a short amount of time, and that nothing could be guaranteed.

[62] On April 6, 2017, Ms. Serban's lawyer informed her that this Court had granted a stay of her removal. She describes how she was relieved and, although she was still being detained, she no longer felt despair. On June 26, 2017, she was released from immigration detention.

(4) Erika Horvath

[63] Erika Horvath is another individual applicant in this case. She was born in Budapest, Hungary on June 21, 1988, and is of Roma ethnicity. She has an 11-year-old son, Ferenc Tibor Sallai, who was also born in Budapest.

[64] Ms. Horvath and her son entered Canada in October 2011. They made a claim for refugee protection about a month after their arrival. In a decision dated August 4, 2015, the RPD found that she and her son were neither Convention refugees nor persons in need of protection. Nearly a year after the RPD's decision, Ms. Horvath learned she was going to be removed from Canada. Her lawyer filed a request to defer the removal on August 15, 2016. On the same day she filed an application for permanent residence on H&C grounds.

de Hongrie, un pays qui figure sur la liste des POD, elle ne pouvait pas présenter de demande d'ERAR, car un délai de 36 mois ne s'était pas écoulé depuis le rejet de sa demande d'asile par la SPR.

[61] Le 27 mars 2017, elle a été informée qu'elle serait expulsée du Canada quatre jours plus tard, mais l'ASFC a annulé son renvoi et l'a reporté au 10 avril 2017. Durant cette période, M^{me} Serban dit avoir vécu constamment dans la peur : elle pleurait beaucoup et n'avait plus d'appétit; elle a commencé à avoir des pensées suicidaires et à se remémorer les mauvais traitements que son ex-mari lui avait fait subir. Elle appelait fréquemment son avocat pour le supplier de lui éviter d'être renvoyée en Hongrie. Son avocat lui a expliqué qu'il était difficile de recueillir tous les renseignements et éléments de preuve nécessaires en aussi peu de temps, et qu'il ne pouvait rien lui garantir.

[62] Le 6 avril 2017, l'avocat de M^{me} Serban l'a informée que notre Cour avait accordé un sursis à l'exécution de son renvoi. Elle décrit comment elle s'est alors sentie soulagée et, même si elle était toujours en détention, elle ne se sentait plus désespérée. Elle a été libérée du centre de détention de l'immigration le 26 juin 2017.

4) Erika Horvath

[63] Erika Horvath est une autre demanderesse individuelle en l'espèce. Elle est née à Budapest, en Hongrie, le 21 juin 1988 et elle est d'origine ethnique rome. Elle a un fils de 11 ans, Ferenc Tibor Sallai, lui aussi né à Budapest.

[64] M^{me} Horvath et son fils sont arrivés au Canada en octobre 2011. Ils ont présenté une demande d'asile, un mois environ après leur arrivée. Dans une décision datée du 4 août 2015, la SPR a déterminé que la demanderesse et son fils n'avaient ni qualité de réfugiés au sens de la Convention, ni celle de personnes à protéger. Près d'un an après cette décision de la SPR, M^{me} Horvath a appris qu'elle serait expulsée du Canada. Son avocat a présenté une demande de report de son renvoi le 15 août 2016. Le même jour, M^{me} Horvath a présenté une demande de résidence permanente pour motifs d'ordre humanitaire.

[65] CBSA denied Ms. Horvath's deferral request on August 18, 2016. One day before her scheduled removal, this Court ordered that her removal be stayed. She describes this period in her life as being very stressful. During this period her son was very sad and was deeply concerned about leaving his father in Canada.

[66] Ms. Horvath informed the Court in July 2017 through an affidavit, that she had been granted permanent residence based on humanitarian and compassionate grounds in July 2017.

(5) Christopher Anderson

[67] Christopher Anderson is an Assistant Professor in the Department of Political Science at Wilfrid Laurier University. He has a lengthy research history in the area of Canadian immigration and refugee policy. His affidavit focuses on identifying historical trends animating Canada's immigration and refugee policy.

[68] In his view, Canada's desire to attract some immigrants has always been accompanied by a determination to exclude others, and negative stereotypes often inform which groups are excluded (including refugees and asylum-seekers). At times, this was based on explicit racial discrimination, such as the head tax on Chinese immigrants. Though less explicit, Canada has discriminated against other groups as well, such as Japanese and East Indian immigrants. This was not always done through legislation, and Mr. Anderson says the trend has been to assign extensive regulatory powers to the executive, thus making immigration law less subject to parliamentary and public scrutiny.

[69] When Parliament passed *The Immigration Act*, S.C. 1906, c. 19, it did so to provide that the Minister could, "by proclamation or order, whenever he considers it necessary or expedient, prohibit the landing in Canada of any specified class of immigrants" (at section 30). The Minister at the time admitted that this was "very drastic

[65] Le 18 août 2016, l'ASFC a rejeté la demande de report de M^{me} Horvath. La veille de son renvoi prévu, notre Cour a ordonné la suspension de son renvoi. M^{me} Horvath mentionne que cette période de sa vie fut très éprouvante. Son fils était très triste et profondément inquiet d'avoir à quitter son père au Canada.

[66] En juillet 2017, M^{me} Horvath a informé notre Cour, par voie d'affidavit, que la résidence permanente lui avait été accordée pour motifs d'ordre humanitaire en juillet 2017.

5) Christopher Anderson

[67] Christopher Anderson est professeur adjoint au département des sciences politiques de l'Université Wilfrid Laurier. Il a mené de vastes recherches sur les politiques du Canada en matière d'immigration et de réfugiés. Son affidavit porte principalement sur les tendances historiques qui ont influencé les politiques du Canada en matière d'immigration et de réfugiés.

[68] Selon M. Anderson, le désir du Canada d'attirer certains immigrants a toujours été accompagné d'une volonté d'en exclure d'autres, et des stéréotypes négatifs ont souvent servi à déterminer quels groupes devaient être exclus (y compris parmi les réfugiés et les demandeurs d'asile). À certaines époques, cette pratique était fondée sur une discrimination raciale explicite, que l'on pense à la taxe d'entrée qui était imposée aux immigrants chinois. D'autres groupes ont aussi fait l'objet d'une discrimination, moins explicite peut-être, de la part du Canada, notamment les immigrants en provenance du Japon et des Indes orientales. Cette discrimination ne s'est pas toujours exercée par des moyens législatifs, précise M. Anderson, qui note que la tendance a été de conférer de vastes pouvoirs de réglementation au pouvoir exécutif, de manière à soustraire les lois sur l'immigration à l'examen du Parlement et du public.

[69] Lorsque le législateur a adopté l'*Acte de l'immigration*, S.C. 1906, ch. 19, il l'a fait afin que le ministre puisse, « par proclamation ou par décret, chaque fois qu'il considère la chose nécessaire ou à propos, interdire le débarquement en Canada de toute catégorie donnée d'immigrants » (article 30). Le ministre de l'époque avait

but the reason of its insertion is that there has been an immigration of gypsies lately and it is thought that such people are not desirable under any circumstances although they are physically and mentally fit, and that it would be quite proper to take power to say: You cannot come in” (Canada. Parliament. *House of Commons Debates*, 10th Parl., 2nd Sess., Vol. 3 (June 13, 1906), at pages 5252–5253). With the passage of *The Immigration Act*, S.C. 1910, c. 27, the federal cabinet was granted authority to “prohibit for a stated period, or permanently, the landing in Canada, or the landing at any specified port of entry in Canada, of immigrants belonging to any race deemed unsuited to the climate or requirements of Canada, or of immigrants of any specified class, occupation or character” (at section 38).

[70] After the Holocaust, it became harder for Canada to defend explicitly racist policies, but Professor Anderson says Canada simply masked the debate over race within discourse that, while rarely mentioning which groups would be restricted, ensured that some would be. Canada kept discriminating by vesting wide discretion in officials to establish geographical tiers of preferred immigrants. Professor Anderson says the last vestiges of formal discrimination were only removed in 1967 and Canada eventually made a formal commitment to equality when it enacted the *Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52.

[71] As explicit racial discrimination diminished though, Professor Anderson says that security and abuse concerns arising from the Cold War created barriers for refugees fleeing right-wing political oppression. According to Professor Anderson, these concerns continue to inform refugee policy today, from the imposition of visa requirements, to the way the government handles irregular arrivals, and to the creation of the DCO system. He states that visa provisions, the DCO regime, and other restrictive immigration provisions have a negative effect; for example, on the ability of Roma refugee claimants to seek protection in Canada.

reconnu qu’il s’agissait d’une mesure « très rigoureuse; nous l’avons insérée à cause de la venue récente d’un certain nombre d’immigrants bohémiens que nous jugeons peu recommandables à tous égards, sauf au point de vue physique et mental, et nous voulons être en mesure de leur interdire l’entrée au Canada » (Canada. Parlement. *Débats de la Chambre des communes*, 10^e lég., 2^e sess., vol. 3, (13 juin 1906, à la page 5385). Avec l’adoption de *Loi de l’immigration*, S.C. 1910, ch. 27, le cabinet fédéral a été investi du pouvoir d’« interdire pendant une période de temps déterminée ou d’une manière permanente, le débarquement en Canada, ou le débarquement à un certain port d’entrée désigné, au Canada, d’immigrants de toute race jugée impropre au climat ou aux nécessités du Canada, ou d’immigrants d’une catégorie, d’une occupation ou d’un caractère particuliers » (article 38).

[70] Après l’holocauste, il devint plus difficile pour le Canada de défendre des politiques explicitement racistes; le professeur Anderson affirme toutefois que le Canada a tout simplement dissimulé le débat racial en adoptant un discours qui mentionnait rarement quels groupes seraient visés par des restrictions, tout en veillant toutefois à ce que certains le soient. Le Canada a continué de faire preuve de discrimination en accordant aux fonctionnaires de larges pouvoirs discrétionnaires leur permettant d’établir des catégories géographiques d’immigrants à privilégier. Le professeur Anderson précise qu’il a fallu attendre 1967 pour que disparaissent les derniers vestiges d’une discrimination officielle et 1976 pour que le Canada s’engage officiellement en faveur de l’égalité, par la promulgation de la *Loi sur l’immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52.

[71] Le professeur Anderson ajoute que, tandis que la discrimination raciale explicite s’estompait, des préoccupations liées à la sécurité et à la violence découlant de la guerre froide érigeaient des barrières pour les réfugiés qui cherchaient à fuir l’oppression politique de droite. Selon le professeur Anderson, ces préoccupations continuent aujourd’hui encore d’influencer les politiques sur les réfugiés, qu’il s’agisse de l’imposition de visas, de la manière dont le gouvernement traite les immigrants en situation irrégulière ou de la création du système des pays d’origine désignés. Il estime que toutes ces mesures, le régime des POD, et autres dispositions visant

à restreindre l'immigration ont un effet négatif, notamment en réduisant la possibilité pour les demandeurs d'asile roms d'obtenir la protection du Canada.

(6) Sean Rehaag

[72] Professor Sean Rehaag has a doctorate in law focusing on refugee law. He is an Associate Professor at Osgoode Hall Law School who specializes in immigration and refugee law and its intersection with gender and sexuality. His affidavit dated July 14, 2017, contains his affidavit which was filed in *Y.Z.*, where he attacks the use of the quantitative trigger permitting designation of a country as a DCO. His affidavit also contains two 2016 law journal articles, one he co-authored with Julianna Beaudoin and Jennifer Danch, entitled “No Refuge: Hungarian Romani Refugee Claimants in Canada” [(2015), 52 *Osgoode Hall L.J.* 705] and another he co-authored with Angus Gavin Grant, entitled “Unappealing: An Assessment of the Limits on Appeal Rights in Canada’s New Refugee Determination System” [(2016), 49 *U.B.C. Law Rev.* 203].

[73] Professor Rehaag states that statistics on outcomes in refugee determinations from a given country can vary substantially over time, due to changing country condition evidence and random factors. He points out that some countries which meet the quantitative criteria for designating a country in one year can have high recognition rates in subsequent years. According to Professor Rehaag, these problems are compounded by including abandoned and withdrawn claims when calculating the rejection rate, because it can give the impression that claimants from a country are often being rejected when it may just be that the I.R.B. has not scheduled many claims to be heard on their merits.

[74] A second problem Professor Rehaag identifies is that a country may be safe for many claimants but unsafe for subsets of claimants. He specifically points to claims based on gender and sexual orientation, which he says

6) Sean Rehaag

[72] Le professeur Sean Rehaag est titulaire d'un doctorat en droit axé sur le droit de l'immigration. Il est professeur agrégé à la Osgoode Hall Law School, qui se spécialise dans le droit de l'immigration et des réfugiés et ses recoupements avec les questions de genre et de sexualité. Son affidavit daté du 14 juillet 2017 renferme celui déposé dans la décision *Y.Z.*, dans lequel il conteste l'utilisation du critère quantitatif pour la désignation d'un pays en tant que pays d'origine désigné. Son affidavit inclut également deux articles parus en 2016 dans des revues de droit, dont un qu'il a rédigé conjointement avec Julianna Beaudoin et Jennifer Danch, intitulé « No Refuge : Hungarian Romani Refugee Claimants in Canada » [(2015), 52 *Osgoode Hall L.J.* 705] et un autre qu'il a rédigé avec Angus Gavin Grant et qui s'intitule « Unappealing : An Assessment of the Limits on Appeal Rights in Canada’s New Refugee Determination System » [(2016), 49 *U.B.C. Law Rev.* 203].

[73] Selon le professeur Rehaag, les statistiques sur les décisions rendues au sujet des demandes d'asile en provenance d'un pays donné peuvent varier considérablement au fil des ans, sous l'effet de l'évolution de la situation dans le pays en cause et de facteurs aléatoires. Il note ainsi que certains pays qui satisfont aux critères quantitatifs de désignation durant une année peuvent obtenir de hauts taux de reconnaissance les années suivantes. Il ajoute que ces problèmes sont aggravés du fait que les demandes d'asile retirées et abandonnées sont incluses dans le calcul du taux de rejets; cela peut donner l'impression que les demandeurs d'un pays donné sont souvent déboutés, alors qu'il peut tout simplement s'agir d'une situation où de nombreuses demandes n'ont pas été inscrites au calendrier des audiences de la C.I.S.R. pour faire l'objet d'un examen sur le fond.

[74] Un autre problème, souligne le professeur Rehaag, vient du fait qu'un pays peut être sûr pour bon nombre de demandeurs, mais ne pas l'être pour certains sous-groupes de demandeurs. Il mentionne plus particulièrement les

are more likely to succeed than other types of claims from the same country of origin and often come from countries that typically do not produce many refugees.

[75] According to Professor Rehaag, I.R.B. data cannot be counted on to reliably record demographic information because that is not its purpose. He says it may not properly account for claimants who are nationals of multiple countries or who are determined by the RPD to be from countries other than the one they claimed.

(7) Audrey Macklin

[76] Audrey Macklin is a law professor and chair in human rights law at the University of Toronto. Since January 2017 she is also Director of the Centre for Criminology and Sociolegal Studies at the University of Toronto. From 1991 to 2009 she was a member of the Immigration and Refugee Board of Canada. She wrote a chapter in Hélène Lambert et al., eds., *The Global Reach of European Refugee Law* (New York: Cambridge University Press, 2013). This chapter entitled “A safe country to emulate? Canada and the European refugee” is an exhibit to her affidavit and discusses the introduction of designated or safe countries of origin. Her thesis is that adoption of the DCO regime was at least partially motivated by a desire to keep Roma claimants out of Canada without irritating the European Union [EU] by imposing visa requirements, since the Canadian government needed the co-operation of each member state in order to facilitate the Canada-EU comprehensive trade agreement.

[77] Professor Macklin explains how countries are designated. She describes the DCO designation practice allows for a feedback loop (she uses the term endogenous, meaning that it originates from within the refugee determination system itself), where statistical anomalies in one year can place a country on the list, with no measures to reconsider even in the outbreak of a civil war.

demandes d’asile fondées sur le genre et l’orientation sexuelle qui, selon lui, sont plus susceptibles d’être accueillies que d’autres types de demandes provenant du même pays, et qui souvent émanent de pays qui ne produisent généralement pas beaucoup de réfugiés.

[75] Selon le professeur Rehaag, on ne peut se fier aux données de la C.I.S.R. pour brosser un portrait démographique fiable, car tel n’est pas le but de ces données. Il estime que ces données ne tiennent pas nécessairement dûment compte des demandeurs qui sont des ressortissants de plusieurs pays ou qui, selon la SPR, viennent d’un pays autre que celui dont ils se disent originaires.

7) Audrey Macklin

[76] Audrey Macklin est professeure de droit et titulaire de la chaire de recherche sur le droit en matière de droits de la personne à l’Université de Toronto. Elle est également, depuis janvier 2017, directrice du Centre for Criminology and Sociolegal Studies de cette même université. De 1991 à 2009, elle a été membre de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié du Canada. Elle est l’auteure d’un chapitre dans le livre de Hélène Lambert et al., dir., *The Global Reach of European Refugee Law* (New York : Cambridge University Press, 2013). Ce chapitre, qui s’intitule « A safe country to emulate? Canada and the European refugee », traite de l’introduction des pays d’origine désignés ou sûrs; cette pièce est jointe à son affidavit. Selon sa théorie, la mise en place du système de POD a été motivée, en partie du moins, par le désir d’éviter la venue au Canada de demandeurs d’asile roms sans offusquer l’Union européenne [UE] en imposant des visas, car le gouvernement canadien avait besoin de la coopération de chaque État membre pour faciliter la ratification de l’accord commercial global entre le Canada et l’Union européenne.

[77] La professeure Macklin explique comment sont désignés les pays. Elle précise que le régime de POD prévoit une boucle de rétroaction (elle utilise plutôt le terme « endogène » pour indiquer que ce régime découle du système de détermination du statut de réfugié proprement dit), selon laquelle des anomalies statistiques au cours d’une année peuvent mener à l’inscription d’un pays sur la liste, sans que des mesures soient prévues pour revoir

[78] She also discusses the myth that Hungarian Roma, indeed any EU citizen, can seek protection in another EU country. The Aznar Protocol [Protocol No. 24 on Asylum for Nationals of Member States of the European Union] renders citizens of EU member states ineligible for asylum in another EU member state. Although EU citizens have mobility rights, different mechanisms have been used to limit the Roma's mobility within the EU. Professor Macklin says there is a misunderstanding that the EU acts as a "United States of Europe" (where each member state is a sub-federal unit of the greater whole), when the legal reality is that each member state is its own country.

(8) Aadil Mangalji

[79] Aadil Mangalji is a founding partner of Long Mangalji LLP, a law firm which focuses exclusively on refugee and immigration law. He has been certified by the Law Society of Upper Canada as a Specialist in Citizenship and Immigration Law as well as a Specialist in Refugee Protection Law. He describes the legislation grounding the PRRA process, the disadvantages PRRA-ineligible individuals from DCOs face, and his experiences as a lawyer assisting various clients who have access to a PRRA and those who do not.

[80] According to Mr. Mangalji, PRRA-ineligible individuals are often unaware of the existence of the deferral request process or the eligibility to submit a deferral request, and CBSA's website does not provide this information. Mr. Mangalji says that, while most PRRA applicants are lawfully entitled to 30 days to prepare and submit a PRRA application and typically benefit from months in which to do so, deferral request applicants are entitled to no lawful minimal period in which to prepare and submit

cette désignation, même en cas de déclenchement d'une guerre civile.

[78] Elle discute également du mythe selon lequel les Roms de Hongrie, et de fait tout ressortissant de l'Union européenne, peuvent chercher protection dans un autre État membre. Selon le protocole Aznar [Protocole (n° 24) sur le droit d'asile pour les ressortissants des États membres de l'Union européenne], les ressortissants d'un État membre de l'Union européenne ne peuvent présenter une demande d'asile dans un autre État membre. Et, bien que les ressortissants de l'Union européenne aient le droit de circuler librement, différents mécanismes ont été utilisés pour limiter la liberté de circulation des Roms dans les États membres. La professeure Macklin est d'avis qu'on se méprend lorsqu'on compare l'Union européenne aux « États-Unis d'Europe » (où chaque État membre est une sous-unité sous-fédérale d'un tout), car la réalité juridique est tout autre et que chaque État membre est son propre pays.

8) Aadil Mangalji

[79] Aadil Mangalji est associé fondateur du cabinet d'avocats Long Mangalji LLP, qui se consacre exclusivement au droit des réfugiés et de l'immigration. Il est membre agréé du Barreau du Haut-Canada à titre de spécialiste en droit de la citoyenneté et de l'immigration et spécialiste du droit de la protection des réfugiés. Il décrit les fondements législatifs du processus d'ERAR, les inconvénients auxquels font face les personnes en provenance de pays d'origine désignés qui ne sont pas admissibles à l'ERAR, ainsi que son expérience en tant qu'avocat ayant apporté une assistance à divers clients qui ont eu accès à l'ERAR et à d'autres qui n'ont pu y avoir recours.

[80] Selon M. Mangalji, les personnes inadmissibles à l'ERAR ignorent souvent qu'il existe un processus de demande de report ou qu'elles peuvent présenter une demande de report, et le site Web de l'ASFC ne fournit pas d'information à ce sujet. Il ajoute que, bien que la plupart des personnes qui présentent une demande d'ERAR aient droit, selon la loi, à une période de 30 jours pour préparer et soumettre leur demande, et qu'elles bénéficient habituellement de plusieurs mois, la loi ne prévoit

a deferral request and typically only have weeks or sometimes even days in which to do so. Based on his experience, the short time periods as well as the absence of a statutory stay create additional monetary obligations and stresses that can seriously impede the ability of deferral request applicants to dedicate the time and resources needed to submit a thorough deferral request.

[81] Mr. Mangalji notes that CBSA has published no procedures for when an oral hearing should be convoked in the context of a deferral request and what procedures are to be followed. To his knowledge, no deferral request applicant has been granted an oral hearing by a CBSA officer who subsequently denied the deferral request. He states that applicants who receive a positive deferral request decision do not receive refugee protection, nor are they eligible for permanent residence. Just as there are no statutory or regulatory criteria for when a deferral request should be granted, there are no criteria for when a granted deferral should be revisited or revoked.

(9) Lisa Andermann

[82] Lisa Andermann is a psychiatrist and Associate Professor of Psychiatry in the Division of Equity, Gender and Populations, Department of Psychiatry at University of Toronto. She is attached to the Psychological Trauma Clinic at Mount Sinai Hospital and New Beginnings Clinic at the Centre for Addiction and Mental Health serving newcomers and refugees, and a consultant psychiatrist at the Canadian Centre for Victims of Torture. She has been working in the area of psychological trauma and cultural psychiatry since 2001.

[83] She was asked to answer the question of “what, if any, are the likely psychological/psychiatric effects of uncertainty in terms of procedure and/or timelines for refugee claimants and refused refugee claimants?” Her affidavit focuses on how the uncertainty and delays in

aucune période minimale pour préparer et soumettre une demande de report et, en général, les personnes qui présentent ces demandes n’ont que quelques semaines, parfois même seulement quelques jours, pour préparer leur demande. D’après son expérience, les courts délais et l’absence de sursis prévu par la loi créent des obligations monétaires et des stress supplémentaires qui peuvent grandement nuire à la capacité des demandeurs de consacrer le temps et les ressources nécessaires pour soumettre une demande de report complète.

[81] M. Mangalji note que l’ASFC n’a publié aucune procédure précisant à quel moment doit être convoquée une audience dans le contexte d’une demande de report, ni la marche à suivre à cette fin. Pour autant qu’il le sache, aucun demandeur ayant présenté une demande de report, s’étant vu accorder une audience devant un agent de l’ASFC, n’a vu par la suite sa demande de report refusée. Il ajoute que les demandeurs dont la demande de report est accueillie n’ont pas droit à la protection des réfugiés, ni ne sont admissibles à la résidence permanente. Tout comme il n’existe aucun critère législatif ou réglementaire précisant à quel moment une demande de report devrait être accueillie, de même il n’existe aucun critère précisant à quel moment un report autorisé devrait être réévalué ou révoqué.

9) Lisa Andermann

[82] Lisa Andermann est psychiatre et professeure agrégée de psychiatrie à la division de l’équité des genres et des populations du département de psychiatrie de l’Université de Toronto. Elle est rattachée à la clinique de traumatismes psychologiques du Mount Sinai Hospital et à la Clinique Nouveau départ du Centre de toxicomanie et de santé mentale pour les nouveaux arrivants et les réfugiés; elle est aussi psychiatre consultante au Centre canadien pour victimes de torture. Elle travaille dans le domaine des traumatismes psychologiques et de la psychiatrie culturelle depuis 2001.

[83] On lui a demandé de répondre à la question suivante : « Quels sont (s’il en est) les effets psychologiques/psychiatriques probables résultant de l’incertitude associée aux procédures ou aux délais pour les demandeurs d’asile et les demandeurs d’asile déboutés? » Son affidavit

the refugee process increase mental health issues for refugees.

[84] She speaks to how the mental health of refugee claimants is adversely affected by uncertainty of process and unknown procedural timelines in both the adjudication and post-adjudication process. In particular, the uncertainty prevents treatment of post-traumatic stress disorder since the first stage of many treatment procedures is “Safety and Stabilization”, which involves removing risk of further trauma and treating concurrent symptoms. She states: “inordinate delays in the refugee adjudication process and heightened uncertainty regarding post-determination timelines and processes prolong the period of uncertainty and lack of safety. During this time, trauma-related symptoms of mental disorder or distress are unlikely to improve and may indeed deteriorate further.”

(10) Julianna Beaudoin

[85] Julianna Beaudoin has a PhD in Anthropology and completed her dissertation, entitled *Challenging Essentialized Representations of Romani Identities in Canada* [University of Western Ontario, 2014], on Roma in Canada and the various issues they face. She says Roma people are often portrayed and treated negatively, and that Canadians lack accurate information about the Roma. Because there is so little exposure to Roma, she opines that it is problematic when government officials say that Roma individuals make bogus claims or are undeserving of refugee protection.

[86] In her affidavit she opines that the DCO regime should not count abandoned or withdrawn claims as failures, since this ignores the rate at which claims are accepted. In particular, she says there may be many reasons why a claim might be withdrawn or abandoned that are unrelated to whether a person would face persecution in their country of origin. She says she interviewed many Romani newcomers for her dissertation, and that some

montre comment l’incertitude et les retards dans le traitement des demandes d’asile augmentent les problèmes de santé mentale des réfugiés.

[84] Elle décrit comment ces incertitudes associées au processus et aux échéanciers, pendant et après le prononcé de la décision, influent sur la santé mentale des demandeurs d’asile. Ces incertitudes empêchent notamment le traitement des troubles de stress post-traumatique, car la première étape de bon nombre des traitements consiste à assurer « sécurité et stabilité », une étape qui requiert l’élimination du risque d’autres traumatismes et le traitement des symptômes coexistants. Elle ajoute ce qui suit : [TRADUCTION] « les retards démesurés dans le prononcé des décisions concernant des demandes d’asile et l’incertitude accrue quant aux délais accordés après le rendu de la décision, ne font que prolonger la période d’incertitude et d’absence de sécurité. Durant cette période, les symptômes de trouble mental ou de détresse psychologique liés aux traumatismes subis risquent peu de s’atténuer et pourraient au contraire s’aggraver encore plus ».

10) Julianna Beaudoin

[85] Julianna Beaudoin est titulaire d’un doctorat en anthropologie, et son mémoire intitulé *Challenging Essentialized Representations of Romani Identities in Canada* [University of Western Ontario, 2014] porte sur les Roms au Canada et sur les divers problèmes auxquels ils font face. Elle explique que les Roms sont souvent dépeints et traités de manière négative, et que les Canadiens manquent de renseignements exacts sur cette population. Comme notre exposition aux Roms est si limitée, elle juge inquiétant lorsque des fonctionnaires concluent que des Roms font de fausses allégations ou qu’ils ne méritent pas la protection que confère le statut de réfugié.

[86] Dans son affidavit, elle soutient que les demandes d’asile abandonnées ou retirées ne devraient pas être comptées comme des refus dans le système de POD, car on ne tient ainsi pas compte du taux de demandes accueillies. Elle note à ce sujet que le retrait ou l’abandon d’une demande d’asile peut être justifié par de nombreux motifs qui n’ont rien à voir avec le risque de persécution dans le pays d’origine. Dans la préparation de son mémoire,

of the reasons claimants abandoned their claims include: their representatives either defrauded them or were incompetent; some claimants do not understand that they cannot return home for any reason or mistakenly believe they can restart their claim later; some claimants often need to change addresses and do not realize how important it is to inform the I.R.B., causing them to miss deadlines; some claimants suffer from mental disabilities that make it difficult; and some grew discouraged when they heard the former Minister of Citizenship and Immigration, Jason Kenney, say their claims were “bogus”.

[87] Her dissertation is attached as an exhibit to her affidavit as well as two articles: “The exclusion of Roma claimants in Canadian refugee policy” [(2013), 48 *Patterns of Prejudice* 67] and “No Refuge: Hungarian Romani Refugee Claimants in Canada” A fourth exhibit is a compilation of excerpts from articles detailing comments and views on Romani refugee claimants made by Government of Canada officials.

(a) *Thesis*

[88] Julianna Beaudoin’s thesis examines how Romani identity processes can emerge and be instrumentalized to struggle against discrimination, essentialized stereotypes, and exclusionary policies and attitudes.

[89] Section 3.1 of her thesis describes how genealogy and linguistic analysis has been used to trace Romani historical origins in northwest India. Ms. Beaudoin also discusses how Roma have experienced numerous injustices throughout their history, including enslavement, forced sterilization, expulsions, special “hunts” and permissions to kill on sight, legalized rape and murders, segregated communities and schools, property theft, linguistic restrictions, forced adoptions, and outright genocide. This persecution continues to present day educational segregation, forced sterilization, state sanctioned police brutality, and

elle a interviewé un grand nombre de nouveaux arrivants roms qui lui ont fait part de plusieurs motifs ayant justifié l’abandon de leur demande d’asile : ils avaient été représentés par une personne incompétente ou qui les avait escroqués; certains demandeurs ne comprennent pas qu’ils ne peuvent retourner dans leur pays pour aucun motif, ou ils croient à tort qu’ils pourront présenter à nouveau leur demande ultérieurement; certains doivent souvent changer d’adresse, mais ne sont pas conscients de l’importance d’en informer la C.I.S.R., ce qui fait qu’ils ne respectent pas certains délais; certains ont des handicaps intellectuels qui ajoutent à leurs problèmes; enfin, certains demandeurs se sont découragés lorsqu’ils ont entendu l’ancien ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration, Jason Kenney, dire que leurs demandes d’asile étaient « frauduleuses ».

[87] Son mémoire est annexé à son affidavit, avec les deux articles suivants : « The exclusion of Roma claimants in Canadian refugee policy » [(2013), 48 *Patterns of Prejudice* 67] et « No Refuge : Hungarian Romani Refugee Claimants in Canada ». Une quatrième pièce consiste en une compilation d’extraits d’articles décrivant en détail des commentaires et des opinions formulés par des fonctionnaires du gouvernement du Canada au sujet de demandeurs d’asile roms.

a) *Mémoire*

[88] Dans son mémoire, Julianna Beaudoin examine comment le processus identitaire des Roms peut être utilisé pour lutter contre la discrimination, les stéréotypes fondamentaux, ainsi que les politiques et attitudes d’exclusion.

[89] Dans la section 3.1, elle décrit comment la généalogie et l’analyse linguistique ont été utilisées pour retracer les origines historiques des Roms dans le nord-ouest de l’Inde. Elle décrit également les nombreuses injustices dont les Roms ont été victimes tout au long de leur histoire, que l’on pense à l’asservissement, à la stérilisation forcée, aux expulsions, aux « chasses » spéciales avec permission de tirer à vue, aux viols et meurtres légalisés, aux communautés et écoles séparées, au vol de biens, aux restrictions linguistiques, aux adoptions forcées, ainsi qu’au génocide pur et simple. Cette persécution se poursuit

ghettoization of the Roma. In a later section, she describes how Roma compared the current rise in Hungary's Jobbik party to Hitler's rise in popularity. Roma come to Canada from various countries including England, Hungary, and the Czech Republic.

[90] According to Ms. Beaudoin, Roma may have been living in Canada as far back as the 1500s to 1700s. Roma were in Canada by the 1800s. By the end of 1957, more than 37 000 Hungarians had been accepted into Canada. In 1996, large numbers of Czech Romani refugees began to apply for refugee status in Canada, soon followed in the late 1990s and early 2000s by Hungarians. Although Canada does not release the ethnic background of refugee claimants, only their nationality, it is estimated that Roma from these two countries made most of the claims between 1996 and 2008.

[91] In the fourth chapter of her thesis Ms. Beaudoin reviews the media landscape of Canadian coverage of the Roma. Much of this chapter and subsequent chapters discuss the themes of how Romani refugee claimants are bogus claimants and queue jumping "Gypsies". According to Ms. Beaudoin, these ideas are played out through conceptions and structures in our immigration system, and the erroneous belief that inland refugee claimants are queue-jumpers is a view perpetuated by government officials who describe rejected, abandoned, and withdrawn refugee claims as fraudulent cases.

[92] Ms. Beaudoin reports that individuals have been contacted after reporting sympathetic stories about the Roma by various officials including then Minister of Citizenship and Immigration, Jason Kenney, and that the government attempts to control the narrative and public information through intimidation. She says the media also plays its part though, since fear sells, and the media is quick to spread news on criminality, especially about Roma.

encore aujourd'hui, les Roms étant toujours victimes de ségrégation en éducation, de stérilisation forcée, de brutalité policière sanctionnée par l'État et de ghettoïsation. Elle décrit ultérieurement comment les Roms comparent la montée actuelle du parti Jobbik en Hongrie au gain de popularité de Hitler. Les Roms qui arrivent au Canada viennent de différents pays, notamment d'Angleterre, de Hongrie et de la République tchèque.

[90] Selon M^{me} Beaudoin, la présence des Roms au Canada pourrait remonter aussi loin qu'aux années 1500 à 1700. Dans les années 1800, des Roms vivaient au Canada. À la fin de 1957, plus de 37 000 Hongrois avaient été acceptés au Canada. En 1996, un grand nombre de réfugiés roms tchèques ont commencé à présenter des demandes d'asile au Canada et ils ont été suivis peu après par des Hongrois, à la fin des années 1990 et au début des années 2000. Bien que le Canada ne publie pas l'origine ethnique des demandeurs d'asile, mais seulement leur nationalité, on estime que la majeure partie des demandes d'asile présentées entre 1996 et 2008 l'ont été par des Roms en provenance de ces deux pays.

[91] Dans le quatrième chapitre de son mémoire, M^{me} Beaudoin traite de la couverture médiatique des Roms au Canada. Dans la majeure partie de ce chapitre et des chapitres qui suivent, elle examine comment les demandeurs d'asile roms sont considérés comme de « faux » demandeurs et des « tziganes » resquilleurs. Selon M^{me} Beaudoin, ces idées se reflètent dans les notions et les structures de notre système d'immigration, et la croyance erronée selon laquelle les demandeurs d'asile de l'intérieur sont des resquilleurs est une notion alimentée par les fonctionnaires qui décrivent les demandes d'asile rejetées, abandonnées ou retirées comme étant frauduleuses.

[92] M^{me} Beaudoin mentionne que divers fonctionnaires, dont le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration de l'époque, Jason Kenney, ont communiqué avec des personnes qui avaient brossé un portrait bienveillant des Roms, et que le gouvernement tente, par l'intimidation, de contrôler les faits et les renseignements qui sont communiqués au public. Elle ajoute qu'une partie du blâme revient aussi aux médias, qui ne tardent pas à diffuser des nouvelles sur la criminalité, en particulier au sujet des Roms, car la peur fait vendre.

[93] In a sample of 235 news articles from 2012 which specifically referenced the terms “Roma” and “Gypsy”, Ms. Beaudoin found 95 articles also included the term “bogus”. Almost half of the articles also referenced European countries in some way as “safe”. Like these bogus articles, there were some critical discussions of the DCO list describing the EU as wholly safe and as a non-refugee producing area. Only 12 headlines explicitly drew attention to issues like intolerance or hatred, persecution, or other harsh conditions the Roma face, while 15 story headlines specifically addressed various day-to-day issues the Roma face in Canada.

[94] Ms. Beaudoin describes how Romani have tried to advocate in Canada. One of the focuses has been on improving educational opportunities, but the faster turnaround for deportations means that some programs which are created cannot be fully utilized. In response to the fear of deportation, Ms. Beaudoin describes how some Roma leave fearing they will be denied and deported and are leaving Canada and heading to other countries before they have a chance to make their case before the I.R.B.

[95] Ms. Beaudoin also discusses how statistics were used to create the DCO list, and how these statistics could be used or explained in different ways to create different outcomes. Factors such as the ability to afford a lawyer or the translator used in a hearing may not be captured in statistics, and these factors have a great impact on a claimant’s success in receiving protection but are seldom measured.

(b) *No Refuge: Hungarian Romani Refugee Claimants in Canada*

[96] This paper authored by Sean Rehaag, Julianna Beaudoin, and Jennifer Danch consists of a qualitative and quantitative study of Hungarian Romani refugee claims to address what the authors call an evidentiary

[93] Dans un échantillon de 235 articles publiés depuis 2012, dans lesquels M^{me} Beaudoin a relevé les termes précis « Roms » et « tziganes », 95 articles utilisaient également le terme « frauduleux ». Près de la moitié de ces articles parlaient également, d’une manière ou d’une autre, des pays européens comme étant des pays « sûrs ». Tout comme ces articles tendancieux, certaines discussions sur la liste des POD, qualifiant l’ensemble des États membres de l’Union européenne comme des pays sûrs n’étant pas sources de demandeurs d’asile, suscitent certaines réserves. Seuls 12 titres attiraient explicitement l’attention sur des questions comme l’intolérance, la haine, la persécution et autres conditions difficiles auxquelles sont exposés les Roms, et 15 titres abordaient expressément diverses questions auxquelles les Roms font face quotidiennement au Canada.

[94] M^{me} Beaudoin décrit comment les Roms ont tenté de défendre leur cause au Canada. L’un des objectifs a été d’améliorer les possibilités pour les Roms de s’instruire; cependant, l’accélération du délai d’exécution des expulsions fait en sorte que certains programmes mis en place ne peuvent être utilisés pleinement. Elle décrit également comment certains Roms, craignant que leur demande d’asile ne soit rejetée et qu’ils ne soient expulsés, quittent le Canada vers d’autres pays avant d’avoir la chance d’être entendus par la C.I.S.R.

[95] Elle discute ensuite de la manière dont les statistiques ont été utilisées pour établir la liste des POD, et comment ces statistiques peuvent être utilisées ou interprétées de différentes manières pour obtenir différents résultats. Elle ajoute que ces statistiques ne tiennent pas nécessairement compte de facteurs tels que la capacité du demandeur de se payer un avocat ou un interprète durant l’audience, des facteurs qui peuvent avoir une grande incidence sur le succès de la demande d’asile, mais qui sont rarement mesurés.

b) « *No Refuge : Hungarian Romani Refugee Claimants in Canada* »

[96] Cet article, rédigé par Sean Rehaag, Julianna Beaudoin et Jennifer Danch, consiste en une analyse qualitative et quantitative des demandes d’asile présentées par des Roms de Hongrie, qui examine ce que les auteurs

vacuum in assessing the 2012 changes effected by the PCISA. The article explores the experiences of Hungarian Roma within Canada's refugee determination system between 2008 and 2012. It concludes by focusing on findings from the study, including the impact of anti-refugee rhetoric, institutional bias, inconsistent decision-making, and problems related to quality of counsel.

[97] The first part of this paper covers topics such as the history of persecution of the Roma, and the Canadian legal landscape and immigration policies towards the Roma. The second part analyses how Hungarian refugee claimants were treated from 2008 to 2012. One conclusion in the paper is that, while it is incorrect to make blanket statements about Hungarian claims being bogus, it is fair to say that, in a large majority of Hungarian refugee claims finalized between 2008 and 2012, the claimants did not obtain refugee protection.

[98] The paper also examines different reasons why claimants were found not to be refugees, such as the availability of state protection, discrimination versus persecution, and general negative credibility findings. It looks at the abandoned and withdrawal rates of Hungarian claimants. A large proportion (52.5 percent) of the 7 669 Hungarian refugee claims finalized between 2008 and 2012 were withdrawn or abandoned. Explanations for this included despair, a high proportion of counsel found to engage in professional misconduct, and other reasons such as culture shock, other family members being deported creating a chain reaction, and the need to return to Hungary to care for ill family members or attend a funeral. The paper concludes that, although there were higher abandonment and withdrawal rates (but not as high as statistics used by Minister Kenney), there were reasons other than bogus refugees to create these higher rates.

qualifient d'absence d'éléments de preuve pour évaluer les changements survenus depuis l'adoption, en 2012, de la LPSIC. Les auteurs discutent de la manière dont le système de détermination du statut de réfugié du Canada a traité les Roms de Hongrie, de 2008 à 2012. L'article se termine par la présentation des conclusions de l'étude, à savoir l'impact du discours anti-réfugiés, la partialité institutionnelle, l'incohérence du processus de prise de décisions ainsi que les problèmes découlant de l'incompétence des avocats.

[97] Dans la première partie de cet article, les auteurs abordent différents sujets, notamment l'histoire de la persécution des Roms, ainsi que le paysage juridique et les politiques d'immigration du Canada envers les Roms. Dans la deuxième partie, les auteurs examinent comment les demandeurs d'asile hongrois ont été traités de 2008 à 2012. L'une des conclusions des auteurs est que, bien qu'il soit inexact de faire des déclarations généralisées concernant le caractère frauduleux des demandes d'asile présentées par les Hongrois, il est juste de dire que la grande majorité des demandeurs hongrois, dont la demande d'asile a été traitée entre 2008 et 2012, ont été déboutés.

[98] Les auteurs examinent également différentes raisons pour lesquelles les demandeurs se sont vu refuser le statut de réfugiés; parmi ces motifs, mentionnons la protection offerte par l'État en cause, la question de la discrimination par opposition à la persécution et les conclusions négatives quant à la crédibilité générale des demandeurs. L'article traite aussi du taux de demandes d'asile abandonnées et retirées par des demandeurs hongrois. Une grande proportion (52,5 p.100) des 7 669 demandes d'asile présentées par des Hongrois entre 2008 et 2012 ont été retirées ou abandonnées. Ces résultats s'expliquent notamment par le désespoir des demandeurs, une forte proportion d'avocats ayant fait preuve d'inconduite professionnelle, ainsi que par d'autres motifs dont le choc des cultures, l'expulsion d'autres membres de la famille créant une réaction en chaîne, ainsi que la nécessité pour les demandeurs de retourner en Hongrie pour prendre soin de membres de la famille malades ou pour assister à des funérailles. Les auteurs concluent que, bien que les taux d'abandon et de retrait aient été plus élevés (sans pour autant l'être autant que les statistiques présentées par le ministre Kenney), ces

taux plus élevés s'expliquent pas des motifs autres que la présentation de demandes frauduleuses.

(11) Cynthia Levine-Rasky

[99] Cynthia Levine-Rasky is an Associate Professor in the Department of Sociology at Queen's University. Her research has focused on Romani studies since 2011. Her book entitled *Writing the Roma: Histories, Policies, and Communities in Canada* [Halifax: Fernwood Publishing] was published in 2016. She has also authored various journal articles, including "Designating Safety, Denying Persecution: Implications for Roma Refugee Claimants in Canada" [(2018), 16 *Journal of Immigrant & Refugee Studies* 313] and "They didn't treat me as a Gypsy: Romani Refugees in Toronto" [(2016), 32 *Refugee* 54]. These articles and Professor Levine-Rasky's book are attached as exhibits to her affidavit.

(a) *Writing the Roma*

[100] *Writing the Roma* covers the history of the Roma, past and present persecution, and the Canadian immigration system's treatment of Roma. In a chapter entitled "The Canadian Refugee System and the Roma" Professor Levine-Rasky examines how statistics are used to prove a political point in the case of Roma refugee applicants. In another chapter entitled "Reforms to the System and Designated Countries of Origin" she explains the principle of the DCO regime and its effects on Roma refugee claimants. Professor Levine-Rasky describes how the increased wait time before accessing a PRRA from 12 months to 36 months was part of a policy to expedite failed claimants' repatriation. She finds the method of designating a country problematic, stating that:

... the likelihood of a country's "safe" designation rose with the number of people seeking asylum from it. Equally troubling was that withdrawn and abandoned claims were used in the formula to calculate safety The effect of this was to hold extraneous circumstances

11) Cynthia Levine-Rasky

[99] Cynthia Levine-Rasky est professeure agrégée au département de sociologie de l'Université Queen's. Depuis 2011, ses recherches portent sur les Roms. Son livre intitulé *Writing the Roma: Histories, Policies, and Communities in Canada* [Halifax : Fernwood Publishing] a été publié en 2016. Elle est également l'auteure de plusieurs articles, dont ceux intitulés « Designating Safety, Denying Persecution : Implications for Roma Refugee Claimants in Canada » [(2018), 16 *Journal of Immigrant & Refugee Studies* 313] et *They didn't treat me as a Gypsy : Romani Refugees in Toronto* [(2016), 32 *Refugee* 54]. Ces articles et le livre de la professeur Levine-Rasky sont annexés en pièces jointes à son affidavit.

a) « *Writing the Roma* »

[100] Le livre *Writing the Roma* traite de l'histoire des Roms, de leur persécution actuelle et passée ainsi que de la manière dont le système d'immigration du Canada traite les Roms. Dans un chapitre consacré au système canadien de détermination du statut de réfugié intitulé « The Canadian Refugee System and the Roma », la professeure Levine-Rasky examine comment les statistiques sont utilisées pour défendre une opinion politique au sujet des demandeurs d'asile roms. Dans un autre chapitre sur la réforme et le système de pays d'origine désignés (« Reforms to the System and Designated Countries of Origin »), M^{me} Levine-Rasky explique le principe du système de POD et ses effets sur les demandeurs d'asile roms. Elle explique également comment la prolongation du délai d'attente, de 12 mois à 36 mois, avant d'avoir accès à un ERAR, s'inscrit dans une politique visant à accélérer le rapatriement des demandeurs déboutés. Elle estime que la méthode de désignation des pays pose problème, précisant ce qui suit :

[TRADUCTION] [...] la probabilité qu'un pays soit désigné « sûr » est basée sur le nombre de demandeurs d'asile en provenance de ce pays. Tout aussi troublant est le fait que les demandes d'asile retirées ou abandonnées sont prises en compte dans le calcul de la sécurité [...]

against claimants, circumstances that were sufficiently poor to lead them to abandon or withdraw their claims.

[101] According to Professor Levine-Rasky, racism as well as economic concerns played into the creation of the DCO regime. While visas were used in the past to limit refugee claimants, this was a blunt instrument which had the indirect effect of limiting trade, so the DCO list was created. Professor Levine-Rasky rhetorically asks:

How does international trade affect national refugee policy? In a nutshell, the value of trade and the desire to nurture political relations conducive to sustaining the globalization of trade works as an incentive for overlooking a trading partner's violation of human rights. To facilitate free trade and diplomatic relations, social conditions for national minorities are frequently denied or dismissed as a domestic concern. As a result, the persecution of minorities is expunged from the political dialogue.

(b) *Designating Safety, Denying Persecution: Implications for Roma Refugee Claimants in Canada*

[102] Professor Levine-Rasky's thesis in this article is that by rejecting Romani refugee claimants, Canadian refugee policy not only relies on racist policies but also reconstitutes the Gypsy myth of imminent (and immanent) nomadism. She outlines how unsafe conditions in Hungary are corroborated by first-person accounts recorded in ethnographic research; yet a discourse of designated safety works to deny their significance. Denial of persecution is reiterated in the discourse of former Minister of Citizenship and Immigration, Jason Kenney. Denial continues in the refugee determination system where the interpretation of persecution often falls short of meeting Convention thresholds.

Les demandeurs d'asile se retrouvent ainsi à la merci de circonstances externes, des circonstances suffisamment mauvaises pour les amener à abandonner ou à retirer leur demande.

[101] Selon la professeure Levine-Rasky, le racisme et des préoccupations économiques ont contribué à la création du régime de POD. Par le passé, des visas ont été utilisés pour limiter les demandes d'asile; cependant, cet instrument sans nuance a aussi eu des effets indirects en limitant le commerce, et c'est ce qui a mené à l'établissement de la liste des POD. La professeure Levine-Rasky pose la question rhétorique suivante :

[TRADUCTION] Dans quelle mesure le commerce international influe-t-il sur la politique nationale relative aux réfugiés? En résumé, la valeur du commerce et le désir d'entretenir des relations politiques propices au maintien de la mondialisation des échanges commerciaux sont des facteurs qui incitent à passer outre aux violations des droits de la personne par un partenaire commercial. Pour faciliter le libre-échange et les relations diplomatiques, il arrive souvent qu'un pays refuse d'admettre les conditions sociales des minorités d'un autre pays, ou en fasse abstraction. La persécution des minorités se trouve de ce fait écartée du discours politique.

b) « *Designating Safety, Denying Persecution: Implications for Roma Refugee Claimants in Canada* »

[102] Dans cet article, la professeure Levine-Rasky fait valoir qu'en rejetant les demandeurs d'asile roms, la politique canadienne sur les réfugiés non seulement repose sur des politiques racistes, mais également rétablit le mythe du nomadisme imminent (et immanent) des tziganes. Elle décrit comment des témoignages personnels relatés dans des recherches ethnographiques corroborent les conditions dangereuses qui existent en Hongrie; pourtant, le discours sur la désignation des zones sûres a pour effet d'en nier l'importance. Le déni de la persécution est repris dans le discours de l'ancien ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, Jason Kenney. Ce déni se poursuit dans le système de détermination du statut de réfugié, dans lequel l'interprétation de la persécution se fait souvent sans tenir compte des seuils prévus dans la Convention.

(12) Janet Mosher

[103] Janet Mosher is an Associate Professor of Law at Osgoode Hall Law School, York University. She connects her work to perceptions of welfare recipients to how that stigmatization was used to delegitimize DCO refugee applicants as bogus. Her research indicates that welfare recipients are deemed as lazy loafers and are “criminalized” (in the sense that they are questioned by their neighbours and assumed to be defrauding the system by their mere use of the social support network which Canada provides). This conception is juxtaposed with individuals charged with tax fraud who are instead conceptualized as entrepreneurial hard-working Canadian citizens (who have been accused of defrauding or stripping resources from the Canadian tax system). According to Professor Mosher, the creation of the DCO list deepens, solidifies, and perpetuates the stereotype of individuals not requiring refugee protection since they come from a safe country, but these individuals are being pushed out by the system itself.

[104] She attaches as exhibits to her affidavit speaking notes of former Minister of Citizenship and Immigration, Jason Kenney, a speech by former Minister of Citizenship and Immigration, Chris Alexander, and a 2012 press release announcing changes in the PCISA.

B. The Respondent's Affidavit Evidence(1) Kay Hailbronner

[105] Kay Hailbronner is a Professor Emeritus of Public Law, Public International Law and European Law at the University of Konstanz, Germany. He has 40 years of experience in the study and practice of German, European and international immigration and refugee law, and related public international law governing migration and refugee protection.

[106] Professor Hailbronner explains the safe country of origin (SCO) concepts used in Europe and provides a comparative survey on the national and European legal

12) Janet Mosher

[103] Janet Mosher est professeure agrégée de droit à la Osgoode Hall Law School de l'Université York. Elle relie son travail aux perceptions des assistés sociaux à la façon dont cette stigmatisation a été utilisée pour compromettre la légitimité des demandeurs d'asile d'un POD comme faux. Ses recherches indiquent que les assistés sociaux sont perçus comme étant fainéants et sont « criminalisés » (au sens où ils sont remis en cause par leurs voisins et qu'on présume qu'ils fraudent le système simplement en ayant recours au réseau de soutien social offert par le Canada). Cette conception est juxtaposée avec celle des individus inculpés de fraude fiscale qui sont plutôt perçus comme des citoyens canadiens ayant la fibre de l'entrepreneuriat et travaillant dur (qui ont été accusés d'avoir fraudé ou dépouillé des ressources du système fiscal canadien). Selon la professeure Mosher, la création de la liste de POD approfondit, renforce et perpétue le stéréotype des personnes ne nécessitant pas la protection des réfugiés puisqu'elles viennent d'un pays sûr, mais ces personnes sont rejetées par le système lui-même.

[104] Elle joint les notes d'allocation de Jason Kenney, ancien ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, un discours de Chris Alexander, ancien ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, et un communiqué de presse de 2012 annonçant des changements à la LPSIC comme pièces de son affidavit.

*B. La preuve par affidavit du défendeur*1) Kay Hailbronner

[105] Kay Hailbronner est professeur émérite de droit public, de droit international public et de droit européen à l'Université de Constance, en Allemagne. Il compte 40 années d'expérience dans l'étude et la pratique du droit de l'immigration et des réfugiés allemand, européen et international et du droit international public connexe régissant la migration et la protection des réfugiés.

[106] Le professeur Hailbronner explique les notions de pays d'origine sûrs utilisées en Europe et fournit une étude comparative concernant le cadre juridique national

framework in which SCO concepts operate. He sets out how the basic concept arose and describes how it operates within the EU. He describes in detail the national SCO regimes in Germany, the United Kingdom, France, Belgium, and Austria.

[107] Professor Hailbronner notes that each EU member state generates its own list of safe countries. Claimants from an SCO cannot secure asylum unless they rebut the presumption of safety and there are typically procedural consequences as well, such as accelerated timelines. Article 39 of the EU's *Procedures Directive 2013/32/EU [of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on common procedures for granting and withdrawing international protection (recast)]*, [2013] O.J. L 180/60] ensures that an asylum claimant must have reasonable access to an effective remedy if their claim is refused, but member states have considerable discretion when deciding whether a claimant can stay in the country pending the outcome of their claim. Typically, accelerated timelines have been accepted so long as claimants practically have enough time to prepare and bring an effective action to court.

[108] Professor Hailbronner further notes that the *Union Citizens Directive 2004/38/EC [of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004]*, [2004] O.J. L 588/77] sets out the details of the right of free movement. He explains that while the right of residence for up to three months is not dependent upon conditions other than a valid identity document, the right of residence for more than three months is subject to conditions so that EU citizens do not become a burden on the social services of the host member state. What a burden on the social system means is not precisely defined, Professor Hailbronner says, but the European Court of Justice has repeatedly made clear that an expulsion measure must not be an automatic consequence of recourse to the social assistance system. Once a member state citizen has spent five years in another EU member state, they enjoy a right of permanent residence.

et européen dans lequel les notions de pays d'origine sûrs fonctionnent. Il établit comment le concept fondamental a vu le jour et décrit son fonctionnement au sein de l'UE. Il décrit en détail les régimes nationaux de pays d'origine sûrs en Allemagne, au Royaume-Uni, en France, en Belgique et en Autriche.

[107] Le professeur Hailbronner fait remarquer que chaque État membre de l'UE crée sa propre liste de pays sûrs. Les demandeurs d'un pays d'origine sûr ne peuvent pas obtenir l'asile, à moins qu'ils réfutent la présomption de sécurité et il y a généralement des conséquences procédurales, par exemple des calendriers accélérés. L'article 39 de la *Directive 2013/32/UE [du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (refonte)]*, [2013] J.O. L 180/60] relative à des procédures de l'UE assure qu'un demandeur d'asile a un accès raisonnable à un recours effectif si sa demande est rejetée, mais les États membres ont un pouvoir discrétionnaire considérable pour décider si un demandeur peut rester dans le pays en attendant l'issue de sa demande. En règle générale, des calendriers accélérés ont été acceptés tant que les demandeurs ont en pratique assez de temps pour préparer et tenter une action efficace devant le tribunal.

[108] Le professeur Hailbronner note également que la *Directive 2004/38/CE [du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004]*, [2004] J.O. L 158/77] concernant les citoyens de l'Union établit les détails relatifs au droit à la libre circulation. Il explique que bien que le droit de séjour jusqu'à trois mois ne soit pas tributaire d'autres conditions qu'un document d'identité valide, le droit de séjour de plus de trois mois est pour sa part assujéti à des conditions afin que les citoyens de l'UE ne deviennent pas un fardeau à l'égard des services sociaux de l'État membre hôte. Ce que veut dire un fardeau sur le système social n'est pas défini avec précision, affirme le professeur Hailbronner, mais la Cour européenne de justice a clairement énoncé de manière répétée qu'une mesure d'expulsion ne doit pas être une conséquence automatique du recours au système d'aide sociale. Lorsque le citoyen d'un État membre a passé cinq ans dans un autre État membre de l'UE, il bénéficie d'un droit de résidence permanente.

[109] Professor Hailbronner goes on to note that if an individual is deported from one country, that does not impact their general mobility rights within the rest of the EU. According to Professor Hailbronner, the overall number of deportations of EU citizens is very small compared to the large number of EU citizens moving freely within the Union. He points out, for example, in Germany in 2016, 38 Hungarians were expelled while 58 096 persons moved to Germany. A notable exception seems to be the widely publicised incident of removal of EU citizens of Roma origin from France to Romania in 2010. However, since 2010 Professor Hailbronner says steps have been taken to enhance the integration of Roma on political, social and economic levels, and a task force has been set up to monitor and submit annual reports on Roma inclusion.

[110] Professor Hailbronner discusses the free movement rights of EU nationals as an alternative to seeking protection abroad. According to Professor Hailbronner, the existence of a safe third country willing to accept an asylum-seeker is an established ground for refusing them in most major receiving countries. Within the EU, however, a connection by way of a previous stay or other criteria with the safe third country has been requested as a condition for applying a safe third country concept.

[111] Professor Hailbronner states that: “Normally, a protection alternative in the form of a third state in which the asylum seeker had not stayed before applying in a different state would not arise since third states are, in the absence of a previous stay or residence, usually unwilling to accept asylum seekers. The situation however is different with regard to Union citizens who ... enjoy as part of their fundamental status free movement rights”. He goes on to state: “even if some kind of a connection criterion is maintained for reasons of national law or policy, in order to refer an asylum seeker to a safe third state, Union citizenship may qualify as a link which justifies the attribution of a primary responsibility of EU Member States to take care of Union citizens who claim a danger of persecution or serious harm in their home state ... Under international law requirements however the

[109] Le professeur Hailbronner poursuit en faisant remarquer que dans le cas où une personne est expulsée d'un pays, cela n'a pas de conséquences sur sa liberté de circulation générale dans le reste de l'UE. Selon le professeur Hailbronner, le nombre total d'expulsions de citoyens de l'UE est très faible par rapport au grand nombre de citoyens européens se déplaçant librement dans l'Union. Il souligne, par exemple, qu'en Allemagne en 2016, 38 Hongrois ont été expulsés tandis que 58 096 personnes ont déménagé en Allemagne. Une exception notable semble être l'incident largement médiatisé de l'évacuation de citoyens européens d'origine roma de France vers la Roumanie en 2010. Cependant, depuis 2010, le professeur Hailbronner affirme que des mesures ont été prises pour améliorer l'intégration des Roms sur les plans politiques, sociaux et économiques, et un groupe de travail a été établi pour surveiller et présenter des rapports annuels sur leur intégration.

[110] Le professeur Hailbronner traite des droits de libre circulation des ressortissants de l'UE comme solution de rechange à l'obtention de protection à l'étranger. Selon le professeur Hailbronner, l'existence d'un pays tiers sûr prêt à accepter un demandeur d'asile constitue un motif établi pour le refuser dans la plupart des principaux pays d'accueil. Au sein de l'UE, cependant, une connexion au moyen d'un séjour antérieur ou d'autres critères avec le pays tiers sûr a été demandée comme condition d'application de la notion de pays tiers sûr.

[111] Le professeur Hailbronner énonce que [TRADUCTION] « [n]ormalement, une mesure de rechange en matière de protection sous la forme d'un État tiers dans lequel le demandeur d'asile n'avait pas séjourné avant de présenter une demande dans un autre État ne se poserait pas étant donné que les États tiers, en l'absence d'un précédent séjour ou d'une précédente résidence, ne sont généralement pas disposés à accepter des demandeurs d'asile. La situation est toutefois différente en ce qui concerne les citoyens de l'Union qui [...] jouissent dans le cadre de leur statut fondamental de droits à la libre circulation ». Il poursuit en déclarant que [TRADUCTION] « même si une sorte de critère de connexion est maintenu pour des raisons de législation ou de politique nationale, afin de renvoyer un demandeur d'asile à un État tiers sûr, la citoyenneté de l'Union peut être considérée comme un lien qui justifie l'attribution

non-*refoulement* obligations of States would not stand in the way of referring asylum seekers to their free movement rights within the European Union”.

[112] Professor Hailbronner notes that access of EU applicants to asylum procedures within the EU are limited under the Aznar Protocol. He further notes that an EU asylum application will be declared inadmissible and will not be considered unless there are exceptional circumstances which require the application to be admitted for full consideration.

[113] Professor Hailbronner concludes his affidavit by stating that his review of documentation on country conditions in Hungary shows that Hungary meets EU values and complies with principles of the rule of law, that Hungarian law does not allow discrimination based on ethnic origin, and that the Hungarian government does not advocate, support or tolerate racial discrimination. He notes that although the Aznar Protocol has not resulted in an automatic exclusion of Hungarian nationals from asylum procedures, the recognition rate comes close to zero. According to Professor Hailbronner, the explanation for these extremely low numbers is that EU nationals have free movement rights. He notes that between 2010 and 2013 the number of Hungarians living in Germany increased from 68 890 to 132 477; and while it is not possible to determine the ethnicities of these migrants, it is safe to assume that a large percentage of the individuals from Hungary are ethnic minorities.

(2) Teny Dikranian

[114] Teny Dikranian is, and has been since 2015, the Director of Citizenship Legislation and Program Policy in the Citizenship Branch of IRCC (formerly Citizenship and Immigration Canada (CIC)). Prior to then, she was the Manager of Asylum Policy in the Asylum Policy and Programs Division, in the Refugee Affairs Branch of CIC.

d’une responsabilité première des États membres de l’UE de prendre soin des citoyens de l’Union qui allèguent un danger de persécution ou un préjudice grave dans leur état d’origine [...] En vertu des exigences du droit international, cependant, les obligations de non-*refoulement* des États ne seraient pas un obstacle à la référence des demandeurs d’asile à leurs droits de libre circulation au sein de l’Union européenne ».

[112] Le professeur Hailbronner note que l’accès des demandeurs à des procédures d’asile au sein de l’UE est limité en vertu du protocole Aznar. Il note de plus qu’une demande d’asile dans l’UE sera déclarée irrecevable et ne sera pas considérée, sauf s’il existe des circonstances exceptionnelles qui exigent d’admettre la demande à l’égard d’un examen complet.

[113] Le professeur Hailbronner conclut son affidavit en déclarant que son examen de la documentation sur la situation en Hongrie montre que la Hongrie respecte les valeurs de l’UE et respecte les principes de la primauté du droit, que le droit hongrois n’autorise pas la discrimination fondée sur l’origine ethnique et que le gouvernement hongrois ne préconise pas, n’appuie pas ou ne tolère pas la discrimination raciale. Il fait remarquer que, bien que le protocole Aznar n’ait pas abouti à une exclusion automatique des ressortissants hongrois des procédures d’asile, le taux de reconnaissance se rapproche de zéro. Selon le professeur Hailbronner, ces chiffres extrêmement faibles s’expliquent en raison du fait que les ressortissants de l’UE ont des droits de libre circulation. Il note qu’entre 2010 et 2013, le nombre de Hongrois vivant en Allemagne a augmenté de 68 890 à 132 477; de plus, s’il n’est pas possible de déterminer de quels groupes ethniques ces migrants sont issus, il est raisonnable de supposer qu’un grand pourcentage des personnes venant de la Hongrie est issu des minorités ethniques.

2) Teny Dikranian

[114] Teny Dikranian est, depuis 2015, la directrice, Législation et politique du programme de la Direction générale de la citoyenneté d’IRCC (anciennement Citoyenneté et Immigration Canada (CIC)). Avant cela, elle était la responsable de la politique d’asile de la Division des politiques et des programmes d’asile de la Direction générale des affaires des réfugiés de CIC.

[115] In her affidavit she states that in her role with the Refugee Affairs Branch she worked on the legislative reforms to Canada's refugee determination system, including the BRRRA and the PCISA. She provides three reasons why the system was reformed: (1) the I.R.B.'s resources were strained with a backlog of over 60 000 unheard refugee claims when the BRRRA was introduced, and this backlog meant that there was about a 19-month waiting time between a person's claim for refugee protection and when they received a decision by the RPD; (2) there were multiple layers of recourse available to refugee claimants and no limits on the number of H&C applications or PRRAs, and it would take an average of four and a half years to remove a failed refugee claimant; and (3) making the system timelier was necessary to address the growing backlog, to deter non-genuine claims, and to provide for timelier protection to those who need it.

[116] Ms. Dikranian says the DCO regime was one of the most significant changes introduced to respond to these needs. She states that some countries do not normally produce refugees and one of the principal reasons for the DCO regime was to "deter abuse of our refugee system by people who come from countries generally considered safe and 'non-refugee producing', while preserving the right of every eligible refugee claimant to have a fair hearing before the IRB".

[117] She explains how a country is designated as a DCO. There are two different ways for a country to be triggered for potential designation: quantitatively or qualitatively. Even when a country can be qualitatively or quantitatively triggered to be placed on the DCO list, further analysis against nine criteria is provided to the Minister in order to assist with making the decision. These criteria are as follows: (1) democratic governance; (2) protection of right to liberty and security of the person; (3) freedom of opinion and expression; (4) freedom of religion and association; (5) freedom from discrimination and protection of rights for groups at risk; (6) protection from non-state

[115] Dans son affidavit, elle déclare que dans le cadre de son rôle auprès de la Direction générale des affaires des réfugiés, elle a travaillé sur les réformes législatives du système de détermination de statut de réfugié du Canada, y compris la LMRER et la LPSIC. Elle donne trois raisons expliquant pourquoi le système a été réformé : 1) les ressources de la C.I.S.R. étaient mises à rude épreuve avec un retard de plus de 60 000 demandes d'asile non entendues lorsque la LMRER a été introduite et ce retard signifiait qu'il y avait un temps d'attente d'environ 19 mois entre la demande d'une personne à l'égard de la protection des réfugiés et le moment où elle recevait une décision de la SPR; 2) plusieurs couches de recours possibles s'offraient aux demandeurs d'asile et il n'y avait aucune limite à l'égard du nombre de demandes fondées sur des motifs d'ordre humanitaire ou d'ERAR et il fallait en moyenne quatre années et demie pour renvoyer un demandeur d'asile débouté; et 3) rendre le système plus rapide était nécessaire pour régler la question du retard croissant afin de dissuader les demandes non authentiques et d'assurer une protection plus opportune à ceux qui en ont besoin.

[116] Le régime des POD est l'un des changements les plus importants mis en place pour répondre à ces besoins, explique M^{me} Dikranian. Elle affirme que certains pays ne produisent normalement pas de réfugiés et l'une des raisons principales pour le régime des POD était de [TRADUCTION] « dissuader les abus de notre système de réfugiés par des gens qui viennent de pays généralement considérés comme sûrs et "ne produisant pas de réfugiés", tout en préservant le droit de chaque demandeur d'asile admissible à une audition équitable devant la CISR ».

[117] Elle explique comment un pays est désigné comme POD. Il y a deux différentes façons pour un pays de faire l'objet d'une désignation éventuelle : à savoir, quantitativement ou qualitativement. Même si un pays peut qualitativement ou quantitativement faire que le processus soit déclenché pour qu'il figure sur la liste des POD, une analyse plus approfondie de neuf critères est fournie au ministre afin d'aider à la prise de décision. Ces critères sont les suivants : 1) la gouvernance démocratique; 2) la protection du droit à la liberté et à la sécurité de la personne; 3) la liberté d'opinion et d'expression; 4) la liberté de religion et d'association; 5) l'absence de discrimination

actors; (7) access to impartial investigations; (8) access to an independent judiciary system; and (9) access to redress which includes constitutional and legal provisions. The Minister has the final discretion as to whether a country is designated as a DCO.

[118] The quantitative triggers apply only to countries where at least 30 claimants received their final I.R.B. determination (including abandonment or withdrawal decisions) in the three years prior to the potential designation. Ms. Dikranian says a low number of claims from nationals of a particular country could be indicative that the country does not normally produce refugees. She notes that paragraph 109.1(1)(b) of the IRPA provides three areas countries must meet to be considered for potential designation: (i) there is an independent judicial system; (ii) basic democratic rights and freedoms are recognized and mechanisms for redress are available if those rights or freedoms are infringed; and (iii) civil society organizations exist.

[119] The quantitative triggers are: a combined rejected, abandoned or withdrawal rate of 75 percent or more; or, a combined abandoned or withdrawn rate of 60 percent or more before a decision is made by the RPD during a consecutive 12-month period. To ensure these rates are stable, the analysis examines several consecutive 12-month periods; for example, by starting in January and the 11 months preceding, starting in February and the 11 months preceding, and so on.

[120] Since November 2014, Ms. Dikranian says there has been ongoing monitoring of countries on the DCO list using the nine criteria noted above to identify when and if there are any significant deterioration in country conditions from the time of designation. To date, no country has been de-designated.

[121] Ms. Dikranian notes that Hungary was designated as a DCO in December 2012, along with all member states of the EU other than Romania and Bulgaria.

et la protection des droits des groupes qui courent des risques; 6) la protection contre les acteurs non étatiques; 7) l'accès à des enquêtes impartiales; 8) l'accès à un système judiciaire indépendant; et 9) l'accès à la réparation, ce qui inclut des dispositions constitutionnelles et légales. Le ministre a le dernier mot quant à savoir si un pays est désigné comme POD.

[118] Les éléments déclencheurs quantitatifs s'appliquent uniquement aux pays où au moins 30 demandeurs ont reçu leur décision définitive de la C.I.S.R. (y compris les décisions d'abandon ou de retrait) dans les trois années précédant la désignation potentielle. Un faible nombre de demandes de ressortissants d'un pays donné pourrait être révélateur de ce que le pays ne produise normalement pas de réfugiés, explique M^{me} Dikranian. Elle note que l'alinéa 109.1(1)b) de la LIPR prévoit trois domaines que les pays doivent satisfaire pour être considérés à l'égard d'une désignation éventuelle : (i) il y a un système judiciaire indépendant; (ii) les droits démocratiques fondamentaux et les libertés sont reconnus et des mécanismes de réparation sont disponibles si ces droits ou libertés sont violés; et (iii) des organisations de la société civile existent.

[119] Les éléments déclencheurs quantitatifs sont : un taux combiné de rejet, d'abandon ou de retrait de 75 p. 100 ou plus; ou un taux combiné d'abandon ou de retrait de 60 p. 100 ou plus avant qu'une décision ne soit prise par la SPR pendant une période de 12 mois consécutifs. Pour s'assurer que ces taux sont stables, l'analyse porte sur plusieurs périodes de 12 mois consécutifs; par exemple, en commençant en janvier et les 11 mois qui précèdent, en commençant en février et les 11 mois qui précèdent et ainsi de suite.

[120] Depuis novembre 2014, M^{me} Dikranian affirme qu'il y a eu un suivi continu des pays figurant sur la liste des POD en utilisant les neuf critères susmentionnés pour déterminer s'il y a une détérioration importante dans les conditions de pays depuis l'époque de la désignation. À ce jour, aucune désignation de pays n'a été révoquée.

[121] M^{me} Dikranian fait remarquer que la Hongrie a été désignée comme POD en décembre 2012, ainsi que tous les États membres de l'Union européenne excepté la

Romania was quantitatively triggered afterwards and designated in October 2014. To date, Bulgaria has not met either the quantitative or qualitative thresholds. Ms. Dikranian says Bulgaria has exceeded the 30 finalizations required to be subject to the quantitative trigger; but the combined rejection, abandonment and withdrawal rate has not met or exceeded the 75 percent quantitative threshold.

[122] Ms. Dikranian states that the DCO policy was effective in deterring unfounded claims as overall acceptance rates increased from 42 percent in 2012 to 66 percent in 2014. It has also reduced the number of PRRA applications from 7 682 in 2007 to 2 059 in 2016.

[123] Ms. Dikranian explains that the DCO regime introduced a different procedure for failed DCO claimants, in that they must wait three years to apply for a PRRA, unlike non-DCO claimants who must wait for only one year. The justification for this difference, Ms. Dikranian says, is that DCO countries are not normally refugee-producing and generally respect human rights and are expected to be more stable. Ms. Dikranian states that: “The longer PRRA bar is essentially a longer period of validity of a decision at the IRB. Because these countries are generally stable, the timeframe in which there is a low likelihood of something changing is longer”.

[124] Ms. Dikranian also states that there are “safeguards” in place to ensure a claimant can receive a PRRA in the event something has changed since their previous negative I.R.B. or PRRA decision. Foreign nationals facing a late-developing risk concern may ask an enforcement officer for a deferral of removal to facilitate access to the PRRA process by a waiver of the bar. Also, subsection 112(2.1) of the IRPA allows the Minister to exempt nationals or former habitual residents of a country or a part of a country, or a class of nationals or former habitual residents of a country, from the PRRA bar. Ms. Dikranian notes that since 2012 there have been 19 exemptions (some

Roumanie et la Bulgarie. La Roumanie a été par la suite assujettie à des éléments déclencheurs quantitatifs et a été désignée en octobre 2014. À ce jour, la Bulgarie ne remplit pas les seuils quantitatifs ou qualitatifs. M^{me} Dikranian affirme que la Bulgarie a dépassé les 30 décisions définitives requises pour être assujettie au déclenchement quantitatif; mais le taux combiné de rejet, d’abandon et de retrait n’a pas atteint ou dépassé le seuil quantitatif de 75 p. 100.

[122] M^{me} Dikranian affirme que la politique en matière de POD était efficace pour dissuader les demandes non fondées alors que le taux d’acceptation globale a augmenté de 42 p. 100 en 2012 à 66 p. 100 en 2014. Elle a aussi réduit le nombre de demandes d’ERAR de 7 682 en 2007 à 2 059 en 2016.

[123] M^{me} Dikranian explique que le régime des POD a introduit une procédure différente pour les demandeurs de ces pays déboutés, en ce qu’ils doivent attendre trois ans pour présenter une demande d’ERAR, à la différence des demandeurs qui ne proviennent pas de pays d’origine désignés qui doivent attendre un an seulement. La justification de cette différence, affirme M^{me} Dikranian, est que les POD ne produisent habituellement pas de réfugiés. En règle générale, ils respectent également les droits de la personne et sont censés être plus stables. M^{me} Dikranian déclare que [TRADUCTION] « [l]a plus longue interdiction à l’ERAR est essentiellement une plus longue période de validité d’une décision de la CISR. Parce que ces pays sont généralement stables, le délai dans lequel il y a une faible probabilité que quelque chose change est plus long ».

[124] M^{me} Dikranian affirme également qu’il y a des « garanties » en place pour assurer qu’un demandeur puisse recevoir un ERAR dans le cas où quelque chose a changé depuis la précédente décision négative de la C.I.S.R. ou d’ERAR le concernant. Les ressortissants étrangers confrontés à une préoccupation à l’égard du développement d’un risque tardif peuvent demander à un agent d’exécution de la loi un report de renvoi pour faciliter l’accès au processus d’ERAR par une levée de l’interdiction. En outre, le paragraphe 112(2.1) de la LIPR permet au ministre d’exempter des ressortissants nationaux ou des personnes ayant leur résidence habituelle

countries have been exempted twice) to the 12-month PRRA bar. There have been no exemptions made for DCOs, which she says is “indicative that DCO countries are stable states having solid institutions (e.g. judiciary), no state-sponsored political violence, high levels of freedom to express their opinions without fear, and no civil wars”.

(3) Aldina Saude

[125] Aldina Saude is an inland enforcement officer at CBSA. She has worked in several units including the Failed Refugees Protect (FRP) unit for about a year. She describes her experiences working in the FRP and in the Deferrals Unit, a unit which processes the formalized written request for deferrals.

[126] In the FRP unit, she first conducted a pre-removal interview. At this interview, she would deliver the negative PRRA decision and advise the failed refugee claimant that they would shortly be removed from Canada. If a failed claimant had a valid travel document and there were no known impediments for the removal, departure from Canada would be scheduled within three to four weeks. Aside from any statutory or regulatory impediments to removal, if the failed claimant presented a valid reason to delay the removal, she would often adjust their removal date accordingly. Ms. Saude says she delayed many removals for failed claimants to allow them to attend a medical appointment, complete a school year, or to attend an in-person interview with CIC to assess an in-Canada spousal sponsorship application.

[127] According to Ms. Saude, there are no prescribed timelines for the submission of requests to defer removal.

sur le territoire d'un pays ou d'une partie d'un pays, ou une catégorie de ressortissants nationaux ou de personnes ayant leur résidence habituelle sur le territoire d'un pays, de l'interdiction relative à l'ERAR. M^{me} Dikranian note que depuis 2012, il y a eu 19 exemptions (certains pays ont été exemptés deux fois) à l'interdiction de 12 mois relative à l'ERAR. Il n'y a eu aucune exemption à l'égard des POD, ce qui, affirme-t-elle [TRADUCTION] « indique que les pays d'origine désignés sont des États stables ayant des institutions solides (par exemple, des institutions judiciaires), ne faisant l'objet d'aucune violence politique cautionnée par l'État, possédant des niveaux élevés de liberté d'expression des opinions sans crainte et n'étant assujettis à aucune guerre civile ».

3) Aldina Saude

[125] Aldina Saude est une agente d'exécution de la loi au Canada de l'ASFC. Elle a travaillé dans plusieurs sections, y compris la section de protection des réfugiés déboutés (PRD) pendant environ un an. Elle décrit ses expériences de travail dans la section de PRD et dans la section des reports, une section qui traite les demandes formelles écrites de report.

[126] Dans la section de PRD, elle a tout d'abord réalisé une entrevue avant renvoi. Lors de cette entrevue, elle transmettait la décision négative relative à l'ERAR et informait le demandeur d'asile débouté du fait qu'il serait prochainement renvoyé du Canada. Si un demandeur débouté possédait un document de voyage valide et qu'il n'y avait aucun empêchement connu à l'égard du renvoi, un départ du Canada était prévu dans les trois à quatre semaines. En dehors de toute restriction légale ou réglementaire à l'égard d'un renvoi, si le demandeur débouté présentait une raison valable de retarder le renvoi, elle ajustait souvent la date de renvoi en conséquence. M^{me} Saude déclare qu'elle a retardé de nombreux renvois à l'égard de demandeurs déboutés pour leur permettre de se rendre à un rendez-vous médical, de terminer une année scolaire ou de participer à une entrevue en personne auprès de CIC pour l'évaluation d'une demande de par-rainage de conjoint au Canada.

[127] Selon M^{me} Saude, il n'y a aucun délai prescrit pour le dépôt des demandes de report du renvoi. Certains

Some failed refugees submit a request for deferral as soon as they receive the call and notice advising them of their upcoming pre-removal interview; these requests are deemed premature because removal has yet to be scheduled. Most requests, however, are submitted after removal dates have been set, and Ms. Saude says it is not uncommon for foreign nationals to submit a request to defer removal less than five business days before the scheduled departure date despite having had several weeks' notice of the removal. When a deferral request is made verbally, these are assessed verbally in the course of the interaction. Written requests for a deferral are processed according to operational priority, in that those who are closest to deportation have their requests processed before those whose removal is less imminent.

[128] There is no limit to the number of requests for deferral of removal a failed claimant may make. Ms. Saude says failed claimants may request a deferral on the same basis several times; for example, once informally, once in writing, and again in writing through a legal representative. They may then request a deferral on different grounds. Ms. Saude states that a deferral is: “a measure available to mitigate an exceptional circumstance, increasingly, it appears that foreign nationals are submitting these written requests as a matter of routine. We rely on the guidance provided in the Enforcement Manual 10 Removals relating to an officer’s consideration of new allegations of risk at the deferral of removal stage”. According to Ms. Saude, the enactment of legislation limiting eligibility for application to the PRRA program has resulted in a surge of requests to defer removal based on an alleged risk that foreign nationals may face in their countries of destination.

[129] Ms. Saude states that requests to defer removal are granted in order to mitigate the exceptional circumstance presented, and then only as a temporary measure—there is still a statutory duty to execute enforceable removal orders. If new evidence of risk is presented, she says assessing this is not a simple task because an inland enforcement officer’s limited discretion to defer removal

demandeurs d’asile déboutés soumettent une demande de report dès qu’ils reçoivent l’appel et l’avis les informant de leur entrevue avant renvoi à venir; ces demandes sont jugées prématurées parce que le renvoi n’a pas encore été fixé. La plupart des demandes sont toutefois soumises après que des dates de renvoi ont été fixées et M^{me} Saude affirme qu’il n’est pas rare que des ressortissants étrangers présentent une demande de report de renvoi moins de cinq jours ouvrables avant la date de départ prévue bien qu’ils aient eu un préavis de plusieurs semaines du renvoi. Lorsqu’une demande de report est faite verbalement, elle est évaluée verbalement au cours de l’interaction. Les demandes écrites de report sont traitées en fonction des priorités opérationnelles en ce que les demandes des personnes qui sont les plus proches de l’expulsion sont traitées avant celles dont le renvoi est moins imminent.

[128] Il n’y a pas de limite au nombre de demandes de report de renvoi qu’un demandeur débouté peut faire. M^{me} Saude affirme que les demandeurs déboutés peuvent demander un report au même motif plusieurs fois; par exemple, ils peuvent le faire une fois de manière informelle, une fois par écrit, puis une autre fois par écrit par l’entremise d’un représentant légal. Ils peuvent ensuite demander un report pour des motifs différents. M^{me} Saude affirme qu’un report est [TRADUCTION] « une mesure disponible pour atténuer une circonstance exceptionnelle, de plus en plus, il semble que les ressortissants étrangers présentent ces demandes écrites systématiquement. Nous comptons sur les orientations fournies dans le chapitre 10 du Guide de l’exécution de la loi sur les renvois relatifs à l’examen par un agent de nouvelles allégations de risque à l’étape du report du renvoi ». Selon M^{me} Saude, l’adoption de textes législatifs limitant l’admissibilité à l’égard d’une demande au programme d’ERAR a entraîné un afflux de demandes de reporter un renvoi fondées sur un risque présumé auquel les ressortissants étrangers pourraient être confrontés dans leurs pays de destination.

[129] M^{me} Saude déclare que les demandes de report de renvoi sont accordées afin d’atténuer les circonstances exceptionnelles présentées, et alors seulement à titre de mesure temporaire — il existe toujours une obligation légale d’exécution à l’égard des mesures de renvoi exécutoires. Dans le cas où de nouveaux éléments de preuve de risque sont présentés, affirme-t-elle, l’évaluation de la

does not confer the delegated authority to issue a risk assessment akin to a PRRA. Ms. Saude concludes her affidavit by stating that an inland enforcement officer's role is limited to determining whether the evidence of risk presented is new and compelling; and if it is removal will be deferred for a risk assessment by a competent tribunal.

[130] In view of the foregoing summary of the evidence, it is appropriate now to consider whether some of the affidavits or portions of them should be struck.

VII. Should the Impugned Affidavits be Struck Out in Whole or in Part?

[131] As noted above, the case management Judge dismissed the respondent's motion to strike some of the affidavits or portions of them in an order dated February 1, 2018. This order provided that the respondent's motion could be brought before the applications judge in due course, and that all the existing affidavits filed in the record remain until such time as the applications judge otherwise determined. It is necessary, therefore, to address the respondent's motion which was renewed on the first day of the hearing of this matter.

A. *The Respondent's Submissions*

[132] The respondent contends that the applicants have filed improper affidavits which fail to comply with the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, as amended, regarding the admissibility of expert affidavits. In the respondent's view, the affidavits are irrelevant to the issues raised by these judicial review applications, are unnecessary to assist the trier of fact, and include inappropriate content. Admission of these affidavits has the potential, the respondent claims, to distort the facts and distract the parties from the relevant issues.

situation ne constitue pas une simple tâche parce que le pouvoir discrétionnaire de l'agent d'exécution de la loi au Canada est limité et ne lui confère pas le pouvoir délégué d'émettre une évaluation des risques s'apparentant à un ERAR. M^{me} Saude conclut son affidavit en affirmant que le rôle de l'agent d'exécution de la loi au Canada se limite à déterminer si la preuve du risque présenté est nouvelle et irrésistible et, si c'est le cas, le renvoi sera reporté pour qu'une évaluation des risques soit effectuée par un tribunal compétent.

[130] Compte tenu du précédent résumé de la preuve, il convient maintenant d'examiner si certains des affidavits ou certaines parties d'eux devraient être radiés.

VII. Les affidavits contestés devraient-ils être radiés en totalité ou en partie?

[131] Comme il a déjà été mentionné, le juge chargé de la gestion de l'instance a rejeté la requête en radiation de certains affidavits ou de parties de ceux-ci du défendeur dans une ordonnance datée du 1^{er} février 2018. Cette ordonnance établissait que la requête du défendeur pourrait être présentée au juge de première instance en temps opportun, et que tous les affidavits existants déposés au dossier y demeurent jusqu'au moment où le juge de première instance en décide autrement. Il est par conséquent nécessaire de traiter la requête du défendeur qui a été présentée à nouveau le premier jour de l'audition de la présente affaire.

A. *Les observations du défendeur*

[132] Le défendeur soutient que les demandeurs ont déposé des affidavits inappropriés qui ne respectent pas les *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, dans leur version modifiée, en ce qui concerne la recevabilité des affidavits d'experts. D'après le défendeur, les affidavits ne sont pas pertinents à l'égard des questions soulevées dans le cadre des présentes demandes de contrôle judiciaire, ne sont pas nécessaires pour aider le juge des faits et contiennent un contenu inapproprié. La recevabilité de ces affidavits a le potentiel, soutient le défendeur, de déformer les faits et de détourner les parties des questions pertinentes.

[133] The respondent does not object to the affidavits of the individual applicants since they contain details of their personal experiences. The respondent does object, however, to the admission into evidence of eight affidavits or portions of them filed by the applicants as proposed expert witnesses. These affiants are: Sean Rehaag, Aadil Mangalji, Audrey Macklin, Janet Mosher, Christopher Anderson, Cynthia Levine-Rasky, Juliana Beaudoin, and Lisa Andermann.

[134] The respondent notes that the Supreme Court has emphasized the “gatekeeper” role of the judge and that trial judges must be vigilant in monitoring and enforcing the proper scope of expert evidence. According to the respondent, long-standing jurisprudence holds that expert witnesses should not be permitted to usurp the function of a trier of fact by providing opinions on domestic law. The courts are the experts in matters of law and its interpretation and, therefore, expert affidavits containing opinions on domestic law are inadmissible.

[135] The respondent says the admission of expert evidence depends on the application of the four factors emanating from the Supreme Court’s decision in *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9, (1994), 114 D.L.R. (4th) 419 (*Mohan*), at paragraphs 17 to 21: (1) relevance; (2) necessity in assisting the trier of fact; (3) the absence of any exclusionary rule; and (4) a properly qualified expert. The respondent points to the two-stage analysis designed to facilitate the application of the *Mohan* criteria developed by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Abbey*, 2009 ONCA 624, 246 C.C.C. (3d) 301 (*Abbey*), at paragraphs 76 and 77, 82 to 85. At the first stage, the proffering party must satisfy the court that the proposed evidence meets the threshold criteria of admissibility. With respect to relevance, the court must be satisfied that the proposed evidence is logically relevant, in that it tends to make the existence or non-existence of a fact in issue more or less likely. At the second stage, the court undertakes a case-specific, cost-benefit analysis to determine whether the expert evidence is sufficiently probative to outweigh any prejudicial impact that admission will have.

[133] Le défendeur ne conteste pas les affidavits des demandeurs individuels puisqu’ils contiennent des détails relatifs à leurs expériences personnelles. Le défendeur conteste toutefois, la recevabilité en preuve des huit affidavits ou de parties de ceux-ci déposés par les demandeurs en tant que témoins experts proposés. Ces déposants sont : Sean Rehaag, Aadil Mangalji, Audrey Macklin, Janet Mosher, Christopher Anderson, Cynthia Levine-Rasky, Juliana Beaudoin et Lisa Andermann.

[134] Le défendeur note que la Cour suprême a souligné le rôle de « gardien » du juge et les juges du procès doivent être vigilants dans le cadre de la surveillance et de l’application de la portée adéquate du témoignage d’expert. Selon le défendeur, la jurisprudence établie de longue date énonce que les témoins experts n’ont pas la permission d’usurper les fonctions du juge des faits en donnant des opinions sur le droit national. Les tribunaux sont les experts en ce qui concerne les questions de droit et son interprétation et, par conséquent, les affidavits d’expert contenant des opinions à l’égard du droit national sont irrecevables.

[135] Le défendeur affirme que la recevabilité d’un témoignage d’expert dépend de l’application de quatre facteurs émanant de la décision de la Cour suprême dans l’arrêt *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9 (*Mohan*), aux paragraphes 17 à 21 : 1) la pertinence; 2) la nécessité d’aider le juge des faits; 3) l’absence de toute règle d’exclusion; et 4) la qualification suffisante de l’expert. Le défendeur mentionne l’analyse en deux étapes conçue pour faciliter l’application des critères de l’arrêt *Mohan* développée par la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *R. v. Abbey*, 2009 ONCA 624, 246 C.C.C. (3d) 301 (*Abbey*), aux paragraphes 76, 77 et 82 à 85. À la première étape, la partie qui propose l’élément de preuve doit convaincre le tribunal qu’il satisfait aux critères du seuil d’admissibilité. En ce qui concerne la pertinence, le tribunal doit être convaincu que l’élément de preuve proposé est logiquement pertinent en ce qu’il tend à rendre l’existence ou la non-existence d’un fait allégué plus ou moins probable. À la deuxième étape, le tribunal entreprend une analyse coûts-avantages propre à l’affaire afin d’établir si le témoignage d’expert est suffisamment probant pour l’emporter sur l’incidence défavorable que la recevabilité aura.

[136] The respondent claims the Rehaag affidavit lacks impartiality and contains inappropriate opinion evidence. In the respondent's view, this affidavit fails the *Abbey* cost-benefit analysis. In determining probative value, the respondent says the Court must consider whether the proposed evidence is impugned by reliability concerns, including alleged impartiality. According to the respondent, Professor Rehaag lacks impartiality because he has been a consistent advocate against the DCO provisions and has advocated that the DCO regime is not Charter compliant. The role of an expert is not to advocate, the respondent states, but to assist the Court by providing an independent and unbiased opinion about matters within the expertise of the witness. The respondent insists that Professor Rehaag's assertions should be viewed through the lens of his partiality and, if his affidavit is not struck, it should at the very least be weighed accordingly.

[137] The respondent contends that the Mangalji affidavit contains inappropriate opinion evidence. The respondent notes Mr. Mangalji indicates that he was asked to provide an affidavit on the legal, policy and practical differences between the PRRA process and the deferral request process. The respondent says it is not necessary for Mr. Mangalji to use his expertise to point out the various provisions in the IRPA and the Regulations of which the Court is already aware. According to the respondent, expert opinion on domestic legislation and on the proper interpretation of the law usurp the role of the Court and is not admissible. Mr. Mangalji does not purport to provide a scientific or other contextual opinion outside of the purview of the Court's expertise. Rather, in his capacity as a lawyer, he puts forward legal information and opinion. This, the respondent says, is not admissible expert evidence and this affidavit should be struck.

[138] With respect to the Macklin affidavit, the respondent says it contains inappropriate opinion evidence. The respondent notes it contains as an exhibit a book chapter she wrote entitled "A safe country to emulate? Canada and the European refugee". In the respondent's view, this affidavit otherwise has no content, provides no context

[136] Le défendeur soutient que l'affidavit Rehaag manque d'impartialité et contient un témoignage d'opinion non pertinent. De l'avis du défendeur, cet affidavit ne satisfait pas à l'analyse coûts-avantages de l'arrêt *Abbey*. Dans le cadre de l'évaluation de la valeur probante, le défendeur affirme que la Cour doit tenir compte de la question de savoir si les éléments de preuve proposés sont mis en doute par des lacunes sur le plan de la fiabilité, y compris l'impartialité alléguée. D'après le défendeur, le professeur Rehaag manque d'impartialité, car il a toujours milité contre les dispositions sur les POD et prétendu que le régime des POD ne respectait pas la Charte. Le rôle d'un expert n'est pas de militer, déclare le défendeur, mais d'aider la Cour en fournissant un avis indépendant et objectif sur les questions qui relèvent de l'expertise du témoin. Le défendeur insiste à l'égard du fait que les affirmations du professeur Rehaag devraient être considérées dans la perspective de sa partialité et, si son affidavit n'est pas radié, il devrait à tout le moins être apprécié en conséquence.

[137] Le défendeur soutient que l'affidavit Mangalji contient un témoignage d'opinion inapproprié. Le défendeur note que M. Mangalji indique qu'il lui a été demandé de fournir un affidavit à l'égard des différences juridiques, politiques et pratiques entre le processus d'ERAR et le processus de demande de report. Le défendeur affirme qu'il n'est pas nécessaire pour M. Mangalji d'utiliser son expertise pour faire ressortir les diverses dispositions de la LIPR et du règlement dont la Cour a déjà connaissance. D'après le défendeur, l'opinion d'expert sur la législation nationale et sur l'interprétation adéquate de la loi usurpe le rôle de la Cour et est irrecevable. M. Mangalji ne prétend pas fournir une opinion scientifique ou une autre opinion contextuelle hors de la portée de l'expertise de la Cour. En tant qu'avocat, il présente plutôt des renseignements et un avis juridique. Le défendeur affirme qu'il ne s'agit pas d'un témoignage d'expert recevable et que cet affidavit devrait être radié.

[138] En ce qui concerne l'affidavit Macklin, le défendeur soutient qu'il contient un témoignage d'opinion qui est inapproprié. Le défendeur note qu'il contient comme pièce le chapitre d'un livre qu'elle a écrit intitulé « A Safe country to emulate? Canada and the European refugee ». De l'avis du défendeur, cet affidavit ne possède

for this document, and is therefore completely unnecessary. The respondent claims the attached exhibit includes opinion evidence on matters of Canadian immigration law and the DCO provisions and, therefore, is inadmissible expert evidence.

[139] The respondent says paragraphs 11 to 50 of the Mosher affidavit should be struck for lack of relevance. The bulk of her affidavit (paragraphs 11 to 39) deals with stereotyping and stigma faced by recipients of social assistance and, according to the respondent, this is not relevant to either immigration law and policy or the specific issue in this litigation. The respondent notes Professor Mosher attempts to equate the political labeling of some refugee claimants from DCO countries as bogus, to the labelling of some social assistance recipients as lazy or deceitful. In the respondent's view, it is not clear how this comparison can assist the Court in determining the constitutionality of paragraph 112(2)(b.1) of the IRPA.

[140] In the respondent's view, the bulk of the Anderson affidavit provides a selective review of Canadian immigration history and policy but makes no reference to the current DCO provisions. The respondent says this affidavit is neither relevant nor necessary, and because it fails the *Abbey* cost-benefit analysis, it should be struck. In particular, the respondent maintains that paragraphs 2 to 48 of the Anderson affidavit are neither relevant nor necessary.

[141] The respondent notes that, while the Anderson affidavit focuses on historical policies which attempted to exclude certain groups of asylum seekers based on race, ethnicity, religion, or nationality, paragraph 112(2)(b.1) does not draw distinctions on these bases. This affidavit purports to provide a general context within which to understand recent Canadian immigration policies, but the respondent faults the affidavit because it does not provide any historical context relevant to the constitutionality of paragraph 112(2)(b.1). Even if certain portions of this affidavit are found to be relevant, the respondent

autrement aucun contenu, ne fournit aucun contexte à l'égard de ce document et est par conséquent tout à fait inutile. Le défendeur soutient que la pièce jointe comprend un témoignage d'opinion sur des questions de droit en matière d'immigration au Canada et les dispositions sur les POD et est, par conséquent, irrecevable en tant que témoignage d'expert.

[139] Le défendeur affirme que les paragraphes 11 à 50 de l'affidavit Mosher devraient être radiés pour défaut de pertinence. La majeure partie de son affidavit (les paragraphes 11 à 39) traite des stéréotypes et des préjugés auxquels sont confrontés les bénéficiaires de l'aide sociale et, selon le défendeur, cela n'est pas pertinent à l'égard du droit et de la politique de l'immigration ou à la question particulière soulevée dans le cadre du présent litige. Le défendeur note que la professeure Mosher tente d'assimiler l'étiquetage politique de certains demandeurs d'asile des POD de faux à l'étiquetage de certains bénéficiaires de l'aide sociale de paresseux ou de malhonnêtes. De l'avis du défendeur, il n'est pas clair comment cette comparaison peut aider la Cour à établir la validité constitutionnelle de l'alinéa 112(2)b.1) de la LIPR.

[140] Selon le défendeur, la majeure partie de l'affidavit Anderson fournit un examen sélectif de l'histoire et des politiques en matière d'immigration du Canada, mais ne fait aucunement référence aux dispositions actuelles sur les POD. Le défendeur affirme que cet affidavit n'est ni pertinent ni nécessaire et qu'il devrait être radié parce qu'il ne satisfait pas à l'analyse coûts-avantages de l'arrêt *Abbey*. Plus particulièrement, le défendeur soutient que les paragraphes 2 à 48 de l'affidavit Anderson ne sont ni pertinents ni nécessaires.

[141] Le défendeur note que bien que l'affidavit Anderson soit axé sur les politiques historiques qui ont tenté d'exclure certains groupes de demandeurs d'asile en se fondant sur la race, l'origine ethnique, la religion ou la nationalité, l'alinéa 112(2)b.1) ne fait aucune distinction sur ces fondements. L'affidavit vise à donner un contexte général permettant de comprendre les politiques récentes du Canada en matière d'immigration, mais le défendeur critique l'affidavit parce qu'il n'offre pas de contexte historique pertinent à la constitutionnalité de l'alinéa 112(2)b.1). Même si certaines parties de cet affidavit sont déclarées pertinentes,

says they should be excluded if: their probative value is overborne by the prejudicial effect; they involve an inordinate amount of time which is not commensurate with their value; or they are misleading in the sense that their effect on the trier of fact is out of proportion to their reliability.

[142] According to the respondent, the Anderson affidavit fails the *Abbey* cost-benefit analysis. In the respondent's view, this evidence would unnecessarily broaden the scope of this litigation, potentially making it an attack on the Canadian immigration and refugee system since Confederation. The limited probative value of this evidence is outweighed by the inordinate amount of time and expense associated with cross-examination and the potential of submitting expert evidence to rebut Professor Anderson's conclusions, which would then be subject to cross-examination by the applicants.

[143] The respondent submits that the Anderson affidavit is not necessary to assist the Court. The respondent says the Court is likely aware of the general historical policies discussed in this affidavit, and there is nothing unique or conceptually difficult about these policies that requires expert explanation. In the respondent's view, the Court can understand the general historical context of Canadian immigration policy without the expert evidence of Professor Anderson. According to the respondent, this affidavit has the potential, if not struck, to distort the fact-finding process because Professor Anderson's opinions, drawn from his selective summary of exclusionary immigration and refugee policies, have no bearing on whether paragraph 112(2)(b.1) is constitutional.

[144] The respondent says the Levine-Rasky affidavit attaches as exhibits her book as well as two articles she has written. In the respondent's view, this affidavit otherwise has no content and provides no context for these documents. This affidavit, the respondent says, is completely unnecessary since the sources attached as exhibits could simply be cited in the applicants' memorandum, and it should be struck on that basis.

le défendeur affirme qu'elles devraient être exclues dans le cas où leur valeur probante est annihilée par l'effet préjudiciable, elles impliquent une période de temps excessive qui n'est pas proportionnelle à leur valeur ou elles sont trompeuses au sens que leur effet sur le juge des faits est disproportionné par rapport à leur fiabilité.

[142] Selon le défendeur, l'affidavit Anderson ne répond pas à l'analyse coûts-avantages de l'arrêt *Abbey*. De l'avis du défendeur, cet élément de preuve élargirait inutilement la portée du présent litige en le transformant potentiellement en une attaque du système d'immigration et de protection des réfugiés au Canada depuis la Confédération. La période de temps et les dépenses excessives liées au contre-interrogatoire et à la présentation potentielle d'un témoignage expert pour réfuter les conclusions du professeur Anderson, qui sera alors assujéti à un contre-interrogatoire des demandeurs, l'emportent sur la valeur probante limitée de cet élément de preuve.

[143] Le défendeur soutient que l'affidavit de M. Anderson n'est pas nécessaire pour aider la Cour. Le défendeur affirme que la Cour est probablement au fait des politiques historiques générales traitées dans cet affidavit et que ces politiques ne comprennent rien de particulier ou de difficile sur le plan des notions exigeant les explications d'un expert. Le défendeur est d'avis que la Cour est en mesure de comprendre le contexte historique général de la politique canadienne en matière d'immigration sans le témoignage d'expert du professeur Anderson. D'après le défendeur, cet affidavit a le potentiel, s'il n'est pas radié, de déformer le processus de recherche des faits parce que les opinions du professeur Anderson, tirées de son résumé sélectif en matière d'immigration et de politiques de protection des réfugiés d'exclusion, n'ont aucune incidence sur le caractère constitutionnel de l'alinéa 112(2)b.1).

[144] Le défendeur affirme que l'affidavit Levine-Rasky joint le livre de la professeure Levine-Rasky, ainsi que deux articles écrits par elle, en tant que pièces. D'après le défendeur, cet affidavit ne possède autrement aucun contenu et ne donne aucun contexte à l'égard de ces documents. Cet affidavit, affirme le défendeur, est tout à fait inutile puisque les sources jointes en tant que pièces pourraient tout simplement être citées dans le mémoire

[145] The respondent remarks that the Beaudoin affidavit indicates that she prepared it for the purpose of challenging the legality of paragraph 112(2)(b.1) of the IRPA. However, in the respondent's view, her affidavit mainly discusses the portrayal of Roma in the Canadian media and public attitudes towards persons of Roma ethnicity and these topics have no relevance to the issue at hand. The bulk of this affidavit is simply not relevant to the central issue in this litigation and, according to the respondent, paragraphs 7 to 18 should be struck.

[146] The respondent says Professor Andermann's affidavit should be struck in its entirety because it is neither relevant nor necessary. In the respondent's view, her opinion on the psychological or psychiatric effects of uncertain procedures and timelines on refugee claimants is not relevant to the issue of the constitutionality of paragraph 112(2)(b.1). According to the respondent, the Court does not require this opinion evidence to appreciate that some refugee claimants may suffer from posttraumatic symptoms arising from their experiences. There is nothing complicated, technical, or conceptually difficult about these conclusions that requires expert explanation.

B. *The Applicants' Submissions*

[147] At the hearing of this matter, the applicants argued that the respondent's motion to strike was not properly before the Court and the timing of the motion prejudiced them. According to the applicants, the order of Justice Elliott, the case management Judge, dismissing the motion to strike was clear that the respondent had to file another free-standing motion. The applicants also complained that they heard for the first time at the hearing allegations of impartiality about Professors Macklin and Beaudoin, and that these allegations were not made in the previous motion to strike.

des faits des demandeurs et il devrait être radié pour ce motif.

[145] Le défendeur fait remarquer que l'affidavit Beaudoin indique que M^{me} Beaudoin l'a préparé aux fins de contester la légalité de l'alinéa 112(2)b.1) de la LIPR. Toutefois, d'après le défendeur, son affidavit traite principalement de la description des Roms dans les médias au Canada et des attitudes du public à l'égard des personnes d'origine ethnique rome et ces sujets n'ont aucune pertinence en l'espèce. La majeure partie de cet affidavit est tout simplement non pertinente à l'égard de la question principale soulevée dans le cadre du présent litige et, d'après le défendeur, les paragraphes 7 à 18 devraient être radiés.

[146] Le défendeur affirme que l'affidavit de la professeure Andermann devrait être intégralement radié parce qu'il n'est ni pertinent ni nécessaire. D'après le défendeur, son avis sur les effets psychologiques ou psychiatriques de l'incertitude liée aux procédures et aux délais sur les demandeurs d'asile n'est pas pertinent à l'égard de la question de la validité de l'alinéa 112(2)b.1) sur le plan constitutionnel. D'après le défendeur, la Cour ne nécessite pas ce témoignage d'expert pour apprécier le fait que certains demandeurs d'asile pourraient souffrir de symptômes post-traumatiques découlant de leur expérience. Ces conclusions ne comportent pas d'élément compliqué, technique ou difficile sur le plan conceptuel exigeant les explications d'un expert.

B. *Les arguments des demandeurs*

[147] Lors de l'instruction de l'affaire, les demandeurs ont fait valoir que la Cour n'était pas dûment saisie de la requête en radiation du défendeur et que le moment choisi pour déposer cette requête leur porte atteinte. Selon les demandeurs, la juge Elliott qui est chargée de la gestion de l'instance a rendu une ordonnance qui rejette la requête et énonce clairement que le défendeur doit déposer une autre requête autonome. Les demandeurs se plaignent aussi d'avoir entendu pour la première fois à l'audience les allégations d'impartialité portées contre les professeurs Macklin et Beaudoin et que ces allégations n'étaient pas présentes dans la requête en radiation précédente.

[148] The applicants further argued that the opportunity to address the new allegations about the expert evidence had been lost because the respondent waited so long to revive his motion, leaving them to respond without notice to lengthy submissions on the spot, and that this was essentially an ambush. The applicants asserted at the hearing there had been ample time for the respondent to bring an appropriate motion to the Court, and the failure to do so basically relinquished the respondent's right to do so now.

[149] In their written submissions, the applicants note the respondent does not dispute the qualifications of the applicants' seven experts but, rather, disputes the relevance of certain evidence provided by those affiants. According to the applicants, for purposes of the first stage admissibility assessment, relevance means logical relevance, and to be logically relevant the expert evidence must have the tendency as a matter of human experience and logic to make the existence or non-existence of a fact in issue more or less likely than it would be without that evidence.

[150] As for the second stage of the admissibility assessment, the applicants acknowledge that, while all trial judges assume a gatekeeper function in the context of expert evidence, this role is significantly more pronounced in trials and, particularly, jury trials. This function is significantly attenuated in the context of an application for judicial review where there is no *viva voce* evidence and no jury.

[151] The applicants note that in *Abbey* the gatekeeper function was described in terms of a cost-benefit analysis regarding the admissibility of expert evidence. The "benefit" side of this evaluation entails a consideration of the probative potential of the evidence and the significance of the issue to which the evidence is directed. The "cost" side of the analysis includes concerns that a fact-finder faced with a well-presented expert opinion may abdicate its fact-finding role, and that expert opinion evidence may compromise the trial process by unduly protracting and complicating proceedings, providing an advantage to the party with the most resources.

[148] Les demandeurs font de plus valoir qu'ils n'ont plus l'occasion de réfuter les nouvelles allégations sur les témoignages d'experts, car le défendeur a attendu à la dernière minute pour relancer sa requête, ce qui les pousse à répondre à des arguments interminables sur-le-champ sans préavis, et qu'il s'agit là essentiellement d'un piège. Les demandeurs ont affirmé à l'audience que le défendeur avait eu amplement le temps de déposer une requête appropriée et que le fait de ne pas l'avoir fait aliène de façon fondamentale le droit du défendeur à le faire maintenant.

[149] Dans leurs observations écrites, les demandeurs remarquent que le défendeur ne conteste pas les qualifications des sept experts qu'ils présentent, mais qu'il conteste plutôt la pertinence de certains des témoignages rendus par ces experts. Selon les demandeurs, à la première étape de l'évaluation de l'admissibilité, pertinence veut dire pertinence logique et un témoignage d'expert qui se veut logiquement pertinent doit tendre à augmenter la probabilité de l'existence ou de la non-existence d'un fait contesté, tant par l'expérience humaine que par la logique.

[150] À la deuxième étape de l'évaluation de l'admissibilité, les demandeurs reconnaissent que, même si les juges qui président exercent une fonction de gardien en ce qui a trait aux témoignages d'experts, ce rôle augmente en importance lors d'un procès, surtout lors d'un procès devant jury. Par contre, ce rôle perd de son importance lorsqu'il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire en raison de l'absence de témoignages oraux et de jury.

[151] Les demandeurs font remarquer que la fonction de gardien est décrite dans l'arrêt *Abbey* en ce qui concerne l'analyse coûts-avantages portant sur l'admissibilité des témoignages d'experts. Pour établir les « avantages » de l'évaluation, il doit y avoir examen de la valeur probante potentielle des témoignages et de l'importance de la question en litige à laquelle les témoignages se rapportent. Parmi les « coûts » de la même évaluation, il y a possibilité que, s'il est confronté à une opinion d'expert bien présentée, le juge des faits abandonne la recherche de faits et que le témoignage d'opinion d'un expert ne vienne vicier le processus judiciaire par le prolongement

[152] According to the applicants, the cost or prejudice concerns are not present in this matter because: (1) there is no risk that admission of the expert evidence will unduly protract or complicate the proceeding and hearing of the applications can proceed based on a complete evidentiary record with no additional or unforeseen delay; and (2) in the absence of a jury, there is no risk the Court would be overwhelmed by the evidence and abdicate its fact-finding duties.

[153] In the applicants' view, the respondent's arguments about the Rehaag, Anderson, and Beaudoin affidavits are barred by issue estoppel or are otherwise a collateral attack and an abuse of process. The applicants in *Y.Z.* filed expert affidavits from various affiants, including Sean Rehaag, Christopher Anderson, and Julianna Beaudoin. The applicants note that, in the present applications, Professor Rehaag attaches and relies upon his affidavit from the *Y.Z.* litigation, and both Professor Anderson and Ms. Beaudoin provide substantially similar evidence in these applications as they did in *Y.Z.* The applicants rely on these affidavits for the same reasons advanced in *Y.Z.*: to establish that legislative distinctions drawn between the procedural advantages bestowed to non-DCO refugee claimants and the disadvantages suffered by DCO refugee claimants are discriminatory and serve to further marginalize, prejudice, and stereotype DCO claimants.

[154] CARL says it meets all the criteria necessary to estop the respondent from attempting to strike the Rehaag, Anderson and Beaudoin affidavits. These affidavits are similar to those in *Y.Z.* They have been tendered to demonstrate that the procedural disadvantages imposed on DCO nationals under the IRPA are discriminatory under subsection 15(1) of the Charter. The respondent in *Y.Z.*—the same respondent as in this case—discontinued his appeal of that judgment. In these circumstances,

indu de la procédure, ce qui donnerait un avantage à la partie ayant le plus de ressources.

[152] Selon les demandeurs, les questions de coûts ou de préjudice ne se posent pas pour deux raisons : 1) il n'y a aucun risque que l'admission de témoignages d'experts ne prolonge ni ne complexifie indûment la procédure et l'instruction des requêtes peut alors compter sur un dossier de la preuve complet sans délai supplémentaire ou imprévu; 2) en l'absence de jury, la Cour ne court aucun risque d'être submergée par la preuve ni de délaissé son rôle de recherche de faits.

[153] De l'avis des demandeurs, les arguments du défendeur à l'égard des affidavits de M. Rehaag, de M. Anderson et de M^{me} Beaudoin sont irrecevables selon le principe de préclusion ou sinon ils constituent une attaque indirecte et un abus de procédure. Les demandeurs de la décision *Y.Z.* ont déposé des affidavits d'experts de plusieurs déposants, entre autres M. Sean Rehaag, M. Christopher Anderson et M^{me} Julianna Beaudoin. Les demandeurs font remarquer que, dans les présentes requêtes, le professeur Rehaag joint l'affidavit qu'il a déposé pour la décision *Y.Z.* et l'invoque, tandis que le professeur Anderson et M^{me} Beaudoin fournissent essentiellement le même témoignage pour les présentes requêtes que celui qu'ils ont livré dans la décision *Y.Z.* Les demandeurs se fondent sur ces affidavits pour les mêmes raisons invoquées dans la décision *Y.Z.*, c'est-à-dire pour démontrer que les distinctions établies par la loi entre les avantages procéduraux accordés aux demandeurs d'asile qui ne proviennent pas de pays d'origine désignés et les inconvénients subis par les demandeurs d'asile en provenance de pays d'origine désignés sont discriminatoires et servent à marginaliser, à léser et à stéréotyper les demandeurs provenant d'un pays d'origine désigné.

[154] L'ACAADR dit que tous les critères nécessaires pour ordonner au défendeur de retirer ses requêtes en radiation des affidavits Rehaag, Anderson et Beaudoin ont été satisfaits. Ces affidavits sont semblables à ceux présentés dans la décision *Y.Z.* Leur dépôt vise à démontrer que les inconvénients procéduraux imposés aux demandeurs provenant de POD en application de la LIPR sont discriminatoires par application du paragraphe 15(1) de la Charte. Le défendeur dans la décision *Y.Z.*, le même

CARL maintains that the conditions precedent for issue estoppel are met and none of the discretionary bases for not applying issue estoppel arises in this case. CARL acknowledges that the other applicants in these applications were not parties in *YZ*. Other common law doctrines, however, such as collateral attack and abuse of process, are still available to prevent the waste and potential abuse inherent in the respondent's attempt to re-litigate the admissibility of the Rehaag, Anderson and Beaudoin affidavits.

[155] In the applicants' view, the respondent's motion to strike is without merit and, if granted, would prevent the Court from assessing the constitutional validity of the impugned legislation based on a full record. The applicants rely upon this evidence to establish the legislative and social facts necessary to argue that Parliament's drawing of distinctions between DCO and non-DCO nationals was based on hurtful, prejudicial, and inaccurate stereotypes about the merits of DCO nationals' claims.

[156] According to the applicants, the respondent's argument that Professor Rehaag lacks impartiality lacks foundation. It is not enough, they say, to assert that Professor Rehaag is not impartial. The moving party bears the burden of establishing such an allegation when requesting the exceptional remedy of striking an affidavit at this stage of the proceeding. The respondent has provided no basis whatsoever for a finding of partiality. With respect to the general allegation that the Rehaag affidavit amounts to a legal opinion on the merits of the DCO provisions, the applicants say this mischaracterizes the purpose of this evidence. The Rehaag affidavit provides statistical analysis of the quantitative trigger permitting designation of a DCO along with his expert opinion regarding the reliability of statistical information compiled by the I.R.B. about refugee claim outcomes.

qu'en l'espèce, s'est désisté de l'appel de ce jugement. Vu ces circonstances, l'ACAADR soutient que les conditions précédentes pour la préclusion sont satisfaites et qu'aucun des motifs discrétionnaires de non-application de la préclusion ne s'appliquent en l'espèce. L'ACAADR admet que les autres demandeurs des présentes requêtes ne sont pas des parties dans la décision *YZ*. Il est néanmoins encore possible de se prévaloir des principes de common law, comme la contestation indirecte et l'abus de procédure, pour éviter le gaspillage de ressources et l'abus potentiel découlant de la tentative du défendeur de remettre en litige l'admissibilité des affidavits Rehaag, Anderson et Beaudoin.

[155] De l'avis des demandeurs, la requête en radiation du défendeur est sans fondement et, si elle était accueillie, empêcherait la Cour d'évaluer la validité constitutionnelle de la loi contestée en s'appuyant sur un dossier complet. Les demandeurs se fondent sur ces témoignages pour établir les faits législatifs et sociaux nécessaires pour faire valoir que la distinction faite par le législateur entre ressortissants provenant de pays d'origine désignés et ceux ne provenant pas de pays d'origine désignés est fondée sur des stéréotypes blessants, préjudiciables et inexacts sur le fond des demandes présentées par les ressortissants de POD.

[156] Selon les demandeurs, l'argument du défendeur voulant que le professeur Rehaag manque d'impartialité n'a pas de fondement. Il ne suffit pas d'affirmer, selon eux, que le professeur Rehaag n'est pas impartial. C'est à la partie qui présente la requête qu'incombe le fardeau de démontrer qu'une telle allégation est fondée lorsque cette partie sollicite la radiation d'un affidavit, une mesure exceptionnelle à cette étape de l'instance. Le défendeur n'a fourni aucun fondement permettant de conclure à la partialité du professeur. À l'égard de l'allégation d'ordre général voulant que l'affidavit de M. Rehaag ne soit qu'un avis juridique sur le fondement des dispositions sur les POD, les demandeurs pensent qu'il s'agit là d'une déformation de l'objet de ce témoignage. L'affidavit de M. Rehaag fournit une analyse statistique du critère quantitatif pour la désignation d'un pays d'origine désigné et son opinion d'expert au sujet de la fiabilité des données statistiques compilées par la C.I.S.R. sur l'issue des demandes d'asile.

[157] The applicants also note that the respondent has failed to identify any specific paragraphs or sections of the Rehaag affidavit that allegedly constitute an impermissible legal opinion. A general allegation that an expert affiant provides unreliable or inadmissible opinion evidence, without any specific evidence of partiality or examples of impermissible opinion, cannot possibly meet the threshold required to strike all or part of an affidavit.

[158] With respect to Mr. Mangalji's affidavit, contrary to the respondent's argument, the applicants have not claimed that Mr. Mangalji is an expert witness. Mr. Mangalji has not provided a certificate concerning the Code of Conduct for Expert Witnesses. His affidavit contains relevant information as well as his own personal knowledge about the legal, policy and practical differences between the PRRA process and the deferral request process. In the applicants' view, Mr. Mangalji merely attests to facts within his knowledge as a result of his professional activities.

[159] The applicants say the Mangalji affidavit is relevant to their subsection 15(1) argument concerning the differential treatment of DCO nationals with respect to presenting new evidence of risk, avoiding *refoulement*, and obtaining protection in Canada after a refused claim for protection. The applicants note that, when assessing Charter violations, the threat of harm and the potential for Charter violations are relevant. According to the applicants, reasonable hypotheticals, such as the examples of other claimants' experiences in the Mangalji affidavit, are relevant to the question of whether the DCO regime is consistent with the Charter. Because it is often difficult to draw a bright line distinguishing inadmissible lay opinion from admissible evidence, the preferable approach, the applicants say, is to admit the evidence and to assess its weight considering the totality of the evidence before the Court.

[160] In the applicants' view, the respondent's assertion, that the expert evidence of Professor Macklin is

[157] Les demandeurs remarquent également que le défendeur a omis de désigner les paragraphes ou les parties de l'affidavit de M. Rehaag qui sont censés constituer un avis juridique irrecevable. Une allégation d'ordre général selon laquelle un déposant expert produirait un témoignage d'opinion non fiable ou irrecevable et qui ne fournit aucune preuve précise de partialité ni aucun exemple d'opinion irrecevable ne pourra jamais atteindre le seuil requis pour la radiation de l'affidavit en tout ou en partie.

[158] Pour ce qui est de l'affidavit de M. Mangalji, les demandeurs n'ont pas affirmé, contrairement à l'argumentation du défendeur, que M. Mangalji était un témoin expert. M. Mangalji n'a pas présenté de certificat relatif au code de déontologie régissant le témoin expert. Il se trouve dans son affidavit des renseignements pertinents et des connaissances personnelles au sujet des différences juridiques, politiques et pratiques entre le processus d'ERAR et le processus de demande de report. De l'avis des demandeurs, M. Mangalji ne fait qu'attester des faits relevant de ses connaissances acquises du fait de ses activités professionnelles.

[159] Les demandeurs disent que l'affidavit de M. Mangalji est pertinent à leur argument portant sur le paragraphe 15(1) sur le traitement différentiel des ressortissants d'un POD en ce qui concerne la présentation de nouveaux éléments de preuve pour examen, l'évitement du refoulement et l'acceptation d'une demande de protection au Canada après le rejet d'une telle demande. Les demandeurs ajoutent que, lorsqu'ils évaluent les violations de la Charte, la menace de blessures et la possibilité de violations de la Charte sont pertinentes. Selon les demandeurs, les situations hypothétiques raisonnables, comme les expériences d'autres demandeurs se trouvant dans l'affidavit de M. Mangalji, sont pertinentes à la question de savoir si la désignation de pays d'origine est conforme à la Charte. Comme il est souvent difficile de faire une distinction claire entre un avis de profane irrecevable et un témoignage recevable, la démarche préférable serait, de l'avis des demandeurs, d'admettre le témoignage et de déterminer le poids à accorder en fonction de l'ensemble de la preuve présentée à la Cour.

[160] De l'avis des demandeurs, l'affirmation du défendeur voulant que le témoignage d'expert de la

unnecessary, has no content and provides no context, ignores her clear statement that the book chapter attached as an exhibit to her affidavit reflects her expert opinion on matters relevant to this litigation. The applicants note the Macklin book chapter addresses the creation and adoption of the DCO regime in the context of the Canadian government's historical attempts to limit Roma asylum seekers from Hungary and the Czech Republic. This evidence is relevant, the applicants say, to their argument that refugee claimants from these countries are historically disadvantaged and that the DCO regime perpetuates a stereotype which reinforces this disadvantage.

[161] According to the applicants, the respondent mischaracterizes those portions of the Mosher affidavit which address matters of stereotyping and stigma for social assistance recipients. This affidavit, the applicants note, addresses the specific issue of stereotyping and stigma for social assistance recipients in order to illustrate the broader potential for the law to reflect and perpetuate stereotypes of groups. In the applicants' view, expert evidence regarding the potential for legislation to reflect and perpetuate stereotypes of groups is relevant to a subsection 15(1) Charter argument. While Professor Mosher's research area of expertise concerns recipients of social assistance, the applicants point out that her affidavit specifically addresses whether the DCO regime is similarly capable of reflecting or embedding stereotypes of DCO refugee claimants.

[162] As to the respondent's argument that the Anderson affidavit is not relevant, the applicants do not allege that paragraph 112(2)(b.1) of the IRPA, in isolation, draws a distinction based on nationality. However, when read in connection with the DCO designation provision in section 109.1, they maintain that the provisions intrinsically rely on this very distinction. The applicants note that one of the specific issues the Court must assess in this case is whether immigrants and refugees are historically

professeure Macklin ne soit pas nécessaire, soit vide de contenu et ne fournisse pas de contexte ne tient pas compte de sa déclaration claire selon laquelle le chapitre de son livre joint à son affidavit reflète son opinion d'experte sur des questions pertinentes au présent litige. Les demandeurs indiquent que le chapitre du livre de M^{me} Macklin porte sur la création et l'adoption de la désignation du régime de POD dans le contexte des tentatives du gouvernement canadien dans le passé de restreindre les Roms demandeurs d'asile en provenance de la Hongrie et de la République tchèque. Ce témoignage, nous disent les demandeurs, a de l'importance pour leur argument voulant que les demandeurs d'asile en provenance de ces pays ont été désavantagés dans le passé et que le régime de POD maintient en place un stéréotype qui renforce ce désavantage.

[161] Selon les demandeurs, le défendeur déforme les parties de l'affidavit de M^{me} Mosher qui porte sur la question des stéréotypes et des préjugés à l'endroit des bénéficiaires de l'aide sociale. Cet affidavit, font remarquer les demandeurs, aborde la question précise du stéréotypage et des préjugés à l'égard des bénéficiaires de l'aide sociale pour illustrer le vaste potentiel de la loi de reprendre et de maintenir en place les stéréotypes de groupes. De l'avis des demandeurs, ce témoignage d'expert concernant le potentiel de la loi à reprendre et à maintenir en place des stéréotypes de groupes est pertinent à un argument relatif au paragraphe 15(1) de la Charte. Bien que le domaine d'expertise en recherche de la professeure Mosher vise les bénéficiaires de l'aide sociale, les demandeurs signalent que son affidavit porte précisément sur la question de savoir si le régime de POD pourrait lui aussi reprendre et intégrer des stéréotypes de demandeurs d'asile provenant de pays d'origine désignés.

[162] En ce qui a trait à l'argument du défendeur voulant que l'affidavit de M. Anderson ne soit pas pertinent, les demandeurs ne prétendent pas que l'alinéa 112(2)b.1) de la LIPR établit à lui seul une distinction fondée sur la nationalité. Cependant, ils soutiennent qu'une interprétation de cette disposition en corrélation avec la désignation des pays d'origine désignés de l'article 109.1 fait ressortir le fondement intrinsèque de cette distinction. Les demandeurs soulignent que l'une des questions en

disadvantaged groups, and whether such groups have been prejudiced by negative stereotyping based on their national origin. In the applicants' view, the review of Canadian immigration history and policy provided by Professor Anderson is highly relevant.

[163] Contrary to the respondent's argument about the expert evidence of Professor Levine-Rasky, the applicants counter that her affidavit is necessary, has content, and provides context. The applicants say her evidence is relevant as it contains specific chapters in her book pertaining to conditions for Roma in Europe and the DCO regime.

[164] The applicants say the impugned paragraphs of the Beaudoin affidavit are obviously relevant to their subsection 15(1) Charter argument. The respondent's bare assertion, that these topics have no relevance to the issue at the heart of this litigation, ignores the relevance of matters such as historical disadvantage, stereotyping, and the perpetuation of discrimination in the overall subsection 15(1) analysis.

[165] The applicants say the respondent's motion to strike the Andermann affidavit in its entirety—because it contains no reference to the DCO provisions or the three-year PRRA bar and no discussion of the susceptibility of DCO claimants to adverse psychological effects—fails to acknowledge that the relevance of evidence must be determined in the context of the claim before the Court. According to the applicants, when considering a constitutional question, broader contextual evidence is often essential in proving the case that a legislative provision is Charter-infringing. The applicants maintain that Dr. Andermann's opinion is relevant because refused DCO claimants, when compared with refused non-DCO claimants, are subject to increased procedural and temporal uncertainty following a negative refugee determination.

litige que la Cour doit évaluer en l'espèce est de savoir si les immigrants et les réfugiés ont été des groupes désavantagés dans le passé et si les stéréotypes négatifs fondés sur le pays d'origine leur ont porté préjudice. De l'avis des demandeurs, l'examen de l'histoire et des politiques en matière d'immigration au Canada que propose le professeur Anderson est tout à fait pertinent.

[163] Contestant l'argument du défendeur portant sur le témoignage de la professeure Levine-Rasky, les demandeurs affirment que l'affidavit de celle-ci est nécessaire, offre un contenu et étaye le contexte. Les demandeurs expliquent que sa déposition est importante puisqu'elle contient des chapitres de son livre portant sur la situation des Roms en Europe et sur le régime des POD.

[164] Les demandeurs soutiennent que les paragraphes contestés de l'affidavit de M^{me} Beaudoin sont d'une importance évidente envers l'argument relatif au paragraphe 15(1) de la Charte. La simple affirmation du défendeur voulant que ces sujets n'aient pas de pertinence pour le fond du présent litige ne tient pas compte de la pertinence de questions comme le désavantage historique, le stéréotypage et la perpétuation de la discrimination dans l'ensemble de la discussion portant sur le paragraphe 15(1).

[165] Selon les demandeurs, la requête en vue de radier l'intégralité de l'affidavit de M^{me} Andermann en raison de l'absence de renvoi aux dispositions sur les POD ou à l'interdiction relative à l'ERAR de trois ans et de l'absence de discussion sur la susceptibilité des demandeurs de POD aux effets psychologiques négatifs ne reconnaît pas que la pertinence de la déposition doit être évaluée dans le contexte de la demande dont la Cour est saisie. Selon les demandeurs, l'examen d'une question constitutionnelle exige souvent l'adoption d'une approche contextuelle plus large pour prouver sur le fond qu'une disposition de la loi viole la Charte. Les demandeurs maintiennent que l'opinion de M^{me} Andermann est pertinente puisque les demandeurs d'asile provenant de POD essuyant un rejet font face à plus d'incertitude procédurale et temporelle que les demandeurs des autres pays dont la demande a été rejetée.

C. Analysis

[166] It is well established that a motion to strike all or part of an affidavit should not be routinely made (*Gravel v. Telus Communications Inc.*, 2011 FCA 14, 218 A.C.W.S. (3d) 478, at paragraph 5), especially where the question is one of relevancy. Only in exceptional cases, where prejudice is demonstrated and the evidence is obviously irrelevant, will such a motion be justified (*Mayne Pharma (Canada) Inc. v. Aventis Pharma Inc.*, 2005 FCA 50, 331 N.R. 337, at paragraph 13; *Armstrong v. Canada (Attorney General)*, 2005 FC 1013, 412 D.L.R. (4th) 336, at paragraph 40).

[167] These applications for judicial review were case-managed. Justice Elliott was familiar with the matter and could have determined the motion on the merits if she thought it was clearly warranted (*Association of Universities and Colleges of Canada v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 FCA 22, 428 N.R. 297, at paragraphs 11 and 12). She did not. Rather, she dismissed the motion with the proviso that it could be brought before the applications judge in due course.

[168] I find no prejudice to the respondent at this point of the proceeding by denying his motion in its entirety. The respondent cross-examined all the affiants whose affidavits he now impugns and the transcripts of these examinations are part of the extensive record before the Court. I am not convinced the respondent has suffered any material prejudice by virtue of the voluminous record compiled by the applicants.

[169] The affidavits or portions thereof which the respondent challenges are not so clearly irrelevant to the constitutional issue raised by these applications that they should be struck from the record. This is not a case where striking the impugned affidavits or portions of them would improve the orderly hearing of these applications. It is unnecessary to go through each affidavit line-by-line and state which portions are relevant and which are not. In this regard, I agree with the applicants that my role as a

C. Discussion

[166] Il est acquis que le recours à une requête en vue de radier un affidavit en tout ou en partie ne doit pas être routinier (*Gravel c. Telus Communications Inc.*, 2011 CAF 14, au paragraphe 5, surtout lorsque l'objet de la radiation a trait à la pertinence. Ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles où l'existence d'un préjudice est démontrée et que la preuve est de toute évidence dénuée de pertinence que ce type de requête est justifié (voir l'arrêt *Mayne Pharma (Canada) Inc. c. Aventis Pharma Inc.*, 2005 CAF 50, au paragraphe 13 et la décision *Armstrong c. Canada (Procureur général)*, 2005 CF 1013, au paragraphe 40).

[167] Les présentes demandes de contrôle judiciaire font l'objet d'une gestion de l'instance. La juge Elliott connaît bien le dossier et aurait pu se prononcer sur la requête sur le fond si elle était d'avis que la mesure était de toute évidence justifiée (voir l'arrêt *Association des universités et collèges du Canada c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CAF 22, aux paragraphes 11 et 12). Cependant, elle ne l'a pas fait. Elle a plutôt rejeté la requête à la condition qu'elle puisse être présentée au juge de première instance en temps voulu.

[168] Je considère que le rejet de la requête au complet ne portera pas atteinte au défendeur à ce moment-ci de la procédure. Le défendeur a contre-interrogé tous les déposants dont il attaque à présent les affidavits, au moment où la transcription de ces interrogatoires fait désormais partie du dossier volumineux présenté à la Cour. Je ne suis pas convaincu que le défendeur a subi un préjudice physique quelconque en raison du dossier volumineux que les demandeurs ont compilé.

[169] Il n'est pas évident que les affidavits ou les parties d'affidavit qui sont contestés par le défendeur aient tellement peu de rapport avec la question constitutionnelle soulevée par les présentes requêtes qu'ils doivent être radiés du dossier. L'espèce n'est pas une cause pour laquelle la radiation d'affidavits ou de parties d'affidavit facilite le bon déroulement de l'instance. Il n'est pas nécessaire de reprendre chaque affidavit ligne par ligne pour en évaluer la pertinence envers l'instance. À cet

gatekeeper is significantly attenuated in the context of an application for judicial review where there is no *viva voce* evidence and no jury.

[170] The Supreme Court established a two-part test for expert opinion evidence in *Mohan* and restated the test in *White Burgess Langille Inman v. Abbott and Haliburton Co.*, 2015 SCC 23, [2015] 2 S.C.R. 182, (*White*), at paragraphs 23 and 24. More recently, the Supreme Court stated in *R. v. Bingley*, 2017 SCC 12, [2017] 1 S.C.R. 170 [at paragraphs 14–17], that:

The expert evidence analysis is divided into two stages. First, the evidence must meet the four *Mohan* factors: (1) relevance; (2) necessity; (3) absence of an exclusionary rule; and (4) special expertise. Second, the trial judge must weigh potential risks against the benefits of admitting the evidence: *White Burgess*, at para. 24.

If at the first stage, the evidence does not meet the threshold *Mohan* requirements, it should not be admitted. The evidence must be logically relevant to a fact in issue: [citations omitted]. It must be necessary “to enable the trier of fact to appreciate the matters in issue” by providing information outside of the experience and knowledge of the trier of fact: [citations omitted]. Opinion evidence that otherwise meets the *Mohan* requirements will be inadmissible if another exclusionary rule applies: *Mohan*, at p. 25. The opinion evidence must be given by a witness with special knowledge or expertise: *Mohan*, at p. 25. In the case of an opinion that is based on a novel scientific theory or technique, a basic threshold of reliability of the underlying science must also be established: [citations omitted].

At the second stage, the trial judge retains the discretion to exclude evidence that meets the threshold requirements for admissibility if the risks in admitting the evidence outweighs its benefits. While this second stage has been described in many ways, it is best thought of as an application of the general exclusionary rule: a trial judge must determine whether the benefits in admitting the evidence outweigh any potential harm to the trial process: *Abbey*, at para. 76. Where the probative value of the expert opinion

égard, je suis d’accord avec les demandeurs pour dire que mon rôle de gardien perd fortement de son importance lorsqu’il s’agit d’une demande de contrôle judiciaire, là où les témoignages oraux et le jury sont absents.

[170] La Cour suprême a établi un critère en deux volets pour les témoignages d’opinion de l’expert dans l’arrêt *Mohan* et l’a repris dans l’arrêt *White Burgess Langille Inman c. Abbott and Haliburton Co.*, 2015 CSC 23, [2015] 2 R.C.S. 182 (*White*), aux paragraphes 23 et 24. Plus récemment, la Cour suprême du Canada a déclaré dans l’arrêt *R. c. Bingley*, 2017 CSC 12, [2017] 1 R.C.S. 170, ce qui suit [aux paragraphes 14 à 17] :

L’analyse du témoignage d’expert se divise en deux étapes. Premièrement, celui-ci doit satisfaire aux quatre critères énoncés dans l’arrêt *Mohan* : (1) pertinence, (2) nécessité, (3) absence de toute règle d’exclusion et (4) expertise particulière. Deuxièmement, le juge du procès doit soupeser les risques éventuels et les avantages que présente l’admission du témoignage (*White Burgess*, par. 24.)

Si, à la première étape de l’analyse, le témoignage ne satisfait pas aux critères établis dans *Mohan*, il ne devrait pas être admis. Le témoignage doit être logiquement pertinent à l’égard d’un fait en cause [renvoi omis]. Il doit être nécessaire « pour permettre au juge des faits d’apprécier les questions en litige » en lui fournissant des renseignements qui dépassent son expérience et ses connaissances [renvoi omis]. Un témoignage d’opinion qui respecte par ailleurs les exigences de l’arrêt *Mohan* sera inadmissible si une autre règle d’exclusion s’applique (*Mohan*, p. 25). Un tel témoignage doit être donné par un témoin qui possède des connaissances spéciales ou une expertise particulière (*Mohan*, p. 25). Dans le cas d’une opinion fondée sur une théorie ou technique scientifique nouvelle, les principes scientifiques sur lesquels repose l’opinion doivent également respecter un degré minimal de fiabilité [renvoi omis].

À la deuxième étape de l’analyse, le juge du procès conserve le pouvoir discrétionnaire d’exclure un témoignage qui satisfait aux critères minimaux d’admissibilité si les risques de son admission l’emportent sur ses avantages. Bien que cette seconde étape ait été décrite de nombreuses façons, il vaut mieux la considérer comme une application de la règle générale d’exclusion : le juge du procès doit déterminer si les avantages de son admission l’emportent sur le préjudice potentiel pour le procès

evidence is outweighed by its prejudicial effect, it should be excluded: [citations omitted].

The expert opinion admissibility analysis cannot be “conducted in a vacuum”: *Abbey*, at para. 62. Before applying the two-stage framework, the trial judge must determine the nature and scope of the proposed expert opinion. The boundaries of the proposed expert opinion must be carefully delineated to ensure that any harm to the trial process is minimized: [citations omitted].

[171] The respondent faults Professor Anderson’s affidavit because it does not provide any historical context relevant to the constitutionality of paragraph 112(2)(b.1) of the IRPA. The question to ask in assessing whether this affidavit should be struck is: “whether the expert will provide information which is likely to be outside the ordinary experience and knowledge of the trier of fact” (*R. v. D.D.*, 2000 SCC 43, [2000] 2 S.C.R. 275, at paragraph 21; *White*, at paragraph 21).

[172] Some of the instances of discrimination described in Professor Anderson’s affidavit are notorious, but the overall history of discriminatory immigration laws and policies he describes is more detailed than that which would be within the “ordinary experience and knowledge” of a reasonably informed Canadian. I am not convinced that I could take judicial notice of everything he states or of his opinion about historical trends. This affidavit will not be struck.

[173] As for the respondent’s objection to Professor Rehaag’s impartiality, this was limited to concerns about weight. To address admissibility briefly though, I agree with the applicants’ arguments. I am not convinced that Professor Rehaag “is unable or unwilling to provide the court with fair, objective and non-partisan evidence” (*White*, at paragraph 49).

[174] With respect to the respondent’s arguments about the applicants’ other affiants, suffice it to say that I am cognizant of the respondent’s objections in this regard. Even if, as the respondent claims, some of the affidavits may contain inappropriate opinion evidence, this does not require that whole affidavits should be struck. Rather, any such evidence can be dealt with by assigning it little

(*Abbey*, par. 76). Lorsque l’effet préjudiciable du témoignage d’opinion d’un expert l’emporte sur sa valeur probante, ce témoignage devrait être exclu [renvois omis].

L’analyse relative à l’admissibilité de l’opinion d’un expert ne saurait être [TRADUCTION] « effectuée dans l’abstrait » (*Abbey*, par. 62). Avant d’appliquer le cadre d’analyse en deux étapes, le juge du procès doit déterminer la nature et la portée de l’opinion d’expert proposée, laquelle doit être soigneusement circonscrite afin de réduire le risque de viciation du procès [renvois omis].

[171] Le défendeur reproche à l’affidavit du professeur Anderson l’absence de contexte historique ayant rapport avec l’analyse de la constitutionnalité de l’alinéa 112(2)b.1) de la LIPR. Pour déterminer si l’affidavit doit être radié, la question « est de savoir si l’expert fournit des renseignements qui dépassent vraisemblablement l’expérience et les connaissances ordinaires du juge des faits » (voir *R. c. D.D.*, 2000 CSC 43, [2000] 2 R.C.S. 275, au paragraphe 21; *White*, au paragraphe 21).

[172] Quelques-uns des cas de discrimination que le professeur Anderson décrit dans son affidavit sont notoires, mais l’histoire générale des lois et des politiques discriminatoires en matière d’immigration de M. Anderson est plus approfondie que « l’expérience et les connaissances ordinaires » d’un Canadien raisonnablement informé. Je ne suis pas convaincu que je pourrais tenir pour fait notoire tout ce qu’il affirme ou son opinion sur les tendances historiques. Cet affidavit ne sera donc pas radié.

[173] En ce qui concerne l’objection du défendeur à l’égard de l’impartialité du professeur Rehaag, celle-ci se limitait à des questions d’influence. Cependant, pour traiter brièvement la question de l’admissibilité, je suis d’accord avec les arguments des demandeurs. Je ne suis pas convaincu que le professeur Rehaag « ne peut ou ne veut fournir une preuve juste, objective et impartiale » (*White*, au paragraphe 49).

[174] Quant aux arguments du défendeur à l’égard des autres déposants d’affidavit pour la partie des demandeurs, qu’il suffise de dire que je suis conscient des objections du défendeur à ce sujet. Même lorsqu’un affidavit contient, comme le prétend le défendeur, une preuve d’opinion inappropriée, il n’y a pas de nécessité de radier cet affidavit au complet. Il faut plutôt accorder une

or no weight. I have not deferred to the opinions or inferences drawn by any of the affiants.

[175] The respondent's motion to strike is dismissed in its entirety. I will now consider the appropriate standard of review.

VIII. What is the Standard of Review?

[176] Because this case concerns the constitutional validity of paragraph 112(2)(b.1) of the IRPA insofar as it pertains to DCO nationals, the applicants say the standard of review is correctness. They note that, in *Atawnah*, Justice Mactavish applied the correctness review in considering whether the 36-month PRRA bar was an unjustified infringement of section 7 of the Charter and that, on appeal, the Federal Court of Appeal held that she had selected the correct standard of review and applied it correctly (*Atawnah*, at paragraph 7).

[177] The respondent agrees with the applicants that constitutional question is subject to the correctness standard of review.

[178] I agree with the parties that the standard of review to assess whether paragraph 112(2)(b.1) is inconsistent with subsection 15(1) of the Charter is correctness. As the Supreme Court noted in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 58: "correctness review has been found to apply to constitutional questions regarding the division of powers between Parliament and the provinces in the *Constitution Act, 1867*.... Such questions, as well as other constitutional issues, are necessarily subject to correctness review".

[179] Having determined that correctness is the appropriate standard of review, I will now move on to the question of whether paragraph 112(2)(b.1) of the IRPA is inconsistent with subsection 15(1) of the Charter.

moins pondération à ce type d'affidavit. Je n'ai pas fait preuve de déférence envers les opinions ou les observations des déposants.

[175] La requête en radiation du défendeur est rejetée dans son intégralité. Je vais maintenant me pencher sur la norme de contrôle qui convient.

VIII. Quelle est la norme de contrôle applicable?

[176] Comme il est question en l'espèce de la validité constitutionnelle de l'alinéa 112(2)b.1) de la LIPR en ce qui a trait aux ressortissants provenant de POD, les demandeurs sont d'avis que la norme de la décision correcte serait applicable. Ils soulignent que, dans la décision *Atawnah*, la juge Mactavish avait appliqué la norme de la décision correcte pour déterminer si l'interdiction d'une durée de 36 mois est une violation injustifiée de l'article 7 de la Charte et que, sur appel, la Cour d'appel fédérale a conclu que la juge avait choisi la norme de contrôle qui convenait, soit la norme de la décision correcte, et qu'elle l'a appliquée correctement (*Atawnah*, au paragraphe 7).

[177] Le défendeur est du même avis que les demandeurs sur la norme de contrôle à appliquer à une question constitutionnelle, c'est-à-dire la norme de la décision correcte.

[178] Je conviens avec les parties que la norme à appliquer pour déterminer de la compatibilité de l'alinéa 112(2)b.1) avec le paragraphe 15(1) de la Charte est la norme de la décision correcte. Comme le souligne la Cour suprême dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, au paragraphe 58 : « il a été établi que la norme de contrôle applicable aux questions touchant au partage des compétences entre le Parlement et les provinces dans la *Loi constitutionnelle de 1867* est celle de la décision correcte [...] Il ne pouvait en aller autrement pour ces questions et celles touchant par ailleurs à la Constitution ».

[179] Ayant conclu que la norme à appliquer est celle de la décision correcte, je vais maintenant me pencher sur la question de savoir si l'alinéa 112(2)b.1) de la LIPR est compatible avec le paragraphe 15(1) de la Charte.

IX. Is Paragraph 112(2)(b.1) of the IRPA, insofar as it Pertains to DCO nationals, Inconsistent with Subsection 15(1) of the Charter?

A. *The Applicants' Submissions*

[180] According to the applicants, Parliament chose not to treat all unsuccessful refugee claimants alike in granting access to a PRRA by treating a class of unsuccessful refugee claimants (namely, nationals from a DCO) differently and more punitively based solely on their nationality. They note that members of this already disadvantaged group may be deported without a PRRA if the deportation occurs within three years of determination of their refugee claim; whereas all other unsuccessful refugee claimants have the right to have their risk reviewed by a PRRA officer prior to removal after only one year has passed from final denial of their claim. The applicants maintain that this differential treatment is discriminatory, contrary to subsection 15(1) of the Charter.

[181] The applicants reference the Supreme Court's decision in *Centrale des syndicats du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2018 SCC 18, [2018] 1 S.C.R. 522 (*Centrale des syndicats*), where Justice Abella (speaking for the majority) explained [at paragraph 22]:

When assessing a claim under s. 15(1), this Court's jurisprudence establishes a two-step approach: Does the challenged law, on its face or in its impact, draw a distinction based on an enumerated or analogous ground, and, if so, does it impose "burdens or [deny] a benefit in a manner that has the effect of reinforcing, perpetuating or exacerbating ... disadvantage", including "historical" disadvantage? [Citations omitted.]

(1) Paragraph 112(2)(b.1) of the IRPA creates a distinction based on national origin

[182] According to the applicants, the first step of a subsection 15(1) analysis requires them to demonstrate that the state action creates a distinction based on an enumerated or

IX. Dans la mesure où l'alinéa concerne les ressortissants de pays d'origine désignés, l'alinéa 112(2)b.1) de la LIPR est-il incompatible avec le paragraphe 15(1) de la Charte?

A. *Les arguments des demandeurs*

[180] Selon les demandeurs, le législateur a choisi de ne pas traiter tous les demandeurs d'asile essayant un rejet de la même façon pour le recours à une demande d'ERAR, car le traitement réservé à une catégorie de demandeurs dont la demande a été rejetée, à savoir les ressortissants d'un pays d'origine désigné, est plus sévère en raison de leur pays d'origine uniquement. Les demandeurs mentionnent que les membres de ce groupe déjà désavantagé peuvent être expulsés sans examen des risques lorsque l'expulsion a lieu au cours des trois années suivant leur demande d'asile, alors que tous les autres demandeurs ont le droit de faire examiner leur situation de risque avant renvoi par un agent un an seulement après le rejet de leur demande. Les demandeurs soutiennent que ce traitement différentiel est discriminatoire et va à l'encontre du paragraphe 15(1) de la Charte.

[181] Les demandeurs renvoient à l'arrêt de la Cour suprême *Centrale des syndicats du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2018 CSC 18, [2018] 1 R.C.S. 522 (*Centrale des syndicats*), dans lequel la juge Abella, s'exprimant au nom de la majorité, donne les explications suivantes [au paragraphe 22] :

Pour l'examen d'une demande fondée sur le par. 15(1), la jurisprudence de notre Cour établit une démarche en deux étapes : à première vue ou de par son effet, la loi contestée établit-elle une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue, et, dans l'affirmative, impose-t-elle « un fardeau ou [nie-t-elle] un avantage d'une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer le désavantage », y compris le désavantage « historique » subi? [Renvois omis.]

1) L'alinéa 112(2)b.1) de la LIPR fait-il une distinction fondée sur l'origine nationale?

[182] Selon les demandeurs, la première étape d'une analyse sur le paragraphe 15(1) exige qu'ils démontrent que cette disposition crée une distinction fondée sur des

analogous ground. In their view, the distinction at issue in this case is clear and explicit: national origin. This is specified in paragraph 112(2)(b.1), which provides:

Pre-removal Risk Assessment

Protection

Application for protection

112 (1) A person in Canada, other than a person referred to in subsection 115(1), may, in accordance with the regulations, apply to the Minister for protection if they are subject to a removal order that is in force or are named in a certificate described in subsection 77(1).

Exception

(2) Despite subsection (1), a person may not apply for protection if

...

(b.1) subject to subsection (2.1), less than 12 months, or, in the case of a person who is a national of a country that is designated under subsection 109.1(1), less than 36 months, have passed since their claim for refugee protection was last rejected — unless it was deemed to be rejected under subsection 109(3) or was rejected on the basis of section E or F of Article 1 of the Refugee Convention — or determined to be withdrawn or abandoned by the Refugee Protection Division or the Refugee Appeal Division; [Emphasis added.]

[183] The applicants say that, while the IRPA generally guarantees the right to a relatively timely PRRA to anyone for whom more than a year has passed since rejection of their refugee claim, paragraph 112(2)(b.1) denies a class of persons that right by virtue of their nationality. This class of persons will only enjoy the right to a statutorily mandated risk assessment if three years have passed since their refugee claim was rejected. According to the applicants, while the ground of distinction is nationality, discrimination based on nationality has from early times been an inseparable companion of discrimination because of race and national or ethnic origin. In this case, the nationality-based discrimination is intimately connected with discrimination based on the ethnicity of the Roma applicants who are affected.

motifs énumérés ou analogues. De leur avis, la distinction faisant litige en l'espèce est évidente et explicite : il s'agit de l'origine nationale. L'alinéa 112(2)b.1) le précise lui-même. En voici le texte :

Examen des risques avant renvoi

Protection

Demande de protection

112 (1) La personne se trouvant au Canada et qui n'est pas visée au paragraphe 115(1) peut, conformément aux règlements, demander la protection au ministre si elle est visée par une mesure de renvoi ayant pris effet ou nommée au certificat visé au paragraphe 77(1).

Exception

(2) Elle n'est pas admise à demander la protection dans les cas suivants :

[...]

b.1) sous réserve du paragraphe (2.1), moins de douze mois ou, dans le cas d'un ressortissant d'un pays qui fait l'objet de la désignation visée au paragraphe 109.1(1), moins de trente-six mois se sont écoulés depuis le dernier rejet de sa demande d'asile — sauf s'il s'agit d'un rejet prévu au paragraphe 109(3) ou d'un rejet pour un motif prévu à la section E ou F de l'article premier de la Convention — ou le dernier prononcé du désistement ou du retrait de la demande par la Section de la protection des réfugiés ou la Section d'appel des réfugiés; [Non souligné dans l'original.]

[183] Les demandeurs soutiennent que même si la LIPR garantit généralement le droit d'obtenir un ERAR assez rapidement pour ceux qui ont subi le rejet de leur demande d'asile, l'alinéa 112(2)b.1) nie à une catégorie de personnes ce droit à cause de leur nationalité. Les personnes de cette catégorie ne bénéficient du droit à un examen des risques prescrit par la loi que trois ans après le rejet de leur demande. Selon les demandeurs, même si le fondement cette distinction est la nationalité, la discrimination fondée sur la nationalité est depuis bien longtemps la compagne inséparable de la discrimination fondée sur la race et sur l'origine nationale ou ethnique. En l'espèce, la discrimination fondée sur la nationalité est liée intimement à la discrimination fondée sur l'appartenance ethnique des demandeurs roms qui sont touchés.

[184] The applicants note this Court has determined in *Canadian Doctors* and in *Y.Z.* that the differential treatment of DCO nationals constitutes a distinction based on national origin for the purposes of subsection 15(1) of the Charter. They further note the respondent commenced and then withdrew appeals of these two judgments in the Federal Court of Appeal. The judgments in these two cases on this point of law should, the applicants say, attract comity from this Court; the question should be considered decided absent intervention by an appellate court.

(2) Paragraph 112(2)(b.1) of the IRPA is discriminatory

[185] According to the applicants, the second step in a subsection 15(1) analysis asks whether the differential treatment is discriminatory. In answering this question, they note the Supreme Court has repeatedly instructed lower courts to adopt a purposive approach, one that underscores section 15's promise of substantive equality and anti-discrimination. The applicants say, in view of *Quebec (Attorney General) v. A.*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61, at paragraph 319, that the purpose of the equality provision and antidiscrimination law in general is "to eliminate the exclusionary barriers faced by individuals in the enumerated or analogous groups in gaining meaningful access to what is generally available". They further note the Supreme Court has stated that the question of whether the purpose of a law challenged under section 15 of the Charter was reasonable or justifiable is to be considered under section 1 of the Charter.

[186] In the applicants' view, paragraph 112(2)(b.1) of the IRPA imposes burdens and denies benefits to DCO nationals vis-à-vis non-DCO nationals. They say the 36-month PRRA bar imposes clear burdens and denies clear benefits to DCO nationals. They note that, for the first 12 months following a final rejection, withdrawal,

[184] Les demandeurs remarquent que la Cour a établi par les décisions *Médecins canadiens* et *Y.Z.* que le traitement différentiel de ressortissants provenant de pays d'origine désignés par rapport à des ressortissants ne provenant pas de pays d'origine désignés constitue une distinction fondée sur l'origine nationale aux fins de l'application du paragraphe 15(1) de la Charte. Ils remarquent encore que, pour chacune de ces décisions, le défendeur a présenté un appel à la Cour d'appel fédérale avant de se désister. Les décisions rendues dans ces deux causes sur ce point de droit devraient, selon les demandeurs, susciter la courtoisie de notre Cour; la question devrait être considérée comme étant arrêtée en l'absence d'intervention d'une cour d'appel.

2) L'alinéa 112(2)b.1) de la LIPR est discriminatoire

[185] Selon les demandeurs, la deuxième étape d'une analyse sur le paragraphe 15(1) consiste à se demander si le traitement différentiel est discriminatoire. En répondant à cette question, ils font savoir que la Cour suprême a demandé aux tribunaux inférieurs d'adopter une interprétation fondée sur l'objet visé, une interprétation qui soulignerait la promesse de l'article 15 d'une égalité réelle et de l'anti-discrimination. Les demandeurs rapportent que, compte tenu de l'arrêt *Québec (Procureur général) c. A.*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61, au paragraphe 319, la disposition sur l'égalité ainsi que les lois luttant contre la discrimination en général ont pour objet « d'éliminer les obstacles qui empêchent les membres d'un groupe énuméré ou analogue d'avoir accès concrètement à des mesures dont dispose la population en général ». Ils rapportent encore que la Cour suprême affirme que la question de savoir si l'objet d'une loi qui contreviendrait à l'article 15 de la Charte est raisonnable ou justifiable doit être envisagée sous l'angle de l'article 1 de la Charte.

[186] De l'avis des demandeurs, l'alinéa 112(2)b.1) de la LIPR impose des fardeaux et prive d'avantages les ressortissants provenant de pays d'origine désignés comparativement aux ressortissants ne provenant pas de pays d'origine désignés. Les demandeurs disent que l'interdiction de l'ERAR pendant 36 mois impose des fardeaux

or abandonment of a refugee claim by the I.R.B., all unsuccessful claimants are similarly barred from submitting a PRRA application. However, after this 12-month period elapses, the uniform or equal treatment of unsuccessful claimants ends. The applicants contend that the purpose and effect of paragraph 112(2)(b.1) is to single out all DCO nationals—based solely on their nationality—from the pool of unsuccessful claimants and deny them access to a PRRA for a further 24 months. They claim this clearly denies DCO nationals a benefit under the law.

[187] The applicants observe that, although subsection 112(2.1) of the IRPA permits the Minister to exempt classes of unsuccessful claimants from the operation of the 12-month or the 36-month PRRA bar (including, potentially, DCO nationals), since this provision was enacted in 2012 the Minister has never exercised it in favour of exempting any DCO nationals from either PRRA bar. According to the applicants, unless the Minister exempted all DCO nationals, subsection 112(2.1) could not cure the clear denial of a statutory benefit because anything less than a complete blanket exemption would still leave behind some DCO nationals who are denied access to a PRRA for a further 24 months based solely on their nationality.

[188] In the applicants' view, paragraph 112(2)(b.1) imposes additional burdens on a DCO national vis-à-vis their non-DCO counterpart. According to the applicants, these burdens are most apparent when CBSA chooses to remove an unsuccessful refugee claimant between the 12-month and 36-month anniversary of their I.R.B. decision, and where the individual has new risk evidence. The applicants contrast the position of DCO nationals with non-DCO nationals in the removal process as follows:

manifestes et prive les ressortissants de pays d'origine désignés d'avantages manifestes. Ils relèvent que, pour les 12 premiers mois suivant le rejet, le retrait ou l'abandon d'une demande d'asile par la C.I.S.R., tous les demandeurs déboutés se voient semblablement interdire la possibilité de demander un examen des risques avant renvoi. Cependant, après cette période de 12 mois, l'uniformité ou l'équité du traitement réservé aux demandeurs déboutés prennent fin. Les demandeurs affirment catégoriquement que l'alinéa 112(2)(b.1) a pour objet et pour effet d'écarter les ressortissants de POD, sur la seule base de leur nationalité, des autres demandeurs déboutés et leur priver de l'accès à l'ERAR pendant 24 mois de plus. Ils soutiennent que cette mesure prive les ressortissants de POD d'un avantage prévu par la loi.

[187] Les demandeurs remarquent que, même si le paragraphe 112(2.1) de la LIPR autorise le ministre à exempter des catégories de demandeurs déboutés de l'interdiction de l'ERAR pendant 12 ou 36 mois (y compris, possiblement, des ressortissants de POD), le ministre n'a jamais eu recours à cette disposition depuis son adoption en 2012 pour exempter un ressortissant de POD de l'interdiction de l'ERAR. Selon les demandeurs, si le ministre n'exempte pas tous les ressortissants de POD, le paragraphe 112(2.1) ne peut remédier au refus évident d'un avantage prévu par la loi puisque toute autre mesure que l'exemption universelle refuserait à certains ressortissants de POD l'accès à l'ERAR pendant encore 24 mois au seul motif de leur nationalité.

[188] De l'avis des demandeurs, l'alinéa 112(2)(b.1) de la LIPR impose des fardeaux supplémentaires aux ressortissants provenant de pays d'origine désignés comparativement à ceux ne provenant pas de pays d'origine désignés. Selon les demandeurs, ces fardeaux sont le plus visibles lorsque l'ASFC choisit d'expulser un demandeur d'asile débouté entre le 12^e et le 36^e mois suivant la décision de la C.I.S.R. et aussi lorsque ce demandeur détient de nouveaux éléments en matière de risque. Les demandeurs opposent la position des ressortissants provenant de pays d'origine désignés à celle des ressortissants ne provenant pas de pays d'origine désignés lors du processus d'expulsion de la façon suivante :

Non-DCO National	DCO National	Ressortissant ne provenant pas d'un pays d'origine désigné	Ressortissant provenant d'un pays d'origine désigné
<p>A non-DCO national has a statutory right to submit a PRRA application under section 112 of the <i>IRPA</i>. Under section 160 of the Regulations, the applicant must be served with a PRRA application by CBSA. If the non-DCO national is detained, a CBSA officer will visit the applicant in detention to serve the application.</p>	<p>A DCO national is only entitled to submit a request to defer removal. The deferral request regime is not established in the <i>IRPA</i> or the <i>Regulations</i>. The request must be self-initiated and there is no requirement for CBSA to advise a claimant of the right to submit such a request. If the DCO national is detained, a CBSA Officer will not visit the claimant in detention to initiate the deferral process.</p>	<p>Un ressortissant ne provenant pas d'un POD a le droit de présenter une demande d'ERAR prévue par l'article 112 de la LIPR. En vertu de l'article 160 du Règlement, l'ASFC doit signifier au demandeur d'asile une demande d'ERAR. Si le ressortissant ne provenant pas d'un POD est détenu, un agent de l'ASFC devra rendre visite au demandeur en détention pour lui signifier sa demande.</p>	<p>Le ressortissant provenant d'un POD n'a comme seul droit celui de présenter une demande de report de renvoi. Le régime des demandes de report n'est établi ni dans la LIPR, ni dans le Règlement. La demande doit être initiée par le demandeur et l'ASFC n'a aucune obligation d'informer le demandeur de son droit de présenter une telle demande. Si le ressortissant provenant d'un POD est détenu, un agent de l'ASFC ne rendra pas visite au demandeur en détention pour démarrer le processus de report de renvoi.</p>
<p>A non-DCO national has a minimum regulatory mandated period of 30 days in which to prepare a PRRA application, including retaining counsel, applying for legal aid coverage, gathering evidence and submitting their application (<i>Regulations</i>, section 162). The non-DCO national's removal order remains stayed throughout the period while the PRRA application remains pending, which can often be for several months or even longer (<i>Regulations</i>, section 232). A PRRA application can be updated throughout this period. Only if the PRRA is refused will removal arrangements be booked.</p>	<p>A DCO national can only submit a deferral request after removal arrangements have been made. There is no legal minimum notice period between when removal arrangements are booked and when removal takes place. In some cases, it can be a matter of days. During this brief period, the DCO national must retain counsel, apply for legal aid coverage, gather evidence and submit their request. Since removal has already been scheduled, the claimant must do this while also doing such things as quitting their job, ending their residential lease, de-enrolling their children from school and packing-up their life in Canada.</p>	<p>Un ressortissant ne provenant pas d'un POD dispose d'un minimum de 30 jours autorisés par la loi pour préparer sa demande d'ERAR, entre autres pour retenir les services d'un avocat, demander de l'aide juridique, réunir les éléments de preuve et présenter sa demande (article 162 du Règlement). La mesure de renvoi visant un ressortissant ne provenant pas d'un POD ne peut être traitée tant que la demande d'ERAR est en suspens, ce qui peut durer plusieurs mois ou même plus longtemps (article 232 du Règlement). Une demande d'ERAR peut être mise à jour pendant ce sursis. Ce n'est que lorsque la demande d'ERAR est refusée que les réservations sont faites en vue du renvoi.</p>	<p>Un ressortissant provenant d'un POD ne peut demander un report lorsque les réservations en vue du renvoi sont déjà faites. Ce ressortissant n'a droit à aucune période minimale d'avis entre la prise de réservation en vue du renvoi et le renvoi lui-même. C'est une question de jours dans certains cas. Au cours de cette brève période, le ressortissant provenant d'un POD doit retenir les services d'un avocat, demander de l'aide juridique, recueillir les éléments de preuve et soumettre sa demande. Comme la date du renvoi a déjà été fixée, le ressortissant doit exécuter ces tâches alors même qu'il doit quitter son emploi, mettre fin à son bail, retirer ses enfants de l'école qu'ils fréquentent et préparer les bagages de la famille qui quittera le Canada.</p>
<p>A non-DCO national is entitled to a work permit under paragraph 206(b) of the <i>Regulations</i> while awaiting a PRRA decision.</p>	<p>A DCO national is not entitled to a work permit while awaiting a deferral decision.</p>	<p>Un ressortissant ne provenant pas d'un pays d'origine désigné a droit à un permis de travail par l'application de l'alinéa 206b) du Règlement en attendant l'issue d'une décision de l'ERAR.</p>	<p>Un ressortissant provenant d'un POD n'a pas droit à un permis de travail en attendant l'issue d'une décision de l'ERAR.</p>

<p>A non-DCO national is guaranteed a decision on the PRRA application prior to any removal taking place since the applicant benefits from a stay of removal until the decision is made.</p>	<p>A DCO national is not guaranteed a decision on a deferral request prior to any removal taking place since the requestor does not benefit from a stay of removal until the decision is made. While CBSA attempts to decide all deferral decisions prior to removal, the Federal Court has stated that individuals awaiting such decisions may have to undertake the cost and complexity of bringing an application for mandamus to ensure a decision is made prior to their removal taking place. Some DCO nationals will only receive their decision while at the airport awaiting their deportation.</p>	<p>Un ressortissant ne provenant pas d'un POD est assuré de recevoir la décision de sa demande d'ERAR avant l'exécution de son renvoi parce que ce demandeur bénéficie d'un sursis de l'exécution de renvoi jusqu'à ce qu'une décision soit rendue.</p>	<p>Un ressortissant provenant d'un POD n'est pas assuré de recevoir la décision de sa demande d'ERAR avant l'exécution de son renvoi parce que ce demandeur ne bénéficie d'aucun sursis d'exécution jusqu'à ce qu'une décision soit rendue. Même si l'ASFC tente de rendre toutes les décisions de report avant l'exécution du renvoi, la Cour fédérale a affirmé qu'il est possible que des individus en attente d'une décision de ce type doivent assumer le coût et la complexité de solliciter un bref de mandamus pour assurer que cette décision soit rendue avant l'exécution de leur renvoi. Certains ressortissants provenant de POD ne recevront la décision que lorsqu'ils seront à l'aéroport en attente de leur expulsion.</p>
<p>A non-DCO national need only show more than a mere possibility that their removal would expose them to persecution or risk in order to be successful on a PRRA application. If successful, the applicant will benefit from refugee protection and gain eligibility to apply for permanent residence.</p>	<p>A DCO national needs to show on a balance of probabilities that removal would expose the claimant to death, extreme sanction or inhumane treatment in order to be successful on a deferral request. If successful, the claimant does not benefit from refugee protection nor does the claimant gain eligibility to apply for permanent residence. Instead, the request is then forwarded to the Minister to ascertain whether the claimant should be granted access to a PRRA – i.e., the statutory benefit which a non-DCO national enjoyed all along.</p>	<p>Un ressortissant ne provenant pas d'un pays d'origine désigné doit seulement démontrer que la persécution et le risque de persécution sont possibles après son renvoi pour faire accepter sa demande d'ERAR. Si sa demande est acceptée, le demandeur aura droit à la protection accordée aux réfugiés et pourra faire une demande de résidence permanente.</p>	<p>Un ressortissant de provenant d'un POD doit démontrer suivant la prépondérance des probabilités que le renvoi l'exposerait à la mort, à une sanction extrême ou à un traitement inhumain pour que sa demande de report soit acceptée. Si cette demande est acceptée, le demandeur n'a pas droit à la protection accordée aux réfugiés et il n'est pas autorisé à faire une demande de résidence permanente. Ce qui se passe plutôt, c'est que sa demande est transmise au ministre pour vérifier si le demandeur devrait avoir accès à l'ERAR, c'est-à-dire à l'avantage prévu par la loi auquel les ressortissants ne provenant pas d'un pays d'origine désignés ont droit dans les mêmes circonstances.</p>

[189] In the applicants' view, the additional burdens imposed on DCO nationals who are scheduled for removal between the 12-month and 36-month anniversary of

[189] De l'avis des demandeurs, ces fardeaux supplémentaires qui sont imposés aux ressortissants de pays d'origine désignés dont le renvoi est prévu entre le 12^e et

their I.R.B. decision—vis-à-vis non-DCO nationals – are evident in the applications before the Court.

[190] For example, the applicants note Mr. Sebok was in immigration detention when he was served with his removal arrangements and told he would be deported to Hungary on February 10, 2016. Because he was barred from submitting a PRRA application, he had only 14 days in which to: (i) retain counsel; (ii) prepare and submit a deferral request; (iii) file an application for leave and for judicial review in this Court; and (iv) prepare, file and argue a motion to stay his removal before an enforcement officer could consider his new evidence of risk. In describing the time when his deferral request was still pending, Mr. Sebok states: “One day officers came to transfer me to another jail in Toronto so that I would be closer to the airport. I do not remember exactly when, but I believe it was the day before my removal date. I refused to leave my cell because I was so terrified”. CBSA denied Mr. Sebok’s deferral request later that day and the motion to stay his removal was heard the next day on the date of his scheduled removal. This Court stayed Mr. Sebok’s removal only hours before his removal was to occur.

[191] The applicants further note that Ms. Serban, like Mr. Sebok, was also in immigration detention when CBSA served her with the removal arrangements. Since she was barred from submitting a PRRA application, she, like Mr. Sebok, had only 14 days in which to undergo the same procedure Mr. Sebok underwent. This Court stayed her removal four days prior to the scheduled removal date.

[192] In contrast, the applicants say a non-DCO national in identical circumstances to those of Mr. Sebok and Ms. Serban would have been served with a PRRA application as of right; would have received 30 days in which to submit the application; would likely have waited months for a decision in which they could update their application; and would not have been scheduled

le 36^e mois suivant la décision rendue par la C.I.S.R., en comparaison aux fardeaux des ressortissants ne provenant pas de pays d’origine désignés, sont évidents dans les demandes soumises à la Cour.

[190] Par exemple, les demandeurs remarquent que M. Sebok était au centre de détention de l’immigration lorsqu’on lui a signifié son renvoi et appris que son expulsion en Hongrie aurait lieu le 10 février 2016. Parce qu’il lui était interdit de présenter une demande d’ERAR, il n’avait que 14 jours pour : (i) retenir les services d’un avocat; (ii) préparer et soumettre une demande de report; (iii) déposer une demande d’autorisation et de contrôle judiciaire devant notre Cour; (iv) préparer, déposer et plaider une requête en sursis de l’exécution de son renvoi pour qu’un agent d’exécution de la loi examine les nouveaux éléments de preuve en matière de risque. M. Sebok décrit le temps qu’il a passé en attente d’une décision de sa demande de report ainsi : « Un jour, des agents sont venus me transférer dans une autre prison à Toronto pour me rapprocher de l’aéroport. Je ne me souviens plus exactement à quel moment, mais je crois que c’était le jour précédant mon renvoi. J’étais si terrifié que j’ai refusé de quitter ma cellule ». L’ASFC a rejeté la demande de report de M. Sebok plus tard ce jour-là et la requête de sursis de l’exécution de son renvoi a été entendue le même jour que la date de l’exécution de son renvoi. Notre Cour a suspendu la mesure d’expulsion quelques heures à peine avant l’heure de l’exécution de son renvoi.

[191] Les demandeurs ajoutent que M^{me} Serban, tout comme M. Sebok, était également placée en détention aux fins d’immigration lorsque l’ASFC lui a signifié les modalités de renvoi. Comme il lui était interdit de présenter une demande d’ERAR, elle n’avait, comme M. Sebok, que 14 jours pour se soumettre à la même procédure comme l’a fait M. Sebok. Notre Cour a suspendu son renvoi quatre jours avant la date prévue du renvoi.

[192] En revanche, les demandeurs déclarent qu’un ressortissant qui ne provient pas d’un pays d’origine désigné dans des circonstances identiques à celles de M. Sebok et à M^{me} Serban se serait vu signifier une demande d’ERAR de plein droit; aurait eu 30 jours pour soumettre la demande; aurait probablement attendu des mois pour une décision exposant une mise à jour de la demande; et ne

for removal until a PRRA decision had been served on them.

[193] According to the applicants, the additional burden the deferral regime imposes on non-detained DCO nationals is equally onerous. After CBSA denied his deferral request, Mr. Feher, like Mr. Sebok, only received a stay order from this Court mere hours before his scheduled deportation. As a result, he had already packed up his life in Canada and gone through the psychologically distressing process of saying goodbye to his family members who, as Convention refugees from Hungary, could not visit him in Hungary following deportation. By contrast, a non-DCO national in identical circumstances would not be scheduled for removal until after a PRRA officer had considered his risk.

[194] By denying DCO nationals access to the PRRA regime for 24 months more than non-DCO nationals, the applicants say paragraph 112(2)(b.1) of the IRPA not only denies a statutory benefit but imposes onerous and additional burdens on DCO nationals vis-à-vis non-DCO nationals. They note that non-DCO nationals have access to both the PRRA regime and, if unsuccessful, to the deferral regime. Under the present regime, the applicants claim that non-DCO nationals enjoy two opportunities following denial of their refugee claim to present new evidence of risk; whereas DCO nationals only enjoy one.

- (3) Paragraph 112(2)(b.1) of the IRPA denies benefits and imposes burdens in a manner that reinforces, perpetuates or exacerbates disadvantage

[195] While the question of whether a law reinforces, perpetuates or exacerbates disadvantage is the ultimate

serait renvoyé qu'après la signification d'une décision d'ERAR.

[193] Selon les demandeurs, le fardeau supplémentaire que le régime de report impose aux ressortissants de POD non détenus est tout aussi lourd. Après que l'ASFC a rejeté sa demande de report, M. Feher, à l'instar de M. Sebok, n'a reçu une ordonnance de sursis de notre Cour que quelques heures avant la date prévue de son expulsion. En conséquence, il avait déjà mis de côté toutes ses activités au Canada et traversé le processus psychologiquement pénible de dire au revoir aux membres de sa famille qui, en tant que réfugiés au sens de la Convention en provenance de Hongrie, ne pouvaient pas lui rendre visite en Hongrie après son expulsion. En revanche, un ressortissant qui ne provient pas d'un pays d'origine désigné dans des circonstances identiques ne serait pas renvoyé avant qu'un agent d'ERAR ait examiné sa situation de risque.

[194] En refusant aux ressortissants d'un pays d'origine désigné l'accès au régime d'ERAR pendant 24 mois de plus que les ressortissants qui ne proviennent pas d'un pays d'origine désigné, les demandeurs déclarent que l'alinéa 112(2)b.1) de la LIPR nie non seulement un avantage prévu par la loi, mais impose des fardeaux lourds et supplémentaires aux ressortissants d'un pays d'origine désigné par rapport à des ressortissants qui ne proviennent pas d'un pays d'origine désigné. Ils ajoutent que les ressortissants qui ne proviennent pas d'un pays d'origine désigné ont accès au régime d'ERAR et, s'ils n'obtiennent pas gain de cause, au régime de report. Sous le régime actuel, les demandeurs prétendent que les ressortissants qui ne proviennent pas d'un pays d'origine désigné jouissent de deux occasions, après le refus de leur demande d'asile, de présenter de nouveaux éléments de preuve concernant la situation de risque; alors que les ressortissants d'un pays d'origine désigné n'en bénéficient que d'une seule.

- 3) L'alinéa 112(2)b.1) de la LIPR nie les avantages et impose des fardeaux de manière à renforcer, perpétuer ou accentuer un désavantage

[195] Bien que la question de savoir si une loi renforce, perpétue ou accentue un désavantage est l'enquête

section 15 inquiry, the Supreme Court has stated that two reliable indicators, if present, likely indicate a law that runs afoul of the Charter's equality guarantee: whether its impact burdens a historically disadvantaged group or whether it relies on stereotyping.

[196] In view of Professor Anderson's affidavit evidence, the applicants say the history of Canada's immigration system is one plagued by discriminatory treatment of migrants based on their national and ethnic origin, leading to historical disadvantage for these groups. According to the applicants, until the 1970s Canada's immigration policy explicitly favoured immigrants from majority-white former British colonies and from France, with all other immigrants being treated in law and in practice as less desirable. The applicants note that, while these overtly racist laws have been repealed, the shadow they cast over Canada's immigration system and their impact on the groups disadvantaged under them persists.

[197] In the applicants' view, the DCO regime targets a particularly vulnerable group of individuals for discrimination based on nationality: refugee claimants. They claim there have always been classes of refugee claimants singled out by the Canadian government as especially undesirable. In the past these classes included Sikh refugees from India and Jewish refugees from Europe. Now, the applicants contend, the DCO regime targets largely European refugees, marking their claims as being presumptively without merit and bogus.

[198] According to the applicants, by targeting Hungarian asylum seekers, the DCO-regime impacts a uniquely vulnerable and disadvantaged population within that group: the Roma. The applicants say the Roma constitute most refugee claimants from Hungary, and that by targeting Hungarian asylum seekers based on their nationality, the DCO regime, by proxy, targets asylum seekers based on their ethnicity. They point to the history of disadvantage suffered by the Roma, both in Europe and Canada, noting that to the extent the DCO regime perpetuates a racist

ultime en vertu de l'article 15, la Cour suprême a déclaré que deux indicateurs fiables, le cas échéant, indiqueraient probablement une loi qui va à l'encontre du droit à l'égalité de la Charte : si son incidence impose un fardeau à un groupe historiquement désavantagé ou si elle s'appuie sur des stéréotypes.

[196] Au vu de la preuve par affidavit du professeur Anderson, les demandeurs affirment que l'histoire du système d'immigration du Canada est marquée par le traitement discriminatoire des migrants fondé sur leur origine nationale et ethnique, ce qui entraîne un désavantage historique pour ces groupes. Selon les demandeurs, jusqu'aux années 1970, la politique d'immigration du Canada privilégiait explicitement les immigrants des anciennes colonies britanniques et françaises majoritairement blanches, tous les autres immigrants étant traités en droit et en pratique comme moins souhaitables. Les demandeurs ajoutent que, même si ces lois manifestement racistes ont été abrogées, leur influence sur le système d'immigration du Canada et leur incidence sur les groupes désavantagés en raison de leur existence persistent.

[197] De l'avis des demandeurs, le régime des POD vise un groupe de personnes particulièrement vulnérable à la discrimination fondée sur la nationalité : les demandeurs d'asile. Ils allèguent qu'il y a toujours eu des catégories de demandeurs d'asile jugés particulièrement indésirables par le gouvernement canadien. Par le passé, ces classes comprenaient des réfugiés sikhs d'Inde et des réfugiés juifs d'Europe. Les demandeurs soutiennent que le régime des POD vise en grande partie les réfugiés européens, en affirmant que leurs demandes sont présumées être sans fondement et fausses.

[198] Selon les demandeurs, en ciblant les demandeurs d'asile hongrois, le régime des POD a des répercussions sur une population particulièrement vulnérable et désavantagée au sein de ce groupe : les Roms. Les demandeurs allèguent que les Roms constituent la majorité des demandeurs d'asile de Hongrie et qu'en ciblant les demandeurs d'asile hongrois en raison leur nationalité, le régime des POD cible automatiquement les demandeurs d'asile en raison de leur appartenance ethnique. Ils évoquent des désavantages subis par les Roms en Europe

view of Roma refugees as being motivated by social benefits available in Canada rather than fear in making claims, it perpetuates that disadvantage. According to Professor Levine-Rasky:

Today, the Gypsy thief-vagrant-welfare-dependent is transmogrified into the bogus refugee. Perceived to threaten the security and property of the masses the Roma are recast as menacing figures who require aggressive management. In Europe, public safety, residential and educational segregation, policing and punitive justice are among the measures taken to ensure the differentiation of the Roma from dominant groups resulting in a unique “Romaphobia” or “Gypsyism”.

[199] The applicants maintain that the DCO regime targets a historically disadvantaged group, namely Hungarian asylum seekers and, by proxy, Roma. By denying benefits and imposing additional burdens on this group, the DCO regime has, in the applicants’ view, the effect of reinforcing, perpetuating, and exacerbating that disadvantage and in doing so it violates the equality guarantee under subsection 15(1) of the Charter.

[200] The applicants claim the DCO regime also runs afoul of subsection 15(1) based on its reliance on harmful stereotyping. They note that when the DCO regime was introduced in 2012, the Minister of Citizenship and Immigration was abundantly clear about the government’s purpose in imposing more restrictive measures on DCO nationals. According to the Minister, claimants from such countries tended to advance bogus claims and were more motivated by Canada’s social services than by any real fear.

[201] At a news conference in February 2012 [Speaking notes for The Honourable Jason Kenney, P.C., M.P. Minister of Citizenship, Immigration and Multiculturalism, at a news conference following the tabling of Bill C-31, *Protecting Canada’s Immigration System Act*, Ottawa, February 16, 2012], announcing the introduction of the PCISA, the Minister stated that:

et au Canada, affirmant que, dans la mesure où le régime des POD perpétue une conception raciste des réfugiés roms, motivé par les avantages sociaux disponibles au Canada plutôt que par la crainte de présenter des demandes, cette pratique perpétue ce désavantage. Selon la professeure Levine-Rasky :

[TRADUCTION] Aujourd’hui, le Tsigane, voleur, vagabond et dépendant de l’aide sociale, est devenu métamorphosé en faux réfugié. Perçus comme une menace pour la sécurité et la propriété des masses, les Roms sont désormais considérés comme des figures menaçantes nécessitant une gestion rigoureuse. En Europe, la sécurité publique, la ségrégation résidentielle et éducative, le maintien de l’ordre et la justice punitive font partie des mesures prises pour assurer la différenciation entre les Roms et les groupes dominants, créant ainsi une « romaphobie » ou un « tsi-ganisme » unique.

[199] Les demandeurs soutiennent que le régime des POD cible un groupe historiquement désavantagé, à savoir les demandeurs d’asile hongrois et, automatiquement, les Roms. En refusant des avantages et en imposant des fardeaux supplémentaires à ce groupe, le régime des POD a pour effet de renforcer, de perpétuer et d’accentuer ce désavantage et, ce faisant, de violer le droit à l’égalité prévu au paragraphe 15(1) de la Charte.

[200] Les demandeurs prétendent que le régime des POD va également à l’encontre du paragraphe 15(1) du fait qu’il repose sur des stéréotypes nuisibles. Ils ajoutent que lors de l’instauration du régime des POD en 2012, le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration (ministre) avait clairement énoncé l’objectif du gouvernement consistant à imposer des mesures plus restrictives aux ressortissants provenant de pays d’origine désignés. Selon le ministre, les demandeurs d’asile de ces pays avaient tendance à présenter de fausses demandes et étaient plus motivés par les services sociaux offerts par le Canada plutôt que par une crainte réelle.

[201] Lors d’une conférence de presse en février 2012 [Notes en vue d’une allocution de l’honorable Jason Kenney, C.P., député, ministre de la Citoyenneté, de l’Immigration et du Multiculturalisme, lors d’une conférence de presse suivant le dépôt du projet de loi C-31, *Loi visant à protéger le système d’immigration du Canada*, Ottawa, le 16 février 2012], annonçant l’introduction de la LPSIC, le ministre a énoncé ce qui suit :

Our government is very concerned about the recent increase in refugee claims from democratic countries that respect human rights. Our asylum system is already overwhelmed by a large backlog of cases. The growing number of bogus claims from European Union democracies is only exacerbating the problem. Too many tax dollars are spent on people who do not need our protection. In fact, about 90 per cent of all claims from the European Union have been determined by our system, and mainly by the decisions of those asylum claimants themselves, to be unfounded, either by those individuals withdrawing and abandoning their own claims, or by their claims being examined and rejected by our fair and independent Immigration and Refugee Board.

On top of this, there are too many ways failed claimants can delay their removal from Canada after their claim has been fairly decided by the IRB. Currently, it takes an average of 4.5 years from an initial claim to remove a failed refugee claimant from the country. Some cases have taken more than ten years. The result is an overburdened system and a waste of taxpayers' money.

...

The measures I am announcing today build on the reforms passed in the *Balanced Refugee Reform Act*. These new measures will further accelerate the processing of refugee claims for nationals from designated countries that generally do not produce refugees. They will also reduce the options available to bogus claimants to delay their removal from Canada, which sometimes takes years and years. In fact, it takes at least 4.5 years on average for bogus refugee claimants to have run the course in all of the various appeals that they have. And then it takes us quite a lot longer to actually remove them from Canada, which is virtually an encouragement for people who want to come and abuse our generosity.

[202] The applicants contend that this blanket tarring of DCO nationals as being frauds and cheats had a punishing impact on the dignity of the individual applicants in this case. As stated by Mr. Feher in an affidavit submitted in support of his deferral request:

Notre gouvernement se montre très préoccupé par la hausse récente du nombre de demandes d'asile venant de pays démocratiques qui défendent les droits de la personne. Notre système d'octroi de l'asile compte déjà un arriéré considérable de cas. Le nombre croissant de fausses demandes de ressortissants de démocraties de l'Union européenne ne fait qu'exacerber le problème. Trop de deniers publics sont dépensés pour des personnes qui n'ont pas besoin de notre protection. Dans les faits, environ 90 pour cent de toutes les demandes présentées par des personnes provenant de l'Union européenne ont été jugées, aux termes de notre système, et principalement par les demandeurs d'asile eux-mêmes, comme étant non fondées, et ont fait l'objet d'un retrait ou d'un désistement de la part des demandeurs, ou d'un rejet par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, laquelle agit de manière indépendante.

En outre, il existe un trop grand nombre d'avenues permettant aux demandeurs d'asile déboutés de retarder leur renvoi du Canada après que la CISR a pris une décision juste à l'égard de leur demande. À l'heure actuelle, quatre années et demie s'écoulent en moyenne entre la date de présentation de la demande initiale et le renvoi du pays d'un demandeur d'asile débouté. Dans certains cas, plus de dix années se sont écoulées. Il en découle un système surchargé et un gaspillage de deniers publics.

[...]

Les mesures que j'annonce aujourd'hui prennent appui sur les réformes adoptées dans la *Loi sur des mesures de réforme équitables concernant les réfugiés*. Ces nouvelles mesures permettront d'accélérer davantage le traitement des demandes d'asile présentées par des étrangers venant de pays désignés qui ne sont habituellement pas des sources de réfugiés. Elles réduiront également les options qui s'offrent aux faux demandeurs d'asile pour retarder leur renvoi du Canada, parfois pendant des années. En fait, au moins 4.5 années s'écoulent en moyenne avant qu'un demandeur d'asile débouté ait épuisé tous les recours qui s'offrent à lui pour interjeter appel du rejet de sa demande, et il s'écoule encore plus de temps avant que nous soyons en mesure de le renvoyer du Canada. De ce fait, nous encourageons presque les personnes qui veulent venir ici et abuser de notre générosité.

[202] Les demandeurs affirment que le fait que ces ressortissants d'un pays d'origine désigné soient des fraudeurs et des escrocs a eu un impact punitif sur la dignité des demandeurs individuels en l'espèce. Comme l'a déclaré M. Feher dans un affidavit présenté à l'appui de sa demande de report :

I have heard and read many news articles in which the Canadian government has justified this extended PRRA bar for DCO nationals on the basis that we are bogus refugees and looking only to exploit Canada's social services. In fact, many of those stories referred directly to Hungarian Roma like myself. This rhetoric has been incredibly damaging and degrading to people like me. It is the type of rhetoric I left Hungary to escape and it was the last thing I expected to encounter in Canada. It is also completely opposite to my family's personal experiences. To recall, four different RPD Members in four different hearings have all concluded that my family are real and not bogus refugees.

[203] The applicants note that when the PCISA received Royal Assent in June 2012, the Minister continued to state publicly that the government had enacted the DCO regime “to demonstrate to Canadians and the vast majority of immigrants who are law-abiding that we will not tolerate those who seek to abuse our generosity, including bogus asylum claimants, human smugglers and those who might represent a risk to Canadian security and safety”. He went on to state:

The vast majority—over 90%—of those European claimants abandon or withdraw their own claims, choosing of their own volition not to seek Canada's protection, but virtually all of them enroll in Canada's generous welfare social income, health care, subsidized housing and other social support programs. That's why we had to take additional measures in this bill, C-31, to deter bogus asylum claimants from abusing Canada's generosity, to stop them from clogging up the system which makes it slower moving for the bona fide refugees to whom we want to grant protection and certainty as soon as possible.

[204] In the applicants' view, the Minister's statements in February and June 2012 conflated the concern with bogus European claimants with those who abandoned or withdrew their claims. They say the 36-month PRRA bar for DCO nationals was not limited to those specific classes of unsuccessful claimants but, rather, applied to all DCO refugee claimants who had pursued their claims

[TRADUCTION] J'ai entendu et lu de nombreux articles de presse dans lesquels le gouvernement canadien a justifié la prolongation de l'interdiction relative à l'ERAR pour les ressortissants provenant d'un pays d'origine désigné, au motif que nous étions de faux réfugiés et que nous cherchions uniquement à exploiter les services sociaux du Canada. En fait, beaucoup de ces histoires faisaient directement référence à des Roms hongrois comme moi. Cette rhétorique a été incroyablement dommageable et dégradante pour des gens comme moi. C'est le type de rhétorique que j'ai voulu échapper en quittant la Hongrie et c'était la dernière chose que je m'attendais à rencontrer au Canada. C'est aussi totalement opposé aux expériences personnelles de ma famille. Je rappellerai que quatre différents commissaires de la SPR ont tous conclu lors de quatre audiences différentes que nous étions de vrais et non de faux réfugiés.

[203] Les demandeurs soulignent que, lorsque la LPSIC a reçu la sanction royale en juin 2012, le ministre a continué de déclarer publiquement que le gouvernement avait instauré le régime des pays d'origine désignés « pour démontrer aux Canadiens et à la vaste majorité des immigrants qui respectent la loi que nous ne tolérerons pas ceux qui cherchent à abuser de notre générosité, incluant les faux demandeurs d'asile, les passeurs de clandestins et ceux qui sont susceptibles de représenter un risque pour la sécurité du Canada ». Il a ajouté ce qui suit :

La vaste majorité — plus de 90 % — des demandeurs européens abandonnent ou retirent leur demande, choisissant de leur propre gré de ne pas demander la protection du Canada, mais pratiquement la totalité d'entre eux s'inscrivent aux généreux programmes du Canada liés aux prestations d'aide sociale, aux soins de santé, aux logements subventionnés et à d'autres programmes de soutien social. C'est pourquoi nous avons dû prévoir des mesures additionnelles dans le projet de loi C-31, lesquelles visent à dissuader les faux demandeurs d'asile d'abuser de la générosité du Canada et à les empêcher d'obstruer le système, rendant ce dernier plus lent pour les réfugiés authentiques à qui nous voulons accorder notre protection le plus vite possible.

[204] De l'avis des demandeurs, les déclarations du ministre en février et en juin 2012 confondaient les préoccupations relatives aux faux demandeurs d'asile européens avec ceux qui ont abandonné ou retiré leurs demandes. Ils disent que l'interdiction de 36 mois relative à l'ERAR pour les ressortissants provenant d'un pays d'origine désigné ne se limitait pas à ces catégories spécifiques de

to a hearing and had been rejected on the merits. They further say the 36-month PRRA bar was not limited to DCO claims rejected for having no credible basis or for being manifestly unfounded under subsection 107(2) and section 107.1 of the IRPA, respectively. According to the applicants, the government's punitive response to alleged bogus refugee claims applied to all DCO claimants, such that any DCO claim rejected on the merits triggered the 36-month PRRA bar regardless of whether the I.R.B. had found a claimant's story to be credible or not.

[205] The applicants note that Hungary was among the first 27 countries designated by the Minister as a DCO in December 2012. In his statement [Speaking notes for The Honourable Jason Kenney, P.C., M.P. Minister of Citizenship, Immigration and Multiculturalism, at a news conference to announce the initial list of Designated Countries of Origin, whose citizens will have their asylum claims expedited for processing because they do not normally produce refugees, Ottawa, December 14, 2012] announcing the first list of DCOs, the Minister specifically and extensively cited "abuse" by Hungarian claimants as motivating the new DCO regime and placed considerable emphasis on the allegation that Hungarian claimants overwhelmingly withdrew or abandoned their claims:

Hungary was Canada's top source of asylum claims last year. In fact, of all of the asylum claims made by Hungarian citizens all around the world, 98% of them, 98%, were made in Canada, even though those same Hungarian citizens have unrestricted mobility rights within the 27 democracies of the European Union and have access – visa-free access – to dozens of other countries around the world. What's more, virtually all EU claimants either withdraw or abandon their claims. I repeat, withdraw or abandon their claims. That is a decision that they make, that they do not need our protection following their claim, or they go on to have their claims

demandeurs d'asile non retenus, mais s'appliquait plutôt à tous les demandeurs d'asile de pays d'origine désignés qui avaient présenté leur demande à une audience et dont la demande s'est vue rejetée sur le fond. Ils ajoutent que l'interdiction de 36 mois relative à l'ERAR ne visait pas uniquement les demandes d'asile rejetées au motif qu'elles étaient sans fondement crédible ou manifestement non fondées aux termes du paragraphe 107(2) et de l'article 107.1 de la LIPR, respectivement. Selon les demandeurs, la réponse punitive du gouvernement à de prétendues fausses demandes d'asile s'appliquait à tous les demandeurs d'asile, de sorte que toute demande d'asile refusée au fond déclenchait l'interdiction de 36 mois relative à l'ERAR, que la C.I.S.R. ait jugé le récit crédible ou non.

[205] Les demandeurs notent que la Hongrie figurait parmi les 27 premiers pays désignés par le ministre en tant que pays d'origine désignés en décembre 2012. Dans sa déclaration [Notes en vue d'une allocution de l'honorable Jason Kenney, C.P., député, ministre de la Citoyenneté, de l'Immigration et du Multiculturalisme, lors d'une conférence de presse pour annoncer la liste initiale des pays d'origine désignés dont les citoyens verront leur demande d'asile être traitée plus rapidement du fait que ces pays ne produisent habituellement pas de réfugiés, Ottawa, le 14 décembre 2012] concernant l'annonce de la première liste des pays d'origine désignés, le ministre a expressément et abondamment cité les « abus » commis par des demandeurs d'asile hongrois comme étant la motivation du nouveau régime des pays d'origine désignés et a mis l'accent sur l'allégation selon laquelle des demandeurs hongrois avaient retiré ou abandonné leurs demandes de manière écrasante :

La Hongrie était la première source de demandes d'asile présentées au Canada l'année dernière. En fait, de toutes les demandes d'asile présentées par des ressortissants hongrois partout dans le monde l'an dernier, 98 %, j'ai bien dit 98 %, ont été présentées au Canada, même si ces mêmes ressortissants hongrois ont un droit de mobilité non restreint dans les 27 démocraties de l'Union européenne et ont accès – sans obligation de visa – à une douzaine d'autres pays dans le monde. En outre, presque tous les demandeurs d'asile en provenance de l'UE ont abandonné leur demande ou s'en sont désistés. Je répète : ont abandonné leur demande ou s'en sont désistés.

rejected by the fair and independent Immigration and Refugee Board of Canada.

Of the total number of asylum claims filed by EU nationals around the world, over 80% were filed in Canada, even though EU nationals again have mobility rights within 27-member states and visa-free access to dozens of countries around the world, and yet, for some peculiar reason, 80% came to Canada. I understand fewer than one percent went, for example, to Australia and the United States, countries in which they have visa-free access and which, of course, have their own robust traditions of asylum.

The majority of EU claimants do not appear for their hearing at the Immigration and Refugee Board, as they withdraw or abandon their own claims. In fact, well over 90% of all EU asylum claimants were rejected last year, and since we granted Hungary its visa exemption in the spring of 2008, we've seen some 6,000 Hungarian asylum claims finalized, of which about 62% were abandoned or withdrawn by the claimants themselves, and about 33% of which were rejected by the fair Immigration and Refugee Board, meaning that we get 98% of the worldwide claims from that one country and virtually none of them turn out to be well-founded.

[206] The applicants say Hungarian nationals whose claims are rejected on the merits can now be deported without a PRRA even if almost three years have passed since the I.R.B. last assessed their risk. This is so, according to the applicants, even though nationals from countries with lower refugee acceptance rates receive their PRRA assessment after only 12 months. The applicants point out that, in 2014, I.R.B. members approved 57.3 percent of Hungarian claims. That acceptance rate was higher than that for non-DCO countries such as Angola (44.4 percent), Burundi (54.2 percent), China (52.7 percent), Democratic Republic of the Congo (46.7 percent), Haiti (47.4 percent),

C'est-à-dire qu'ils ont pris eux-mêmes cette décision; ils ont décidé eux-mêmes qu'ils n'avaient pas besoin de notre protection, après avoir présenté leur demande, ou ils ont poursuivi le processus et leur demande a été rejetée par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada, laquelle est un tribunal indépendant et équitable.

Du nombre total de demandes d'asile présentées par des ressortissants de l'UE partout dans le monde, plus de 80 % l'ont été au Canada, même si, encore une fois, les ressortissants de l'UE ont un droit de mobilité non restreint dans les 27 États membres et ont accès, sans obligation de visa, à une douzaine d'autres pays dans le monde. Et, pour une raison qui nous est inconnue, 80 % d'entre eux sont tout de même venus au Canada. Par ailleurs, moins d'un pour cent sont allés, par exemple, en Australie et aux États-Unis, pays auxquels ils peuvent accéder sans visa et qui, évidemment, perpétuent leurs propres traditions en matière d'asile.

La majorité des demandeurs d'asile provenant de l'UE ne se présentent pas lors de leur audience devant la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, puisqu'ils abandonnent leur demande ou s'en désistent. En fait, bien au-delà de 90 % de tous les demandeurs d'asile provenant de l'UE ont vu leur demande être rejetée l'année dernière, et depuis que nous avons dispensé les ressortissants hongrois de l'obligation de visa, au printemps 2008, quelque 6 000 demandes d'asile présentées par des Hongrois ont été traitées, dont environ 62 % ont été abandonnées ou ont fait l'objet d'un désistement par les demandeurs eux-mêmes, et environ 33 % ont été rejetées par l'équitable Commission de l'immigration et du statut de réfugié. Cela signifie que nous recevons 98 % des demandes d'asile présentées dans le monde par des ressortissants de ce pays et pratiquement aucune d'elles ne s'avère fondée.

[206] Les demandeurs affirment que les ressortissants hongrois dont les demandes sont rejetées sur le fond peuvent désormais être expulsés sans l'ERAR, même si près de trois ans se sont écoulés depuis que la C.I.S.R. a évalué leur risque. Il en est ainsi, selon les demandeurs, même si les ressortissants de pays où le taux d'acceptation des réfugiés est moins élevé reçoivent leur évaluation de l'ERAR après seulement 12 mois. Les demandeurs soulignent qu'en 2014, les membres de la C.I.S.R. ont approuvé 57,3 p. 100 des demandes hongroises. Ce taux d'acceptation était supérieur à celui des demandeurs ne provenant pas de pays d'origine désignés, tels que l'Angola

Jamaica (54.1 percent), Lebanon (47.6 percent), Nigeria (54.3 percent), and Sierra Leone (50 percent).

[207] In the applicants' view, it is evident that the 36-month PRRA bar in paragraph 112(2)(b.1) of the IRPA was explicitly based on stereotypes about the merits of claims by DCO nationals and their motivations. Instead of using a surgical tool to target non-meritorious claims, such as an extended PRRA bar for refugee claims found to be manifestly unfounded or having no credible basis, Parliament instead chose to use nationality as a substitute. And, in doing so, the applicants say it denied a benefit and imposed additional burdens on a whole group based on their supposed national traits as opposed to the merits of their claims. According to the applicants, Parliament cannot do this without running afoul of the protection of subsection 15(1) of the Charter.

[208] In summary, the applicants state that the 36-month PRRA bar for DCO nationals: (i) had the effect of targeting an already vulnerable and historically disadvantaged group; (ii) employed stereotypical and prejudicial assumptions about the merits of DCO claims and why they were unsuccessful; and (iii) resulted in the differential treatment of DCO nationals in a manner that denied them a statutory benefit and imposed additional and onerous burdens on them. In the applicants' view, this bar is discriminatory, and the second step of the subsection 15(1) analysis is satisfied.

[209] The applicants say the Court need not reach this determination on its own. They reference *Canadian Doctors* and *Y.Z.*, where this Court concluded that the differential treatment of DCO nationals in Canada's refugee system was discriminatory and, thus, in breach of subsection 15(1) of the Charter. They say the analysis in

(44,4 p. 100), le Burundi (54,2 p. 100), la Chine (52,7 p. 100), la République démocratique du Congo (46,7 p. 100), Haïti (47,4 p. 100), la Jamaïque (54,1 p. 100), le Liban (47,6 p. 100), le Nigéria (54,3 p. 100) et la Sierra Leone (50 p. 100).

[207] De l'avis des demandeurs, il est évident que l'interdiction de 36 mois relative à l'ERAR énoncée à l'alinéa 112(2)b.1) de la LIPR était explicitement établie en fonction des stéréotypes concernant le bien-fondé des demandes présentées par des ressortissants d'un pays d'origine désigné et leurs motivations. Au lieu d'utiliser un outil chirurgical pour cibler des demandes non fondées, comme la prolongation de l'interdiction relative à l'ERAR pour les demandes du statut de réfugié déclarées manifestement non fondées ou dépourvues de fondement crédible, le législateur a plutôt choisi d'utiliser la nationalité comme substitut. Et, ce faisant, les demandeurs déclarent que le groupe entier s'est vu refuser un avantage et imposer des fardeaux supplémentaires en raison de leurs prétendus traits nationaux, et non sur le bien-fondé de leurs demandes. Selon les demandeurs, le législateur ne peut procéder ainsi sans porter atteinte à la protection prévue au paragraphe 15(1) de la Charte.

[208] En résumé, les demandeurs déclarent que l'interdiction de 36 mois relative à l'ERAR pour les ressortissants provenant d'un pays d'origine désigné : (i) avait pour effet de cibler un groupe déjà vulnérable et historiquement désavantagé; (ii) a employé des hypothèses stéréotypées et préjudiciables liées au bien-fondé des demandes présentées par des ressortissants provenant d'un pays d'origine désigné et aux raisons pour lesquelles elles n'ont pas abouti; et (iii) a engendré un traitement différentiel des ressortissants d'un pays d'origine désigné de manière à leur refuser un avantage prévu par la loi et à leur imposer un fardeau supplémentaire et onéreux. De l'avis des demandeurs, cette interdiction est discriminatoire et le deuxième critère de l'analyse du paragraphe 15(1) est rempli.

[209] Les demandeurs affirment que la Cour n'a pas besoin de parvenir à cette conclusion par elle-même. Ils renvoient aux jugements rendus dans les décisions *Médecins canadiens* et *Y.Z.*, où notre Cour a conclu que le traitement différentiel des ressortissants provenant d'un pays d'origine désigné dans le système canadien de protection

these judgments applies equally to the continued denial of a timely PRRA for a DCO national based solely on their nationality where more than a year has elapsed since refusal of their claim by the I.R.B.

[210] According to the applicants, the underlying principle set out in *Y.Z.* and *Canadian Doctors* is that Parliament's decision to treat DCO nationals differently from all other claimants was arbitrary, hurtful, and prejudicial. In the applicants' view, this is no less so in the PRRA context. Deporting DCO nationals without a further risk assessment until after 36 months have passed, when non-DCO nationals are entitled to a further risk assessment after only 12 months, is, the applicants conclude, discriminatory and an infringement of subsection 15(1) of the Charter.

B. *The Respondent's Submissions*

[211] Contrary to the applicants' assertions, the respondent maintains that paragraph 112(2)(b.1) of the IRPA does not draw a distinction based on nationality but, rather, on the conditions existing in a given country. According to the respondent, such a distinction is not prohibited and does not perpetuate prejudice or stereotyping on the grounds prescribed in subsection 15(1) of the Charter. The cases relied upon by the applicants to demonstrate otherwise are not dispositive.

[212] The respondent says the test under section 15 asks whether the impugned provision draws distinctions on prohibited grounds; and if so, whether those distinctions are substantively discriminatory by perpetuating prejudice or stereotyping. According to the respondent, the applicants must establish, on a balance of probabilities, that: (a) the law creates a distinction based on an enumerated or analogous ground; and (b) the effect of the distinction is discriminatory.

des réfugiés était discriminatoire et constituait un manquement au paragraphe 15(1) de la Charte. Ils affirment que l'analyse présentée dans ces jugements s'applique également au refus persistant de présenter une demande d'ERAR en temps utile pour un ressortissant d'un pays d'origine désigné en se fondant uniquement sur sa nationalité, alors qu'il s'est écoulé plus d'un an depuis le rejet de sa demande par la C.I.S.R.

[210] Selon les demandeurs, le principe sous-jacent énoncé dans les décisions *Y.Z.* et *Médecins canadiens* est que la décision du législateur de traiter les ressortissants d'un pays d'origine désigné différemment de tous les autres demandeurs d'asile était arbitraire, blessante et préjudiciable. De l'avis des demandeurs, cela n'en est pas moins le cas dans le contexte de l'ERAR. Les demandeurs concluent que l'expulsion des ressortissants d'un pays d'origine désigné sans autre évaluation des risques avant la fin de la période de 36 mois, alors que les ressortissants qui ne proviennent pas d'un pays d'origine désigné ont droit à une autre évaluation des risques après seulement 12 mois, constitue une discrimination et une violation du paragraphe 15(1) de la Charte.

B. *Les observations du défendeur*

[211] Contrairement aux allégations des demandeurs, le défendeur soutient que l'alinéa 112(2)b.1) de la LIPR n'établit pas de distinction fondée sur la nationalité, mais plutôt sur les conditions existant dans un pays donné. Selon le défendeur, une telle distinction n'est pas interdite et ne perpétue pas de préjugés ni de stéréotypes pour les motifs prévus au paragraphe 15(1) de la Charte. La jurisprudence invoquée par les demandeurs pour apporter une preuve contraire n'est pas déterminante.

[212] Le défendeur affirme que le critère énoncé à l'article 15 pose la question de savoir si la disposition contestée établit des distinctions fondées sur des motifs de distinction illicites, et, dans l'affirmative, si ces distinctions sont substantiellement discriminatoires en perpétuant des préjugés ou des stéréotypes. Selon le défendeur, les demandeurs doivent établir, selon la prépondérance des probabilités, que : a) la loi crée une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue; et b) que l'effet de la distinction est discriminatoire.

[213] The focus of the section 15 test is, in the respondent's view, on the effect of a provision on the prohibited grounds. The respondent says that, while Ministerial statements as to the motivation behind a provision may inform the background, they are not determinative of the existence of discrimination. According to the respondent, the same is true of other examples of historical discrimination and each Charter challenge must be assessed on its own merits.

- (1) Designation criteria based on country conditions are neither enumerated nor analogous grounds

[214] The respondent says DCOs are countries that respect human rights, offer state protection, and normally do not produce refugees. According to the respondent, the quantitative triggers to designate a DCO turn on a statistical evaluation of how claims from those countries are assessed, while the qualitative triggers examine whether the country has an independent judicial system, affords democratic rights and freedoms guaranteed by mechanisms for redress, and that civil society organizations exist.

[215] Once a country has met either trigger, the respondent notes that IRCC undertakes a thorough review to assess the country's human rights record, state protection, and recourse mechanisms. The respondent further notes that a DCO designation attaches to a country and not specifically to ethnic groups in various regions of different countries. According to the respondent, neither the qualitative nor quantitative criteria for designation consider, let alone turn on, the ground of national origin, and the country condition factors considered in assessing the designation do not turn on the ground of national origin.

[216] In the respondent's view, the applicants fail to demonstrate that the DCO regime is designed to exclude

[213] Selon le défendeur, le critère énoncé à l'article 15 porte sur l'effet d'une disposition fondée sur les motifs de distinction illicite. Le défendeur affirme que, même si les déclarations ministérielles relatives à la motivation sous-tendant une disposition peuvent éclairer le contexte, elles ne déterminent pas l'existence d'une discrimination. Selon le défendeur, il en va de même pour d'autres exemples de discrimination historique et chaque contestation fondée sur la Charte doit être évaluée individuellement.

- 1) Les critères de désignation basés sur les conditions du pays ne sont ni des motifs énumérés ni des motifs analogues

[214] Le défendeur a déclaré que les pays d'origine désignés sont des pays qui respectent les droits de la personne, offrent la protection de l'État et ne produisent normalement pas de réfugiés. Selon le défendeur, les facteurs déclencheurs quantitatifs permettant de désigner un pays d'origine désigné reposent sur une évaluation statistique de la manière dont les demandes émanant de ces pays sont examinés, tandis que les facteurs déclencheurs qualitatifs consistent à déterminer si le pays dispose d'un système judiciaire indépendant, s'il accorde les droits et libertés démocratiques garantis par des mécanismes de réparation, et si des organisations de la société civile existent.

[215] Une fois que l'un des pays a rencontré l'un ou l'autre des facteurs déclencheurs, le défendeur fait remarquer qu'IRCC entreprend un examen approfondi afin d'évaluer le bilan du pays en matière de droits de la personne, de protection de l'État et de mécanismes de recours. Le défendeur ajoute qu'une désignation d'un pays d'origine désigné s'applique à un pays et non pas précisément à des groupes ethniques dans diverses régions de différents pays. Selon le défendeur, ni les critères qualitatifs ni les critères quantitatifs de désignation ne tiennent compte, et encore moins ne dépendent du motif fondé sur l'origine nationale, et les facteurs de condition du pays pris en compte dans l'évaluation de la désignation ne dépendent pas du motif fondé sur l'origine nationale.

[216] De l'avis du défendeur, les demandeurs n'ont pas réussi à démontrer que le régime des POD avait pour

Roma claimants. The respondent says Hungarians are treated identically to all other nationals of DCOs based on sound qualitative and quantitative evidence and data. Although the Roma of Hungary are subject to the rules governing DCOs along with all other DCO nationals, the respondent notes there are other nations with Roma populations which are not DCOs and the distinction these claimants face is not a result of being Roma.

[217] The respondent contends that the applicants presume that national origin includes nationality, and that they have not established any connection between the DCO designation scheme and national origin. According to the respondent, the distinction between DCO and non-DCO nations is not nationality but, rather, the country conditions that exist at any point in time. No country is ineligible in principle from being designated as a DCO, the respondent says, and no country is immune from losing DCO status.

[218] In the respondent's view, everything turns on country conditions, not nationality. According to the respondent, the jurisprudence supports the position that this type of distinction is not one made on an enumerated or analogous ground. The respondent references *Pawar v. Canada*, 1999 CanLII 8760, 169 F.T.R. 152, 67 C.R.R. (2d) 284 (F.C.A.), at paragraphs 3 and 4, where this Court held that the government could provide different levels of old age security benefits to pensioners of different nationalities where the public pension schemes in their nations could be coordinated with Canada's; and also *R. v. Finta* (1989), 69 O.R. (2d) 557, 44 C.R.R. 23, 61 D.L.R. (4th) 85, at paragraph 84, where the Ontario High Court noted that distinctions based on geographic loci (i.e. the prevailing conditions in specific locations) are not based on national origin or on any personal characteristics or attributes.

objet d'exclure les demandeurs d'asile roms. Le défendeur a déclaré que les Hongrois sont traités de la même manière que tous les autres ressortissants des pays d'origine désignés au vu des éléments de preuve et des données qualitatives et quantitatives probantes. Bien que les Roms de Hongrie soient soumis aux règles régissant les pays d'origine désignés ainsi que tous les autres ressortissants des pays d'origine désignés, le défendeur souligne qu'il existe d'autres nations ayant une population rom qui ne sont pas des pays d'origine désignés et que la distinction à laquelle ces demandeurs d'asile sont confrontés ne résulte pas de leur identité.

[217] Le défendeur soutient que les demandeurs présument que l'origine nationale inclut la nationalité et qu'ils n'ont pas établi de lien entre le système de désignation de pays d'origine désigné et l'origine nationale. Selon le défendeur, la distinction entre les ressortissants provenant d'un pays d'origine désigné et ceux ne provenant pas d'un pays d'origine désigné n'est pas la nationalité, mais plutôt les conditions qui étaient en vigueur au pays à un moment donné. Le défendeur a déclaré qu'aucun pays n'est en principe inadmissible à être désigné pays d'origine désigné, et aucun pays n'est à l'abri de perdre le statut de pays d'origine désigné.

[218] De l'avis du défendeur, tout dépend des conditions du pays et non de la nationalité. Selon le défendeur, la jurisprudence appuie la position selon laquelle ce type de distinction n'est pas fondée sur un motif énuméré ou analogue. Le défendeur fait référence à l'arrêt *Pawar c. Canada*, 1999 CanLII 8760 (C.A.F.), aux paragraphes 3 et 4, dans lesquels la Cour a déclaré que le gouvernement pouvait accorder différents niveaux de prestations de sécurité de la vieillesse à des retraités de nationalités différentes lorsque les régimes de pension publics en leurs pays pouvaient être coordonnés avec le Canada, ainsi qu'à la décision *R. v. Finta* (1989), 69 O.R. (2d) 557, 44 C.R.R. 23, 61 D.L.R. (4th) 85, au paragraphe 84, où la Haute Cour de justice de l'Ontario a noté que les distinctions fondées sur les lieux géographiques (c.-à-d. les conditions prévalant dans des lieux précis) ne sont pas fondées sur l'origine nationale ou sur des caractéristiques personnelles ou les attributs personnels.

[219] In the respondent's view, the applicants cannot rely on *Y.Z.* and *Canadian Doctors* to assert that these judgments should attract comity from this Court concerning the analysis under the section 15 framework. The respondent says the findings in these decisions that the DCO provisions draw distinctions based on national origin cannot carry much weight. *Y.Z.* did not independently assess the issue but adopted the analysis in *Canadian Doctors*. In *Canadian Doctors*, while Justice Mactavish relied on the prohibition against discrimination based on country of origin in Article 3 of the Convention [*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6 (Refugee Convention)], she did not consider how this prohibition has been adapted in light of accepted international refugee law concerning SCO regimes which distinguish between claimants based on the type of state protection available in their country.

[220] The respondent says the section 15 analysis in the present applications is different than that in *Y.Z.* and *Canadian Doctors*. According to the respondent, the identification of a DCO is based on the type and quality of state protection in the country, and a longer waiting period for a PRRA strongly corresponds to better state protection in a DCO refugee claimant's country of origin. In the respondent's view, these different contexts change the landscape of the section 15 analysis required in this matter. According to the respondent, the courts have acknowledged that a section 15 analysis is highly contextual, and that each case turns on consideration of the circumstances of the claimant group and the impact of the statutory scheme at issue on them.

(2) No discrimination caused by a 36-month PRRA waiting period

[221] If the Court finds a distinction based on an enumerated or analogous ground, then the respondent submits that a 36-month PRRA waiting period does not perpetuate prejudice or stereotyping. The respondent notes that section 109.1 and paragraph 112(2)(b.1) of the

[219] De l'avis du défendeur, les demandeurs ne peuvent pas invoquer *Y.Z.* et *Médecins canadiens* pour affirmer que ces décisions devraient susciter la courtoisie de notre Cour concernant l'analyse effectuée dans le cadre de l'article 15. Le défendeur affirme que les conclusions de ces décisions selon lesquelles les dispositions relatives aux pays d'origine désignés établissent des distinctions fondées sur l'origine nationale ne peuvent avoir beaucoup de poids. La décision *Y.Z.* n'a pas évalué le problème de façon indépendante, mais a adopté l'analyse dans la décision *Médecins canadiens*. Dans la décision *Médecins canadiens*, alors que la juge Mactavish invoquait l'interdiction de toute discrimination fondée sur le pays d'origine énoncée à l'article 3 de la Convention [*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6], elle n'a pas cherché à savoir comment cette interdiction avait été adaptée en fonction du droit international des réfugiés accepté concernant les régimes de pays d'origine sûrs qui établissent une distinction entre les demandeurs d'asile fondée sur le type de protection de l'État disponible dans leur pays.

[220] Le défendeur affirme que l'analyse de l'article 15 dans les présentes demandes est différente de celle de la décision *Y.Z.* et de la décision *Médecins canadiens*. Selon le défendeur, l'identification d'un pays d'origine désigné est fondée sur le type et la qualité de la protection de l'État dans le pays, et une période d'attente plus longue pour un ERAR correspond fortement à une meilleure protection de l'État dans le pays d'origine du demandeur d'asile. De l'avis du défendeur, ces différents contextes modifient le contexte de l'analyse fondée sur l'article 15 nécessaire en l'espèce. Selon le défendeur, les tribunaux ont reconnu qu'une analyse fondée sur l'article 15 dépendait fortement du contexte et que chaque affaire dépendait de la situation du groupe demandeur d'asile et de l'impact du régime législatif en cause à leur sujet.

2) Absence de discrimination causée par une période d'attente de 36 mois de l'ERAR

[221] Si la Cour conclut à une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue, alors le défendeur soutient qu'une période d'attente de 36 mois de l'ERAR ne perpétue pas de préjugés ni de stéréotypes. Le défendeur souligne que l'article 109.1 et l'alinéa 112(2)(b.1) de la LIPR

IRPA make no statement regarding claimants based on national origin, and that the only statement these provisions make is concerning objective country conditions vis-à-vis state protection in DCOs. In the respondent's view, when the contextual factors described in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, (1999), 170 D.L.R. (4th) 1, at paragraph 88, are assessed, it is evident these legislative provisions do not have the effect of reinforcing prejudice or stereotypes.

(a) *Degree of correspondence*

[222] According to the respondent, section 109.1 of the IRPA permits, as an initial threshold, the designation of a country based on measurable, well-identified criteria relating to outcomes of claims before the RPD. A high percentage of RPD refusals, or a high rate of claimant withdrawals and abandonments from a given country, is indicative that many claims from that country are non-genuine and not well-founded. The respondent notes that DCO designations are based on objective triggers, followed by thorough country conditions reviews, and the legislation is premised upon informed assessments of objective criteria, not prejudice or stereotypes.

(b) *No perpetuation of pre-existing disadvantage*

[223] The respondent maintains that the regime for DCO designation does not perpetuate any historical disadvantage. According to the respondent, nationals of countries which are not generally considered to produce refugees do not suffer from any historical disadvantage within the meaning of subsection 15(1) of the Charter. A DCO country is selected on the conditions of protection in the country, the respondent says, and those conditions are not a historical marker of discrimination.

[224] The respondent claims that the means chosen to streamline the refugee determination system corresponds to the needs of those affected. The respondent says the system limits access to a post-claim risk assessment based on a thorough and objective assessment of the domestic

ne comportent aucun énoncé fondé sur l'origine nationale concernant les demandeurs d'asile et que le seul énoncé que ces dispositions comportent concerne les conditions objectives du pays vis-à-vis de la protection de l'État dans les pays d'origine désignés. Selon le défendeur, lorsque les facteurs contextuels décrits dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, au paragraphe 88, sont évalués, il est évident que ces dispositions législatives ont pour effet de renforcer les préjugés ou les stéréotypes.

a) *Degré de correspondance*

[222] Selon le défendeur, l'article 109.1 de la LIPR permet, en tant que condition initiale, la désignation d'un pays sur la base de critères mesurables et bien identifiés relatifs à l'issue des demandes présentées devant la SPR. Un pourcentage élevé de refus de la SPR, ou un taux élevé de retraits et d'abandons de demandeurs d'asile dans un pays donné, indique que de nombreuses demandes de ce pays sont non authentiques et non fondées. Le défendeur souligne que les désignations des pays d'origine désignés sont fondées sur des facteurs déclencheurs objectifs, suivi d'examen approfondis sur la situation dans les pays, et que la législation est fondée sur des évaluations éclairées de critères objectifs, et non de préjugés ou de stéréotypes.

b) *Absence de perpétuation d'un désavantage préexistant*

[223] Le défendeur soutient que le régime de désignation des pays d'origine désignés ne perpétue aucun désavantage historique. Selon le défendeur, les ressortissants de pays qui ne sont généralement pas réputés produire des réfugiés ne souffrent d'aucun désavantage historique au sens du paragraphe 15(1) de la Charte. Le défendeur affirme qu'un pays d'origine désigné est sélectionné en fonction des conditions de protection dans le pays, et que ces conditions ne constituent pas un marqueur historique de la discrimination.

[224] Le défendeur affirme que les moyens choisis pour rationaliser le système de détermination du statut de réfugié correspondent aux besoins des personnes concernées. Le défendeur affirme que le système limite l'accès à une évaluation des risques après demande sur la base

protection available in the country of origin, while maintaining avenues to access an individualized assessment of risk if need be.

[225] In the respondent's view, the applicants' comparison between DCO and non-DCO nationals is faulty. Their analysis of comparative disadvantage narrowly considers two different processes: the PRRA and the deferral processes. According to the respondent, a DCO claimant's removal from Canada during the 36-month waiting period is comparable to a non-DCO claimant's removal from Canada during the 12-month waiting period. Comparatively, the respondent claims, there is no disadvantage to a DCO claimant.

[226] The respondent says the applicants' argument, that non-DCO nationals are advantaged by having access to both a PRRA and a request for deferral, is not valid because it is based on an incorrect assumption about the purpose of a PRRA and the basis for the PRRA waiting period. According to the respondent, the purpose of a PRRA is to assess only new risk developments which have occurred since rejection of the refugee claim when the passage of time may require a fresh assessment. In the respondent's view, a PRRA application cannot, and must not, be used as an appeal or reconsideration of an I.R.B. decision rejecting a refugee claim. The respondent contends that access to a PRRA should be predicated on the sufficiency of state protection available in the country of reference, and that the timing of the next risk assessment should be based on access to state protection for the claimant involved.

[227] The individual applicants are not, in the respondent's view, disadvantaged by having the deferral process as their only recourse to a risk assessment before expiration of the 36-month waiting period. According to the respondent, the deferral process is not designed to be equivalent to a PRRA but to provide an avenue of access

d'une évaluation approfondie et objective de la protection nationale disponible dans le pays d'origine, tout en maintenant des possibilités d'accéder à une évaluation individualisée des risques, le cas échéant.

[225] De l'avis du défendeur, la comparaison faite par les demandeurs entre des ressortissants d'un pays d'origine désigné et des ressortissants qui ne proviennent pas d'un pays d'origine désigné est erronée. Leur analyse du désavantage comparatif considère de manière étroite deux processus différents : le processus d'ERAR et le processus de report. Selon le demandeur, le renvoi d'un demandeur d'asile d'un pays d'origine désigné du Canada au cours de la période d'attente de 36 mois est comparable à un renvoi du Canada d'un demandeur d'asile ne provenant pas d'un pays d'origine désigné au cours de la période d'attente de 12 mois. Selon le défendeur, il n'y a aucun désavantage pour un demandeur d'asile d'un pays d'origine désigné.

[226] Le défendeur affirme que l'argument des demandeurs, selon lequel les ressortissants qui ne proviennent pas d'un pays d'origine désigné sont avantagés en ayant accès à la fois à un ERAR et à une demande de report, n'est pas valable parce qu'il repose sur une hypothèse erronée quant à l'objet d'un ERAR et au fondement de la période d'attente pour l'ERAR. Selon le défendeur, l'objet d'un ERAR est de n'évaluer que les nouveaux risques apparus depuis le rejet de la demande d'asile, période qui peut nécessiter une nouvelle évaluation. De l'avis du défendeur, une demande d'ERAR ne peut ni ne doit être utilisée comme un appel ou un réexamen d'une décision de la C.I.S.R. rejetant une demande d'asile. Le défendeur soutient que l'accès à un ERAR devrait être fondé sur le caractère suffisant de la protection offerte par l'État disponible dans le pays de référence et que le moment de la prochaine évaluation des risques devrait reposer sur l'accès à la protection offerte par le demandeur d'asile concerné.

[227] De l'avis du défendeur, les demandeurs ne sont pas désavantagés par le fait que le processus de report constitue leur seul recours à une évaluation des risques avant l'expiration du délai d'attente de 36 mois. Selon le défendeur, le processus de report n'est pas conçu pour être équivalent à un ERAR, mais pour fournir un moyen

to an updated risk assessment when one is required. In this case, the respondent notes the option of a deferral request was clearly not disadvantageous as all the individual applicants made extensive and voluminous requests to defer and then sought judicial review of their negative deferral decisions to obtain a stay of removal.

[228] The respondent claims the applicants have not demonstrated that the standard of proof used by inland enforcement officers, in determining whether there is risk, is incorrect. The respondent says a balance of probabilities standard is the default standard of proof and that standard also applies under sections 96 and 97 of the IRPA. According to the respondent, the need for access to a PRRA can be accommodated by a waiver of the PRRA waiting period, and DCO nationals can also seek a stay of their removal from the Federal Court.

[229] The respondent maintains that the equality guarantee is not about an assessment of relative advantages but inquiring as to whether any disadvantage perpetuates discrimination. The respondent says denial of a benefit does not always cause comparative disadvantage, and in certain instances distinctions in the law and its effect do not always amount to discrimination. Parity of access is not required, the respondent claims, when distinctions require different treatment, and claimants from countries with well-honed state protection such as DCOs do not require access to a subsequent risk assessment as early as those from non-DCOs.

[230] In the respondent's view, the applicants incorrectly allege that the DCO designation and the 36-month PRRA waiting period create a presumption that claimants from DCO countries are making unfounded claims and that such a presumption disadvantages them. According to the respondent, the objective triggers used for designation are unrelated to any specific ethnic group or national origin grounds and are based on an assessment of the state protection apparatus of each country involved, followed by a more comprehensive assessment of the prevailing human

d'accéder à une évaluation des risques actualisée lorsqu'elle est exigée. En l'espèce, le défendeur souligne que l'option d'une demande de report n'était manifestement pas désavantageuse, dans la mesure où tous les demandeurs ont présenté des demandes détaillées et volumineuses, puis ont demandé un contrôle judiciaire de leurs décisions défavorables de report afin d'obtenir un sursis de renvoi.

[228] Le défendeur affirme que les demandeurs n'ont pas démontré que la norme de preuve utilisée par les agents d'exécution de la loi dans les bureaux intérieurs pour trancher la question de savoir s'il y avait un risque était incorrecte. Le défendeur a déclaré qu'une norme de la prépondérance des probabilités était la norme de preuve par défaut et qu'elle s'appliquait également aux articles 96 et 97 de la LIPR. Selon le défendeur, la période d'attente de l'ERAR peut être dispensée s'il y a besoin de présenter une demande d'ERAR, et les ressortissants provenant d'un POD peuvent également demander le sursis de leur renvoi de la Cour fédérale.

[229] Le défendeur soutient que la garantie d'égalité ne consiste pas à évaluer les avantages relatifs, mais à déterminer si un désavantage perpétue une discrimination. Le défendeur affirme que le refus d'un avantage ne cause pas toujours un désavantage comparatif et que, dans certains cas, les distinctions dans la loi et leurs effets ne constituent pas toujours une discrimination. Le défendeur affirme que la parité d'accès n'est pas requise lorsque les distinctions exigent un traitement différent, et que les demandeurs d'asile de pays bénéficiant d'une bonne protection de l'État, comme les POD, n'ont pas besoin d'avoir accès à une évaluation de risque ultérieure aussi tôt que ceux qui ne proviennent pas des POD.

[230] De l'avis du défendeur, les demandeurs allèguent à tort que la désignation d'un POD et la période d'attente de 36 mois de l'ERAR créent une présomption selon laquelle les demandeurs d'asile provenant de POD présentent des demandes non fondées et qu'une telle présomption les désavantage. Selon le défendeur, les facteurs déclencheurs d'objectifs utilisés pour la désignation ne sont liés à aucun groupe ethnique précis ni à aucun motif d'origine nationale et reposent sur une évaluation du système de protection de l'État de chaque

rights conditions in these countries. None of this, the respondent says, turns on any prejudice or stereotype related to a country or ethnicity. The respondent further says the applicants have not established that the lack of access to a PRRA for 36 months has a disproportionate effect on any group of refugee claimants.

(c) *Roma claimants are not historically disadvantaged within the Canadian asylum system*

[231] The respondent claims there is no evidence to support the contention that Hungarian or Roma asylum seekers are disadvantaged compared to other asylum seekers in Canada. The applicants' contentions are inconsistent with the facts, according to the respondent, and the evidence shows that Canada has assessed thousands of claims made by Roma asylum seekers. The respondent says these claims were assessed on their merits and many claims were accepted as well-founded claims for protection.

[232] According to the respondent, DCO nationals and Roma claimants do not suffer from any historic or pre-existing disadvantage compared to other failed refugee claimants. The respondent says a DCO designation, and the application of the 36-month PRRA waiting period, is premised on country conditions, namely whether the country is safe and does not normally produce refugees. In the respondent's view, nationals of countries that have robust mechanisms for domestic state protection do not suffer from any historical disadvantage within the meaning of section 15 of the Charter.

[233] The applicants have failed, the respondent says, to produce any evidence of any historical disadvantage or prejudice to Roma or Hungarian claimants within the Canadian asylum system. In contrast, the respondent notes that the evidence shows Europeans have historically been among the favoured groups for immigration to Canada, and the DCO list of countries is dominated by

pays concerné, suivi d'une évaluation plus complète de la situation actuelle des droits de la personne dans ces pays. Le défendeur affirme que rien de tout cela ne se rapporte aux préjugés ou aux stéréotypes liés à un pays ou à une ethnie. Le défendeur ajoute que les demandeurs n'avaient pas établi que l'absence de recours à une demande d'ERAR pendant 36 mois avait un effet disproportionné sur les groupes de demandeurs d'asile.

c) *Les demandeurs d'asile roms ne sont pas historiquement défavorisés au sein du système d'asile canadien*

[231] Le défendeur affirme qu'il n'y a aucune preuve au soutien de la prétention selon laquelle les demandeurs d'asile hongrois ou roms sont désavantagés par rapport aux autres demandeurs d'asile au Canada. Selon le défendeur, les affirmations des demandeurs sont incompatibles avec les faits, et les éléments de preuve montrent que le Canada a examiné des milliers de demandes présentées par des demandeurs d'asile roms. Le défendeur affirme que ces demandes avaient été évaluées sur le fond et que de nombreuses demandes avaient été acceptées comme demandes d'asile bien fondées.

[232] Selon le défendeur, les ressortissants de POD et les demandeurs d'asile roms ne souffrent d'aucun désavantage historique ou préexistant par rapport aux autres demandeurs d'asile déboutés. Le défendeur a déclaré que la désignation d'un POD et l'application de la période d'attente de 36 mois de l'ERAR reposaient sur les conditions du pays, à savoir si le pays était sécuritaire et ne produisait pas normalement de réfugiés. De l'avis du défendeur, les ressortissants de pays dotés de mécanismes robustes de protection de l'État national ne souffrent d'aucun désavantage historique au sens de l'article 15 de la Charte.

[233] Le défendeur a déclaré que les demandeurs n'avaient présenté aucune preuve de désavantage historique ou de préjudice causé aux demandeurs d'asile roms ou hongrois au sein du système d'asile canadien. En revanche, le défendeur souligne que les éléments de preuve montrent que les Européens ont toujours figuré parmi les groupes d'immigration privilégiés au Canada

European countries which are generally not considered to be refugee-producing countries.

[234] In the respondent's view, the applicants' assertion, that the DCO scheme was designed to specifically target Roma claimants and prevent them from entering Canada, lacks merit. The Roma have diverse nationalities, the respondent notes, and they come to Canada from all parts of the world. The respondent also notes that many countries with large Roma populations are not on the DCO list because they do not meet the triggering criteria. The respondent says the objective qualitative and quantitative triggers utilized in the designation of DCOs does not target Roma claimants.

(d) *Nature of interest affected*

[235] According to the respondent, the interest affected must consider the whole statutory scheme. In the respondent's view, paragraph 112(2)(b.1) of the IRPA draws distinctions based on informed assessments of objective criteria and does not create any disadvantage.

[236] All DCO claimants have an opportunity for a full hearing on the merits of their claim before the RPD, the respondent notes, and they can also access the RAD to have the merits of their claim reassessed, with a possibility of another oral hearing. Any error arising before the RPD or RAD can also be raised, the respondent further notes, on judicial review before this Court. The respondent says DCO claimants who are removed prior to being eligible for a PRRA can have evidence of risk assessed before removal through the deferral process. In the respondent's view, the applicants ignore or minimize the fact that enforcement officers may assess and evaluate the sufficiency of any new evidence of risk and, if warranted, grant a temporary deferral to determine whether an exemption from the 36-month PRRA waiting period should be granted.

et que la liste des pays d'origine désignés est dominée par les pays européens qui ne sont généralement pas considérés comme des pays qui produisent des réfugiés.

[234] De l'avis du défendeur, l'affirmation des demandeurs selon laquelle le système de pays d'origine désignés avait été conçu pour cibler spécifiquement les demandeurs d'asile roms et les empêcher de s'inscrire au Canada est sans fondement. Le défendeur souligne que les Roms avaient des nationalités diverses et qu'ils venaient au Canada en provenance de toutes les régions du monde. Le défendeur souligne également que de nombreux pays ayant une population rome importante ne figurent pas sur la liste des pays d'origine désignés, car ils ne remplissent pas les critères de déclenchement. Le défendeur affirme que les facteurs déclencheurs objectifs qualitatifs et quantitatifs utilisés dans la désignation des pays d'origine désignés ne ciblent pas les demandeurs d'asile roms.

d) *Nature de l'intérêt touché*

[235] Selon le défendeur, l'intérêt touché doit tenir compte du régime législatif dans son ensemble. De l'avis du défendeur, l'alinéa 112(2)b.1) de la LIPR établit des distinctions fondées sur des évaluations éclairées de critères objectifs et ne crée aucun désavantage.

[236] Tous les demandeurs provenant de pays d'origine désignés ont la possibilité d'obtenir une audience en bonne et due forme sur le fond de leur demande devant la SPR, fait remarquer le défendeur, et ils peuvent également se tourner vers la SAR pour faire réévaluer le bien-fondé de leur demande, ayant ainsi la possibilité d'obtenir une autre audience. Le défendeur ajoute que toute erreur présentée à la SPR ou la SAR peut également être soulevée dans le cadre d'un contrôle judiciaire devant la Cour. Le défendeur affirme que les demandeurs provenant de pays d'origine désignés qui sont renvoyés avant d'être admissibles à un ERAR peuvent faire évaluer des éléments de preuve concernant la situation de risque avant leur renvoi dans le cadre d'un processus de report. Selon le défendeur, les demandeurs ignorent ou banalisent le fait que les agents d'exécution de la loi peuvent analyser et évaluer la suffisance de tout nouvel élément de preuve concernant la situation de risque et, si cela est justifié, accorder un report temporaire pour

[237] The respondent concludes by stating that paragraph 112(2)(b.1) of the IRPA draws no distinction based on national origin or any other prohibited ground, and that even if it did, consideration of the sufficiency of state protection in the country of origin on which such distinctions are drawn does not reinforce any prejudice or stereotype on the basis of national origin.

C. Analysis

(1) Introduction

[238] Section 15 of the Charter provides as follows:

Equality before and under law and equal protection and benefit of law

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

Affirmative action programs

(2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

[239] It is instructive at the outset of considering whether paragraph 112(2)(b.1) is inconsistent with subsection 15(1) of the Charter to look to the Supreme Court's recent jurisprudence concerning this subsection.

[240] In *Quebec (Attorney General) v. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 SCC 17, [2018] 1 S.C.R. 464 (*Alliance*), Justice Abella (speaking for the majority) stated [at paragraph 25] that:

déterminer si une exemption à la période d'attente de 36 mois de l'ERAR doit être autorisée.

[237] Le défendeur conclut en faisant valoir que l'alinéa 112(2)b.1) de la LIPR n'établit aucune distinction en fonction du pays d'origine ou de tout autre motif illicite, et que même s'il établissait une distinction, la prise en compte de la suffisance de la protection de l'État dans le pays d'origine, sur laquelle cette distinction est fondée, ne renforce aucun préjugé ou stéréotype fondé sur le pays d'origine.

C. Discussion

1) Introduction

[238] L'article 15 de la Charte est libellé ainsi :

Égalité devant la loi, égalité de bénéfice et protection égale de la loi

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

Programmes de promotion sociale

(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques.

[239] Il est intéressant, alors que nous nous apprêtons à déterminer si l'alinéa 112(2)b.1) est incompatible avec le paragraphe 15(1) de la Charte, d'examiner la jurisprudence rendue récemment par la Cour suprême relativement à ce paragraphe.

[240] Dans l'arrêt *Québec (Procureure générale) c. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 CSC 17, [2018] 1 R.C.S. 464 (*Alliance*), la juge Abella (s'exprimant au nom de la majorité), a fait valoir ce qui suit [au paragraphe 25] :

Since *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, this Court has emphasized substantive equality as the engine for the s. 15 analysis [citations omitted]. The test for a *prima facie* violation of s. 15 proceeds in two stages: Does the impugned law, on its face or in its impact, create a distinction based on enumerated or analogous grounds? If so, does the law impose “burdens or den[y] a benefit in a manner that has the effect of reinforcing, perpetuating, or exacerbating ... disadvantage” (*Taypotat*, at paras. 19-20).

[241] She then observed [at paragraph 26] that:

The first step of the s. 15(1) analysis is not a preliminary merits screen, nor an onerous hurdle designed to weed out claims on technical bases. Rather, its purpose is to ensure that s. 15(1) of the *Charter* is accessible to those whom it was designed to protect. The “distinction” stage of the analysis should only bar claims that are not “intended to be prohibited by the *Charter*” because they are not based on enumerated or analogous grounds — which are “constant markers of suspect decision making or potential discrimination” [citations omitted]. The purpose, in other words, is to exclude claims that have “nothing to do with substantive equality” (*Taypotat*, at para. 19, quoting Lynn Smith and William Black, “The Equality Rights” (2013), 62 *S.C.L.R.* (2d) 301, at p. 336). For that reason it is not appropriate, at the first step, to require consideration of other factors — including discriminatory impact, which should be addressed squarely at the second stage of the analysis. The focus must remain on the *grounds* of the distinction.

[242] Justice Abella further observed [at paragraph 28] that:

At the second step of the s. 15(1) test, as this Court said in *Kapp* (at paras. 23-24) and *Withler* (at para. 66), it is not necessary or desirable to apply a step-by-step consideration of the factors set out in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, and no case since *Kapp* has applied one. The focus is not on “whether a discriminatory attitude exists”, or on whether a distinction “perpetuates negative attitudes” about a disadvantaged group, but rather on the discriminatory impact of the distinction (*Quebec v. A*, at paras. 327 and 330 (emphasis deleted)).

Depuis l’arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, notre Cour a insisté sur l’égalité réelle comme moteur de l’analyse fondée sur l’art. 15 [citations omises]. Le critère pour savoir s’il y a violation *prima facie* de l’art. 15 comporte deux étapes : la loi contestée crée-t-elle, à première vue ou de par son effet une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue, et, dans l’affirmative, la loi impose-t-elle « un fardeau ou [nie-t-elle] un avantage d’une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d’accentuer le désavantage » (*Taypotat*, par. 19-20)?

[241] Elle a ensuite déclaré ce qui suit [au paragraphe 26] :

La première étape de l’analyse fondée sur le par. 15(1) de la *Charte* ne constitue ni une étape de filtrage initial sur le fond, ni un lourd obstacle visant à écarter certaines demandes pour des motifs techniques. Son objectif consiste plutôt à faire en sorte que les personnes que cette disposition est censée protéger puissent avoir accès à celle-ci. L’étape de la « distinction » ne devrait faire obstacle qu’aux demandes alléguant une distinction que la « *Charte* [ne] visait [pas] à interdire » parce que de telles demandes ne sont pas fondées sur des motifs énumérés ou analogues — qui sont « des indicateurs permanents de l’existence d’un processus décisionnel suspect ou de discrimination potentielle » [citations omises]. Autrement dit, l’objectif consiste à exclure les demandes qui « n’ont rien à voir avec l’égalité réelle » (*Taypotat*, par. 19, citant Lynn Smith et William Black, « The Equality Rights » (2013), 62 *S.C.L.R.* (2d) 301, p. 336). Pour ce motif, il ne convient pas, à la première étape de l’analyse, d’exiger la prise en compte d’autres facteurs — notamment l’effet discriminatoire, lequel devrait être examiné directement à la deuxième étape de l’analyse. L’analyse doit demeurer axée sur les motifs de la distinction.

[242] La juge Abella a ensuite ajouté ceci [au paragraphe 28] :

Comme l’a affirmé la Cour dans les arrêts *Kapp* (par. 23-24) et *Withler* (par. 66), il n’est pas nécessaire ni souhaitable, à la deuxième étape de l’analyse fondée sur le par. 15(1), d’examiner point par point les facteurs énoncés dans *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, et, dans aucune affaire depuis l’arrêt *Kapp*, on ne l’a fait. L’accent est mis non pas sur la question de « savoir s’il existe une attitude [...] discriminatoire » ou si une distinction « perpétue une attitude négative » à l’endroit d’un groupe défavorisé, mais plutôt sur l’effet discriminatoire de la distinction (*Québec c. A*, par. 327 et 330 (italiques omis)).

[243] In view of this guidance, I now turn to consider whether the applicants have established that paragraph 112(2)(b.1) of the IRPA infringes subsection 15(1) of the Charter.

- (2) Does paragraph 112(2)(b.1) create a distinction based on an enumerated or analogous ground?

[244] The first question is whether the differential treatment as to when a DCO claimant and a non-DCO claimant can apply for a PRRA constitutes a distinction based on an enumerated or analogous ground of discrimination.

[245] This Court has previously determined in *Canadian Doctors* and *Y.Z.* that the differential treatment of DCO nationals vis-à-vis non-DCO nationals constitutes a distinction based on national origin for the purposes of subsection 15(1) of the Charter. I agree with the interpretation of the words “national origin” adopted in *Canadian Doctors*, where Justice Mactavish stated that the reference to “national origin” in subsection 15(1) encompasses: “a prohibition on discrimination between classes of non-citizens based upon their country of origin ... that is also consistent with the provisions of the Refugee Convention, Article 3 of which prohibits discrimination against refugees based upon their country of origin” (paragraph 768).

[246] This differential treatment in paragraph 112(2)(b.1) is clearly a distinction based on the national origin of a refugee claimant. If the claimant comes from one of the countries designated under subsection 109.1(1) of the IRPA, he or she will be without the potential benefit of a PRRA until 36 months have passed since their claim for refugee protection was last rejected or determined to be withdrawn or abandoned by the I.R.B. In contrast, claimants from non-DCO countries must wait only 12 months. (Parenthetically, it warrants note that a 12-month PRRA bar for all claimants, regardless of their country of origin, was contained in the BRRA in 2010, and was in effect

[243] À la lumière de ces indications, je vais maintenant déterminer si les appelants ont établi que l’alinéa 112(2)b.1) de la LIPR contrevient au paragraphe 15(1) de la Charte.

- 2) L’alinéa 112(2)b.1) établit-il une distinction fondée sur des motifs énumérés ou analogues?

[244] La première question est celle de savoir si le traitement différentiel quant au moment où un demandeur provenant d’un pays d’origine désigné et un demandeur ne provenant pas d’un pays d’origine désigné peuvent soumettre une demande d’ERAR constitue une distinction fondée sur des motifs énumérés ou analogues de discrimination.

[245] La Cour a déterminé, dans les décisions *Médecin canadiens* et *Y.Z.*, que le traitement différentiel de ressortissants de pays d’origine désignés par rapport à des ressortissants de pays d’origine non désignés constitue une distinction fondée sur le pays d’origine pour les besoins de l’application du paragraphe 15(1) de la Charte. Je suis d’accord avec l’interprétation de l’expression « pays d’origine » adoptée dans la décision *Médecins canadiens*, où la juge Mactavish a déclaré que la référence au « pays d’origine » au paragraphe 15(1), en ce qu’elle « interdit une discrimination entre les classes de non citoyens fondée sur leur pays d’origine est aussi compatible avec les dispositions de la Convention relative au statut des réfugiés, dont l’article 3 interdit la discrimination à l’égard des réfugiés fondée sur le pays d’origine » (paragraphe 768).

[246] Ce traitement différentiel à l’alinéa 112(2)b.1) constitue clairement une distinction fondée sur le pays d’origine d’un demandeur d’asile. Si le demandeur est originaire de l’un des pays d’origine désignés en application du paragraphe 109.1(1) de la LIPR, il sera privé de l’avantage potentiel d’un ERAR jusqu’à 36 mois après que sa demande d’asile a été rejetée pour la dernière fois ou que la C.I.S.R. a déterminé qu’elle a été retirée ou abandonnée. En comparaison, pour un demandeur ne provenant pas d’un pays d’origine désigné, l’attente sera de 12 mois seulement. (Soit dit en passant, il convient de noter qu’une interdiction relative à l’ERAR de 12 mois pour

from June 28, 2012, until December 14, 2012, when paragraph 112(2)(b.1) became operative.)

[247] The respondent's argument that the distinction between DCO and non-DCO nations is not nationality but, rather, the country conditions that exist at any point in time, is not persuasive for two reasons.

[248] First, it is not persuasive that the DCO regime is a proxy for safety. In 2014, 57.3 percent of Hungarian claims were accepted at the RPD level; that acceptance rate was higher than that for non-DCO (i.e., non-safe) countries such as Angola (44.4 percent), Burundi (54.2 percent), China (52.7 percent), Democratic Republic of the Congo (46.7 percent), Haiti (47.4 percent), Jamaica (54.1 percent), Lebanon (47.6 percent), Nigeria (54.3 percent), and Sierra Leone (50 percent). If the DCO regime was a proxy for safe country conditions, then the rate of acceptance would presumably be lower than non-safe countries.

[249] Second, it is not persuasive because whatever qualities any country has when assessing whether it should be designated, the reason a DCO claimant is treated differently is due to the country from which such a claimant originates. This distinction is made without regard to a claimant's personal characteristics or whether that country is in fact safe for *them*.

[250] The fact that a country could conceivably be removed from the list of designated countries in the future does not make a claimant's national origin mutable. All that means is that the Minister could stop drawing distinctions based on national origin in the future, and claimants have no control over when that might be. That is no comfort to claimants affected by that distinction now.

tous les demandeurs, sans égard à leur pays d'origine, a été prévue dans l'ERAR en 2010 et a été appliquée du 28 juin 2012 au 14 décembre 2012, date à laquelle l'alinéa 112(2)b.1) est entré en vigueur.)

[247] L'argument du défendeur selon lequel la distinction entre les ressortissants d'un pays d'origine désigné et ceux qui ne proviennent pas d'un pays d'origine désigné n'est pas la nationalité, mais plutôt les conditions qui étaient en vigueur au pays à un moment donné, n'est pas convaincant pour deux motifs.

[248] Premièrement, je ne suis pas convaincu que le régime des pays d'origine désignés est un substitut à la sécurité. En 2014, 57,3 p. 100 des demandes de ressortissants hongrois ont été acceptées au niveau de la SPR; ce taux d'acceptation était supérieur à celui des demandeurs ne provenant pas de pays d'origine désignés (c.-à-d. non sécuritaires), tels que l'Angola (44,4 p. 100), le Burundi (54,2 p. 100), la Chine (52,7 p. 100), la République démocratique du Congo (46,7 p. 100), Haïti (47,4 p. 100), la Jamaïque (54,1 p. 100), le Liban (47,6 p. 100), le Nigéria (54,3 p. 100) et la Sierra Leone (50 p. 100). Si le régime des pays d'origine désignés était un substitut aux conditions dans des pays sécuritaires, le taux d'acceptation serait vraisemblablement plus faible que celui des pays non sécuritaires.

[249] Deuxièmement, l'argument n'est pas convaincant puisque peu importe les qualités que présente un pays au moment de déterminer s'il doit être désigné, le motif pour lequel un demandeur d'un pays d'origine désigné est traité différemment est fondé sur le pays d'origine de ce demandeur. Cette distinction est établie sans tenir compte des caractéristiques personnelles du demandeur ou de la question de savoir si le pays est, dans les faits, sécuritaire pour *ce demandeur*.

[250] Le fait qu'un pays pourrait vraisemblablement être supprimé de la liste de pays d'origine désignés à l'avenir n'a pas pour effet de rendre le pays d'origine du demandeur malléable. Cela signifie simplement que le ministère pourrait cesser d'établir des distinctions fondées sur le pays d'origine à l'avenir, et que les demandeurs n'auraient aucun pouvoir sur le moment où cela se produirait. Cela n'apporte aucun réconfort aux demandeurs qui sont touchés par cette distinction à l'heure actuelle.

[251] In my view, therefore, the first aspect of the substantive equality test is satisfied by the very wording of paragraph 112(2)(b.1) itself. This paragraph creates two classes of refugee claimants based solely on national origin: those foreign nationals from a DCO who must wait 36 months to access a PRRA, versus those who are not from a DCO who must wait only 12 months. In both cases, as noted above, the months are calculated from when the claim for refugee protection was last rejected or determined to be withdrawn or abandoned by the I.R.B.

(3) Does the distinction create a disadvantage by perpetuating prejudice or stereotyping?

[252] The respondent maintains that a 36-month PRRA waiting period does not perpetuate prejudice or stereotyping, and that section 109.1 and paragraph 112(2)(b.1) of the IRPA make no statement about claimants based on national origin. In the respondent's view, when the contextual factors are assessed it is evident that these legislative provisions do not have the effect of reinforcing prejudice or stereotypes.

[253] I disagree with the respondent in this regard. One of the main aims of the DCO regime, according to Ms. Dikranian, "is to deter abuse of our refugee system by people who come from countries generally considered safe and 'non-refugee producing', while preserving the right of every eligible refugee claimant to have a fair hearing before the IRB". On cross-examination, Ms. Dikranian acknowledged that deterring abuse of the system and "non-genuine claims" was one of the main objectives of the creation of the DCO regime.

[254] The distinction drawn between non-DCO and DCO refugee claimants in paragraph 112(2)(b.1) of the IRPA is discriminatory on its face. In view of the record before the Court (most notably Professor Anderson's affidavit evidence), this distinction, in my view, serves to further marginalize, prejudice, and stereotype refugee claimants from DCO countries which are generally

[251] Par conséquent, à mon avis, le premier aspect du critère d'égalité réelle est satisfait par le libellé même de l'alinéa 112(2)b.1). Ce sous-alinéa crée deux classes de demandeurs d'asile fondées uniquement sur le pays d'origine : les ressortissants étrangers d'un pays d'origine désigné qui doivent attendre 36 mois pour accéder à un ERAR ou les ressortissants étrangers ne provenant pas d'un pays d'origine désigné qui doivent attendre seulement 12 mois. Dans les deux cas, comme je l'ai déjà mentionné, les mois sont calculés à partir du moment où la demande d'asile est rejetée pour la dernière fois ou que la C.I.S.R. détermine qu'elle a été retirée ou abandonnée.

3) Est-ce que la distinction crée un désavantage en perpétuant un préjugé ou un stéréotype?

[252] Le défendeur soutient que la période d'attente de 36 mois de l'ERAR ne perpétue aucun préjugé ou stéréotype et que l'article 109.1 et l'alinéa 112(2)b.1) de la LIPR ne font aucune déclaration fondée sur le pays d'origine. Selon le défendeur, lorsque les facteurs contextuels sont examinés, il est évident que ces dispositions législatives n'ont pas pour effet de renforcer les préjugés ou les stéréotypes.

[253] Je ne suis pas d'accord avec le défendeur à cet égard. L'un des principaux objectifs du régime des pays d'origine désignés, selon M^{me} Dikranian, est de [TRANSDUCTION] « dissuader les abus de notre système de réfugiés par des gens qui viennent de pays généralement considérés comme sûrs et "ne produisant pas de réfugiés", tout en préservant le droit de chaque demandeur d'asile admissible d'avoir une audition équitable devant la CISR ». En contre-interrogatoire, M^{me} Dikranian a reconnu que dissuader les abus du système et les [TRANSDUCTION] « demandes non authentiques » était l'un des principaux objectifs établis lors de la création du régime de pays d'origine désignés.

[254] La distinction établie entre les demandeurs d'asile provenant de pays d'origine désignés et ceux ne provenant pas de pays d'origine désignés à l'alinéa 112(2)b.1) de la LIPR est discriminatoire en apparence. À la lumière du dossier présenté à la Cour (plus particulièrement la preuve par affidavit du professeur Anderson), cette distinction, à mon avis, a pour effet de marginaliser, de

considered safe and “non-refugee producing”. It perpetuates a stereotype that refugee claimants from DCO countries are somehow queue-jumpers or bogus claimants who only come here to take advantage of Canada’s refugee system and its generosity. The persons directly affected by paragraph 112(2)(b.1) undoubtedly include many claimants who are not abusing the system or making bogus claims.

[255] In *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396 (*Withler*), at paragraph 2, the Supreme Court stated that: “The central s. 15(1) concern is substantive, not formal, equality.... At the end of the day there is only one question: Does the challenged law violate the norm of substantive equality in s. 15(1) of the *Charter*?”.

[256] In my view, paragraph 112(2)(b.1) of the IRPA deprives refugee claimants from DCO countries of substantive equality vis-à-vis those from non-DCO countries with respect to their access to a PRRA. Expressly imposing a disadvantage based on national origin alone constitutes discrimination (*Withler*, at paragraph 29). This distinction perpetuates the historical disadvantage of undesirable refugee claimants and the stereotype that their fears of persecution or discrimination are less worthy of attention.

[257] In short, I find that paragraph 112(2)(b.1) of the IRPA, insofar as it pertains to DCO nationals, is inconsistent with subsection 15(1) of the Charter. The distinction is apparent on the face of the legislation (*Fraser v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 223, 299 A.C.W.S. (3d) 536, at paragraph 40). This paragraph draws a clear and discriminatory distinction between refugee claimants from DCO countries and those from non-DCO countries, by denying the former a right to a PRRA until 36 months have elapsed from rejection of their claim, while allowing the latter to apply for a PRRA after only 12 months have so elapsed. This is a denial of substantive equality

lésé et de stéréotyper davantage les demandeurs provenant d’un pays d’origine désigné, qui sont généralement considérés sûrs et « ne produisant pas de réfugiés ». Elle maintient le stéréotype selon lequel les demandeurs d’asile provenant de pays d’origine désignés sont en quelque sorte des resquilleurs ou de faux demandeurs qui ne viennent ici que pour abuser du système de réfugiés du Canada et de sa générosité. Les personnes directement touchées par l’alinéa 112(2)b.1) comprennent sans aucun doute de nombreux demandeurs qui n’abusent pas du système et ne soumettent pas de fausses demandes.

[255] Dans l’arrêt *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396 (*Withler*), au paragraphe 2, la Cour suprême du Canada a déclaré que : « Le paragraphe 15(1) est centré sur l’égalité réelle, et non sur l’égalité formelle [...] [e]n définitive, une seule question se pose : La mesure contestée transgresse-t-elle la norme d’égalité réelle consacrée par le par. 15(1) de la *Charte*? ».

[256] À mon avis, l’alinéa 112(2)b.1) de la LIPR prive les demandeurs d’asile provenant des pays d’origine désignés d’une égalité réelle par rapport aux demandeurs d’asile ne provenant pas des pays d’origine désignés en ce qui a trait à l’accès à l’ERAR. Imposer expressément un désavantage fondé sur le pays d’origine constitue de la discrimination (*Withler*, au paragraphe 29). Cette distinction maintient le désavantage historique des demandeurs d’asile indésirables et le stéréotype que leurs craintes de persécution ou de discrimination sont moins dignes d’attention.

[257] En résumé, je suis d’avis que l’alinéa 112(2)b.1) de la LIPR, en ce qui a trait aux ressortissants de pays d’origine désignés, est incompatible avec le paragraphe 15(1) de la Charte. Cette distinction est évidente au vu de la loi (*Fraser c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 223, au paragraphe 40. Ce paragraphe établit une distinction claire et discriminatoire entre les demandeurs provenant de pays d’origine désignés et ceux ne provenant pas de pays d’origine désignés, en refusant à ces premiers un ERAR pendant 36 mois après le rejet de leur demande, tout en permettant aux deuxièmes un ERAR après un délai de 12 mois seulement. Cela constitue un déni du droit

to claimants from DCO countries based upon the national origin of such claimants.

[258] Lastly, it should be noted before leaving this issue, that no party suggested that the distinction between DCO and non-DCO claimants under paragraph 112(2)(b.1) of the IRPA is ameliorative under subsection 15(2) of the Charter. This aspect of section 15 is not at issue in these applications.

X. If Paragraph 112(2)(b.1) of the IRPA is Inconsistent with Subsection 15(1), Can it be Justified by Section 1 of the Charter?

A. *The Respondent's Submissions*

[259] The respondent maintains that subsection 15(1) of the Charter has not been breached. But should the Court conclude otherwise, the respondent argues that any infringement is demonstrably justified under section 1 of the Charter.

[260] According to the respondent, a limitation of a Charter right is justified where the infringing provision has a pressing and substantial objective and the means used to achieve it are proportionate to the limitation or infringement. To satisfy the requirements of proportionality, the respondent says the state must demonstrate that: (a) the means chosen is rationally connected to the objective; (b) the means minimally impair Charter protected rights; and (c) there must be proportionality: the deleterious effects of the measure must not outweigh the public benefit of the measure.

[261] In the respondent's view, section 1 must be applied in a flexible manner having regard to the policy considerations inherent in the factual and social context of each case; and when complex social and economic policy is at stake, deference is warranted in assessing Parliament's choices.

à l'égalité réelle des demandeurs de pays d'origine désignés fondé sur le pays d'origine de ces demandeurs.

[258] Finalement, il est important de souligner, avant de passer à une autre question, qu'aucune partie n'a suggéré que la distinction entre les demandeurs provenant de pays d'origine désignée et ceux ne provenant pas de pays d'origine désignés en application de l'alinéa 112(2)(b.1) de la LIPR est améliorée par l'application du paragraphe 15(2) de la Charte. Cet aspect de l'article 15 n'est pas en cause dans ces demandes.

X. Dans la mesure où l'alinéa 112(2)(b.1) de la LIPR est incompatible avec le paragraphe 15(1) de la Charte, peut-il se justifier aux termes de l'article premier?

A. *Les observations du défendeur*

[259] Le défendeur soutient que le paragraphe 15(1) de la Charte n'a pas été enfreint. Toutefois, si la Cour devait en venir à une conclusion contraire, le défendeur soutient que la justification de toute violation peut être démontrée aux termes de l'article premier de la Charte.

[260] Selon le défendeur, une restriction d'un droit garanti par la Charte est justifiée lorsque la disposition qui constitue une violation répond à un objectif urgent et réel et que les moyens utilisés pour l'atteindre sont proportionnés à la restriction ou à la violation. Pour satisfaire les exigences de proportionnalité, le défendeur fait valoir que l'État doit démontrer que : a) les moyens choisis ont un lien rationnel avec l'objectif; b) que les moyens portent une atteinte minimale aux droits garantis par la Charte; et c) qu'il doit y avoir proportionnalité : les effets délétères de la mesure ne doivent pas l'emporter sur les avantages de la mesure pour le public.

[261] Selon le défendeur, l'article premier doit être appliqué de manière souple, tout en tenant compte des considérations de principe inhérentes au contexte factuel et social de chaque cas; lorsqu'une politique sociale et économique complexe est en jeu, la déférence est justifiée dans l'évaluation des choix du législateur.

[262] The respondent says section 1 does not demand that the limit on the right be perfectly calibrated, when judged in hindsight, but only that it be “reasonable” and “demonstrably justified”. According to the respondent, when a problem can be remedied in a number of ways, and where the schemes are typically complex and reflect a multitude of overlapping and conflicting interests and legislative concerns, the courts have accepted that the primary responsibility for making the difficult choices involved in public governance falls on the legislature, and that at times it may limit constitutional rights.

(1) Any limit on subsection 15(1) rights is prescribed by law

[263] The respondent claims courts have taken a flexible approach to the “prescribed by law” requirement regarding both form and articulation of a limit on a Charter right. According to the respondent, a limit will be prescribed by law if it is expressly provided for by statute or regulation, or results by necessary implication from the terms of a statute or regulation or from its operation. The respondent says the DCO scheme easily meets the prescribed by law test because it is set out in legislation, regulations, ministerial orders, and policy.

(2) Legislative objective is pressing and substantial

[264] The respondent maintains that Canada has an obligation to recognize and offer refuge to asylum seekers, and in designing a system to do so it must create an efficient system of affording protection to those most in need, prevent fraud, and maintain the integrity of its border. According to the respondent, before the amendments to the IRPA introducing the DCO regime, analysis of the refugee system demonstrated that there were a number of challenges putting the system at risk: there were long delays before a claim was determined; failed refugee claimants were not removed quickly; and there was duplication in the system since PRRA applications reviewed many of the same risk factors as the RPD.

[262] Le défendeur soutient que l’article premier n’exige pas que la limite du droit soit parfaitement calibrée, lorsqu’elle est jugée rétrospectivement, mais seulement qu’elle soit « raisonnable » et que la « justification soit démontrée ». Selon le défendeur, lorsqu’un problème peut être réglé de plusieurs façons et lorsque les régimes sont généralement complexes et reflètent une multitude d’intérêts et de préoccupations législatives en chevauchement et en conflit, les tribunaux ont accepté que la responsabilité première des décisions difficiles liées à la gouvernance publique incombe aux législateurs, ce qui peut, à certains moments, limiter les droits constitutionnels.

1) Toute limite des droits garantis par le paragraphe 15(1) est prescrite par la loi

[263] Le défendeur soutient que les tribunaux ont adopté une approche souple à l’égard de l’exigence « prescrite par la loi » tant sur le plan de la forme que sur le plan de la formulation de la limite d’un droit garanti par la Charte. Selon le défendeur, une limite sera prescrite par la loi si elle est expressément prévue par une loi ou un règlement, ou découle, par déduction nécessaire, des dispositions d’une loi ou d’un règlement ou de son fonctionnement. Le défendeur soutient que le régime des pays d’origine désignés répond facilement au critère de prescription par la loi puisqu’il est établi dans la loi, les règlements, les arrêtés ministériels et les politiques.

2) L’objectif législatif est un objectif urgent et réel

[264] Le défendeur soutient que le Canada a une obligation de reconnaître les demandeurs d’asile et de leur offrir un refuge et que, pour ce faire, il doit créer un système efficace qui assure une protection aux personnes les plus démunies, prévient les fraudes et maintient l’intégrité des frontières. Selon le défendeur, avant les modifications apportées à la LIPR pour introduire le régime de pays d’origine désignés, l’analyse du système de réfugiés a démontré qu’un certain nombre d’enjeux placent le système à risque : les délais avant la décision concernant une demande étaient trop longs, les demandeurs d’asile refusés n’étaient pas expulsés rapidement et il y avait un doublement dans le système puisque les demandes d’ERAR portaient souvent sur les mêmes facteurs de risque que celles soumises à la SPR.

[265] The 36-month PRRA waiting period was put in place, the respondent says, to help the government meet its pressing and substantial objective of an efficient refugee determination system consistent with Canada's responsibility to maintain the integrity of the system and deter potential abuse. According to the respondent, a longer waiting period for a further risk assessment for persons from democratic countries considered to be generally non-refugee producing ensures genuine refugee claims are heard more quickly and, ultimately, reduces the application backlog. In the respondent's view, Canada's goals to recognize and offer refuge to asylum seekers, employ an efficient system for affording protection to those most in need, and to deter abuse of the system, are pressing and substantial objectives.

(3) Means used are rationally connected to the objective

[266] According to the respondent, the government needs to demonstrate only that it is reasonable to suppose the limit or prohibition may further the goal of the impugned provision, not that it will do so. In the respondent's view, there is a rational connection between the objective of a timely, effective refugee system and a waiting period before a person becomes eligible for a subsequent assessment of risk; and for nationals of countries with favourable country conditions, a longer waiting period is rationally connected to the objective of affording protection to those who need it most, including those who may be more likely to face an emerging risk of *refoulement* on return.

(4) DCO regime minimally impairs

[267] The respondent says any limit on the rights in issue is reasonably tailored to the pressing and substantial goal advanced to justify the limit. According to the respondent, where the legislature has engaged in mediating between competing social interests, the courts have

[265] Le défendeur soutient que la période d'attente de 36 mois relative à l'ERAR a été mise en place pour aider le gouvernement à atteindre son objectif urgent et réel de mettre en place un système efficace de détermination du statut de réfugié, en phase avec la responsabilité du Canada d'assurer l'intégrité du système et de dissuader les abus potentiels. Selon le défendeur, une période d'attente plus longue pour assurer une évaluation supplémentaire du risque chez les personnes provenant de pays démocratiques reconnus pour ne pas produire de réfugiés permet de s'assurer que des demandes d'asile authentiques sont entendues plus rapidement, ce qui, en dernier ressort, réduit les retards dans le traitement des demandes. Le défendeur estime que les objectifs du Canada de reconnaître les demandeurs d'asile et de leur offrir un refuge, d'utiliser un système efficace pour assurer la protection des personnes les plus démunies et de dissuader les abus du système, sont des objectifs urgents et réels.

3) Les moyens utilisés doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif en question

[266] Selon le défendeur, le gouvernement doit démontrer uniquement qu'il est raisonnable de supposer que la limite ou l'interdiction peut aider à atteindre l'objectif de la disposition contestée, et non qu'elle assurera systématiquement l'atteinte de cet objectif. Le défendeur estime qu'il existe un lien rationnel entre l'objectif visé par un système de réfugiés rapide et efficace et la période d'attente imposée à une personne avant qu'elle puisse être admissible à une autre évaluation du risque. Il soutient également que, dans le cas des ressortissants de pays offrant des conditions favorables, une période d'attente plus longue est rationnellement liée à l'objectif d'assurer une protection aux personnes les plus démunies, y compris celles qui sont plus susceptibles d'être exposées à un risque émergent de *refoulement* à leur retour.

4) Le régime des pays d'origine désignés entraîne une atteinte minimale

[267] Le défendeur soutient que toute limite appliquée aux droits en cause est raisonnablement adaptée à l'objectif urgent et réel avancé pour justifier cette limite. Selon le défendeur, lorsque les législateurs se sont engagés dans un processus de médiation entre des intérêts sociaux

generally accorded a high level of deference to the legislation. In streamlining the refugee system, the government ensured that there is minimal impairment of DCO refugee claimants' rights. The respondent notes that, although the hearings for DCO claimants are scheduled on a more expedited timeline, they can seek adjournments, request additional time to file evidence, and request re-openings if necessary.

[268] The respondent claims any risk arising from the lack of access to a PRRA for 36 months is mitigated because DCO claimants may apply for an appeal of their claim to the RAD or for leave for judicial review by this Court if that appeal is denied. If they are scheduled for removal while their application for judicial review is pending, DCO claimants may file a motion for a stay of removal, in which the Court considers any alleged error made by the RPD or the RAD and any allegation of irreparable harm upon removal. They may also request a deferral of their removal, in which any new risk may be assessed. The respondent also notes that the Minister may on his own initiative provide early access to a PRRA where circumstances warrant, and that "safeguards" against non-*refoulement* have been developed such that access may be permitted to a PRRA where recent events place all or some of the nationals of a DCO at risk.

[269] While DCO claimants are barred from filing a PRRA application for three years from the date of their last risk assessment, the respondent contends that the effect of this waiting period is minimal. According to the respondent, the DCO regime, like the SCO policies in Europe, seeks to accelerate the determination of claims from countries with generally recognized human rights standards and the obligation to grant protection in accordance with the Refugee Convention. The respondent notes that free and democratic societies like Germany, the

opposés, les tribunaux ont généralement accordé une grande déférence à la loi. Dans ses efforts pour rationaliser le système de réfugiés, le gouvernement s'est assuré de réduire le moins possible les droits des demandeurs d'asile provenant de pays d'origine désignés. Le défendeur souligne que, bien que les audiences des demandeurs provenant de pays d'origine désignés soient planifiées selon un échéancier plus rapide, ceux-ci peuvent demander des ajournements, des prorogations de délai pour pouvoir déposer un élément de preuve additionnel et des demandes de réouverture, au besoin.

[268] Le défendeur soutient que tout risque découlant de l'absence de recours à une demande d'ERAR pendant 36 mois est réduit puisque les demandeurs provenant de pays d'origine désignés peuvent en appeler du rejet de leur demande auprès de la SAR ou déposer une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire devant cette Cour si l'appel est rejeté. Si leur renvoi est prévu alors que leur demande de contrôle judiciaire est en attente, les demandeurs provenant de pays d'origine désignés peuvent déposer une requête visant à surseoir à l'exécution de la mesure de renvoi, dans le cadre de laquelle la Cour tiendra compte de toute erreur alléguée commise par la SPR ou la SAR et de toute allégation de préjudice irréparable après le renvoi. Ils peuvent également demander un report de leur renvoi, dans le cadre duquel tout nouveau risque peut être évalué. Le défendeur souligne également que le ministère peut, de son propre chef, permettre un recours hâtif à un ERAR lorsque les circonstances le justifient, et que des « garanties » contre le non-*refoulement* ont été élaborées de façon à ce que l'accès à un ERAR soit permis lorsque des événements récents exposent une partie ou la totalité des ressortissants d'un pays d'origine désigné à un risque.

[269] Bien que les demandeurs de pays d'origine désignés ne puissent déposer une demande d'ERAR avant trois ans après la date de leur dernière évaluation des risques, le défendeur soutient que l'effet de cette période d'attente est minimal. Selon le défendeur, le régime des pays d'origine désignés, comme les politiques relatives aux pays d'origine sûrs en Europe, vise à accélérer les décisions concernant les demandes de pays appliquant des normes généralement reconnues en matière de droits de la personne et à se conformer à l'obligation d'accorder

U.K., France, Belgium, Austria and Switzerland have adopted various forms of a SCO policy, and in determining whether a scheme is reasonably minimally impairing, the Court may look to what other countries are doing. In the respondent's view, the DCO scheme falls within a range of reasonable options and the government has met its objective in a way that is minimally impairing.

(5) The means are proportional

[270] In the respondent's view, there is proportionality between the effects of the 36-month PRRA waiting period and the objective of paragraph 112(2)(b.1). The respondent notes that all DCO refugee claimants continue to have their claims fairly and thoroughly assessed by the I.R.B. According to the respondent, paragraph 112(2)(b.1) has the salutary effect of creating an efficient system that affords protection to those most in need in a timely manner while deterring abuse of the system. The respondent says the effect of claimants from generally safe countries having to wait 36 months before a subsequent risk assessment is intended to make the refugee system become more efficient and is proportional.

B. *The Applicants' Submissions*

[271] The applicants say the respondent bears the burden of demonstrating that a law which infringes subsection 15(1) of the Charter is justified under section 1. Even if the respondent can demonstrate a pressing and substantial objective for the discriminatory PRRA bar for DCO claimants, the applicants contend that the discriminatory impact cannot meet the proportionality test under section 1 of the Charter and the minimal impairment branch of the test. According to the applicants, paragraph 112(2)(b.1) of the IRPA, insofar as it singles out DCO nationals for differential, discriminatory treatment, is not a reasonable limit on the right to equality and is not justified in a free and democratic society.

une protection conformément à la Convention relative au statut des réfugiés. Le défendeur souligne que les sociétés libres et démocratiques comme l'Allemagne, le R.-U., la France, la Belgique, l'Autriche et la Suisse, ont adopté diverses formes de politiques relatives aux pays d'origine sûrs et que, pour déterminer si un régime porte une atteinte raisonnablement minimale, la Cour peut examiner les mécanismes en place dans les autres pays. Selon le défendeur, le régime des pays d'origine désignés appartient aux options possibles acceptables et le gouvernement a atteint son objectif en portant une atteinte minimale.

5) Les moyens utilisés sont proportionnels

[270] Selon le défendeur, il existe un rapport de proportionnalité entre les effets de la période d'attente de 36 mois relative à l'ERAR et l'objectif énoncé à l'alinéa 112(2)(b.1). Le défendeur souligne que tous les demandeurs d'asile de pays d'origine désignés voient leurs demandes évaluées équitablement et de manière approfondie par la C.I.S.R. Selon le défendeur, l'alinéa 112(2)(b.1) exerce l'effet bénéfique de créer un système efficace qui assure une protection rapide aux personnes les plus démunies tout en dissuadant les abus du système. Le défendeur affirme que l'effet de l'attente de 36 mois imposée aux demandeurs provenant de pays généralement reconnus comme sûrs avant une autre évaluation des risques vise à rendre le système de réfugiés plus efficace et est proportionnel.

B. *Les arguments des demandeurs*

[271] Les demandeurs soutiennent que c'est au défendeur que revient le fardeau de démontrer qu'une loi qui enfreint le paragraphe 15(1) de la Charte est justifiée en vertu de l'article premier. Même si le défendeur peut démontrer un objectif urgent et réel pour justifier l'interdiction discriminatoire relative à l'ERAR pour les demandeurs provenant de pays d'origine désignés, les demandeurs affirment que l'effet discriminatoire ne peut satisfaire au critère de proportionnalité en vertu de l'article premier de la Charte ni au volet d'atteinte minimale du critère. Selon les demandeurs, l'alinéa 112(2)(b.1) de la LIPR, dans la mesure où il vise en particulier les ressortissants de pays d'origine désignés et les soumet à un traitement différentiel et discriminatoire, n'est pas une limite

[272] In the applicants' view, the inquiry must focus on the impugned provision alone—the differential PRRA bar for DCO nationals. According to the applicants, justifications and pressing objectives underpinning refugee reform, the DCO regime, or the existence of a PRRA bar in general, are not relevant. The question is whether subjecting DCO nationals to a discriminatory 36-month PRRA bar, rather than the 12-month PRRA bar faced by all other nationals, is demonstrably justified. The applicants reference *Alliance*, where Justice Abella (for the majority) explained [at paragraph 45]:

... Where a court finds that a specific legislative provision infringes a *Charter* right, the state's burden is to justify *that limitation*, not the whole legislative scheme. Thus, the "objective relevant to the s. 1 analysis is the objective of the infringing measure, since it is the infringing measure and nothing else which is sought to be justified" (*RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 144; *R. v. K.R.J.*, [2016] 1 S.C.R. 906, at para. 62). [Emphasis in original.]

(1) Pressing and substantial objectives

[273] The applicants dissect the respondent's claim that: "Canada's goals to recognize and offer refuge to asylum seekers, employ an efficient system for affording protection to those that are most in need, and to deter abuse of the system are pressing and substantial objectives". In the applicants' view, the objective of offering refuge to asylum seekers is too broad and lacks enough precision for section 1 justification purposes. The applicants argue that, while Canada may have had a pressing and substantial objective in enacting the BRRR and PCISA reforms, these must be separated from the objective of the specific provision in question. The applicants say offering refuge to asylum seekers is an objective underlying the IRPA, but this is clearly not the objective of denying nationals from DCOs access to a PRRA for two years more than non-DCO nationals.

raisonnable appliquée relativement au droit à l'égalité et n'est pas justifiée dans une société libre et démocratique.

[272] Selon les demandeurs, l'examen doit porter uniquement sur la disposition contestée, soit l'interdiction différentielle imposée aux ressortissants de pays d'origine désignés. Selon les demandeurs, les justifications et les objectifs urgents qui sous-tendent la réforme du système de réfugiés, le régime de pays d'origine désignés ou l'existence d'une interdiction relative à l'ERAR en général, ne sont pas pertinents. La question consiste à déterminer si le fait de soumettre les ressortissants de pays d'origine désignés à une interdiction discriminatoire de 36 mois relative à l'ERAR, plutôt que l'interdiction de 12 mois imposée à tous les autres ressortissants, peut être justifié de façon démontrable. Les demandeurs citent l'arrêt *Alliance*, où la juge Abella (au nom de la majorité) a fourni les explications suivantes [au paragraphe 45] :

[...] Lorsqu'un tribunal conclut qu'une disposition législative donnée viole un droit garanti par la *Charte*, il incombe à l'État de justifier *cette restriction*, et non l'ensemble du régime législatif. Par conséquent, « [a]ux fins d'une analyse fondée sur l'article premier, l'objectif pertinent est l'objectif de la mesure attentatoire puisque c'est cette dernière et rien d'autre que l'on cherche à justifier » (*RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 144; *R. c. K.R.J.*, [2016] 1 R.C.S. 906, par. 62). [Italiques dans l'original.]

1) Objectifs urgents et réels

[273] Les demandeurs dissèquent l'affirmation du défendeur selon laquelle « les objectifs du Canada de reconnaître les demandeurs d'asile et de leur offrir un refuge, d'utiliser un système efficace pour assurer la protection des personnes les plus démunies et de dissuader les abus du système, sont des objectifs urgents et réels ». Selon les demandeurs, l'objectif d'offrir un refuge aux demandeurs d'asile est trop large et manque de précision aux fins de la justification de l'article premier. Les demandeurs soutiennent que, bien que le Canada ait cherché à atteindre un objectif urgent et réel en adoptant les réformes de la LMRER et de la LPSIC, ces réformes doivent être séparées de l'objectif de la disposition en question. Les demandeurs soutiennent qu'offrir un refuge aux demandeurs d'asile est un objectif sous-jacent de la LIPR, mais ce n'est clairement pas l'objectif établi en interdisant

[274] According to the applicants, the second stated objective—administrative efficiency—is generally not a sufficiently pressing and substantial objective to justify the violation of a Charter right. As to the third stated objective—deterring abuse—the applicants concede that, while this is a pressing and substantial objective generally, there is no rational connection between this objective and the differential PRRA bar DCO nationals face.

(2) No rational connection

[275] The applicants contend that there is no rational connection between any of the three objectives as stated by the respondent and the differential PRRA bar. It is important to note, the applicants say, that the question before the Court does not concern whether the 12-month PRRA bar, to which all unsuccessful refugee claimants are subject, is rationally connected to the government's aims; rather, it concerns whether imposing an additional and discriminatory 24-month bar on only DCO nationals is rationally connected. The applicants acknowledge that, while some of the objectives stated by the respondent could in theory be rationally connected to the 12-month PRRA bar, there is no similar logical connection with an extended PRRA bar solely for DCO nationals.

[276] Even if offering refuge to asylum seekers were to be accepted as an appropriate objective for the differential PRRA bar, the applicants say the respondent has not demonstrated how denying a subsequent risk assessment to any failed claimant, let alone DCO nationals, is rationally connected to the objective of recognizing and offering refuge to asylum seekers. According to the applicants, it works in precisely the opposite direction and would rationally warrant unlimited risk assessments rather than the denial of one to a specific group. In the

aux ressortissants provenant des pays d'origine désignés d'accéder à un ERAR pendant deux années de plus que les ressortissants ne provenant pas de pays d'origine désignés.

[274] Selon les demandeurs, le deuxième objectif énoncé (l'efficacité administrative) n'est généralement pas suffisamment urgent et réel pour justifier une violation d'un droit garanti par la Charte. Quant au troisième objectif (dissuader les abus), les demandeurs concèdent que, bien que cela constitue généralement un objectif urgent et réel, il n'existe aucun lien rationnel entre cet objectif et l'interdiction différentielle relative à l'ERAR imposée aux ressortissants de pays d'origine désignés.

2) Absence de lien rationnel

[275] Les demandeurs affirment qu'il n'existe aucun lien rationnel entre les trois objectifs énoncés par le défendeur et l'interdiction différentielle relative à l'ERAR. Selon les demandeurs, il est important de prendre note que la question dont est saisie la Cour n'est pas de déterminer si une interdiction de 12 mois relative à l'ERAR, à laquelle sont soumis tous les demandeurs d'asile dont la demande a été refusée, est rationnellement liée aux objectifs du gouvernement; elle vise plutôt à déterminer si l'imposition d'une période d'interdiction supplémentaire et discriminatoire de 24 mois sur les ressortissants de pays d'origine désignés est rationnellement liée. Les demandeurs reconnaissent que, bien que certains objectifs énoncés par le défendeur puissent, en théorie, être liés rationnellement à la période d'interdiction de 12 mois relative à l'ERAR, il n'existe aucun lien logique similaire en ce qui concerne l'interdiction prolongée imposée uniquement aux ressortissants de pays d'origine désignés.

[276] Même si offrir un refuge aux demandeurs d'asile était accepté comme objectif approprié pour justifier l'interdiction différentielle relative à l'ERAR, les demandeurs soutiennent que le défendeur n'a pas démontré comment le refus d'une évaluation des risques subséquente à un demandeur dont la demande a été refusée, et encore moins à des ressortissants de pays d'origine désignés, est lié rationnellement à l'objectif de reconnaître les demandeurs d'asile et de leur offrir un refuge. Selon les demandeurs, le système fonctionne dans une

applicants' view, there is no rational connection between the differential access to a PRRA and the efficiencies which the respondent contends result from this discriminatory measure.

[277] As to the respondent's claim that requiring DCO nationals to wait longer for a subsequent risk assessment ensures that genuine refugee claims are heard more quickly and reduces the application backlog, the applicants retort that differential access to a PRRA assessment has absolutely no bearing whatsoever on—and therefore no rational connection to—whether genuine refugee claims are heard more quickly by the RPD at the front end. According to the applicants, the differential PRRA bar has no impact on any backlog associated with the adjudication of PRRA applications and denying DCO nationals access to a PRRA for 36 months, as opposed to 12 months, is entirely unnecessary—and therefore not rationally connected—to ensure efficient removals and the reduction of any PRRA backlog.

[278] The applicants say there is also no rational connection between deterring abuse and the differential PRRA bar. They note that the respondent has led no evidence whatsoever to establish that the inability to submit a PRRA application between 12 and 36 months after a negative refugee claim was serving as a pull factor for DCO nationals to come to Canada to advance fraudulent claims or to deter others from doing so.

[279] In the applicants' view, the 36-month PRRA bar—in a context where all failed refugee claimants are already subject to a 12-month bar—is not needed to ensure the efficient removal of DCO nationals; it does not impact the adjudication of claims by the I.R.B., does not deter abuse, and has no impact on a backlog of PRRA applications. According to the applicants, there is no rational basis on which to infer that the differential PRRA

direction complètement opposée et, rationnellement, garantirait des évaluations des risques illimitées plutôt que de refuser ces évaluations à un groupe particulier. Selon les demandeurs, il n'existe aucun lien rationnel entre l'accès différentiel à un ERAR et l'efficacité qui, selon le défendeur, résulterait de cette mesure discriminatoire.

[277] Quant à l'affirmation du défendeur selon laquelle le fait d'imposer aux ressortissants de pays d'origine désignés une plus longue attente avant une évaluation des risques subséquente vise à s'assurer que les demandes d'asile authentiques sont entendues plus rapidement et à réduire les retards dans le traitement des demandes, les demandeurs répliquent que l'accès différentiel aux évaluations de l'ERAR n'a absolument aucune incidence (et donc, aucun lien rationnel) sur la question à savoir si les demandes d'asile authentiques sont entendues plus rapidement par la SPR en amont. Selon les demandeurs, l'interdiction différentielle relative à l'ERAR n'a pas d'incidence sur les retards associés aux décisions relatives aux demandes d'ERAR, et interdire aux ressortissants de pays d'origine désignés l'accès à l'ERAR pendant 36 mois au lieu de 12 mois est tout à fait inutile (et donc, non lié rationnellement) pour assurer le renvoi efficace et la réduction des retards dans le traitement des demandes d'ERAR.

[278] Les demandeurs affirment également qu'il n'existe pas de lien entre la dissuasion des abus et l'interdiction différentielle relative à l'ERAR. Ils soulignent également que le défendeur n'a présenté aucun élément de preuve pour établir que l'incapacité de soumettre une demande d'ERAR entre 12 et 36 mois après le refus d'une demande d'asile constituait un facteur d'attraction amenant les ressortissants de pays d'origine désignés à venir au Canada pour soumettre des demandes frauduleuses ou pour dissuader d'autres personnes d'un acte semblable.

[279] Selon les demandeurs, l'interdiction de 36 mois relative à l'ERAR, dans un contexte où les demandeurs dont la demande a été refusée sont déjà soumis à une période d'interdiction de 12 mois, n'est pas nécessaire pour assurer le renvoi efficace des ressortissants de pays d'origine désignés; elle n'a aucun effet sur le règlement des demandes par la C.I.S.R., ne prévient pas les abus et n'a aucune incidence sur les retards dans le traitement des

bar deters abuse any more than a non-discriminatory, general 12-month bar would.

(3) The impairment is not minimal

[280] The applicants claim the respondent's attempt to justify the government's violation of the equality rights of DCO nationals fails at the minimal impairment stage of the section 1 analysis. In the applicants' view, there is no basis for bestowing a measure of deference to the government's choice of measures. The applicants say the decision to impose a discriminatory 36-month PRRA bar was not rooted in complex social science evidence, nor did it reflect a difficult balancing exercise best left to the legislature.

[281] Even accepting for the purpose of argument the objectives asserted by the respondent, the applicants contend there were significantly less rights-impairing alternatives available to achieve those objectives. According to the applicants, if the government was interested in deterring abuse from fraudulent claimants by delaying access to a further risk assessment, it could have relied on existing provisions to target such claimants in a surgical manner. The applicants say this objective could have been achieved by restricting the extended PRRA bar to those claimants whose claims are found to have no credible basis or to be manifestly unfounded, without the need to differentiate between claimants based on nationality.

[282] The respondent's reasoning that the discriminatory impact of the differential PRRA bar is somehow mitigated by alternative remedies available to DCO nationals at risk, namely deferrals and stay motions, are, in the applicants' view, procedurally, financially, and psychologically more taxing on DCO nationals and provide less certain protection against *refoulement* for genuine claimants. According to the applicants, the possibility of

demandes d'ERAR. Selon les demandeurs, il n'y a pas de motif rationnel pour conclure que la période d'interdiction différentielle relative à l'ERAR dissuade les abus plus que la période d'interdiction non discriminatoire générale de 12 mois.

3) L'atteinte n'est pas minimale

[280] Les demandeurs soutiennent que le défendeur tente de justifier la violation par le gouvernement des droits à l'égalité des ressortissants de pays d'origine désignés sur le plan de l'atteinte minimale dans le cadre de l'analyse de l'article premier. Selon les demandeurs, aucun motif ne justifie d'accorder une mesure de déférence relativement aux mesures choisies par le gouvernement. Les demandeurs soutiennent que la décision d'imposer une période d'interdiction discriminatoire de 36 mois relativement à l'ERAR n'est pas fondée sur des éléments de preuve complexes sur le plan social, et ne reflète pas non plus un exercice d'équilibre difficile qu'il serait préférable de confier aux législateurs.

[281] Même en acceptant, aux fins de la présentation des arguments, les objectifs revendiqués par le défendeur, les demandeurs soutiennent qu'il existait des solutions exerçant des effets considérablement moins marqués sur les droits pour atteindre ces objectifs. Selon les demandeurs, si le gouvernement avait un quelconque intérêt à dissuader les abus en retardant l'accès à une évaluation des risques subséquente, il aurait pu invoquer des dispositions existantes pour cibler ces demandeurs avec une grande précision. Les demandeurs affirment que cet objectif aurait été atteint en restreignant la période d'interdiction prolongée relative à l'ERAR aux demandes qui n'avaient aucun fondement crédible ou étaient manifestement non fondées, sans avoir à établir une distinction fondée sur le pays d'origine entre les demandeurs.

[282] Le raisonnement du défendeur selon lequel l'effet discriminatoire de la période d'interdiction différentielle relative à l'ERAR est, en quelque sorte, atténué par les autres recours offerts aux ressortissants de pays d'origine désignés exposés à un risque, principalement les reports et les requêtes en sursis, ont pour effet, de l'avis des demandeurs, d'imposer un fardeau plus lourd sur le plan procédural, financier et psychologique aux ressortissants

a Ministerial exemption from the PRRA bar is illusory; it has never been used in relation to a DCO claimant, and since it is available with respect to any country it does nothing to reduce the discriminatory impact of the differential PRRA bar.

(4) Proportionality

[283] In the applicants' view, there is no evidence before the Court to demonstrate the alleged salutary benefits of the differential PRRA bar. The applicants say the only evidence concerns the difference in PRRA applications between the period when all failed claimants had an automatic right to a PRRA and the subsequent imposition of PRRA time bars for all failed claimants. According to the applicants, there is no disaggregated evidence to establish a saving or efficiency or deterrence of abuse caused by imposing an additional 24-month PRRA bar on only DCO nationals.

[284] The applicants say the government in this case has failed to put forward any evidence directly connecting the differential PRRA bar to any salutary benefit, and therefore the respondent's section 1 arguments must fail.

C. *Analysis*

[285] Section 1 of the Charter provides that:

Rights and freedoms in Canada

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

de pays d'origine désignés et d'assurer aux demandeurs légitimes une protection moins certaine contre le *refoulement*. Selon les demandeurs, la possibilité d'obtenir une exemption ministérielle pour une période d'interdiction relative à l'ERAR est illusoire; cette mesure n'a jamais été utilisée pour un demandeur d'un pays d'origine désigné et puisque ce recours est offert pour tous les pays, elle n'est pas utile pour réduire les effets discriminatoires de la période d'interdiction différentielle relative à l'ERAR.

4) Proportionnalité

[283] Selon les demandeurs, aucun élément de preuve déposé devant la Cour ne démontre les effets bénéfiques allégués de la période d'interdiction différentielle relative à l'ERAR. Les demandeurs soutiennent que le seul élément de preuve concerne la différence, dans les demandes d'ERAR, entre la période où tous les demandeurs dont la demande a été refusée disposent d'un droit automatique à l'ERAR et l'imposition subséquente de périodes d'interdiction pour tous les demandeurs dont la demande a été refusée. Selon les demandeurs, il n'existe aucun élément de preuve ventilé pour établir une quelconque économie, efficacité ou dissuasion d'abus découlant de la période d'interdiction supplémentaire de 24 mois relativement à l'ERAR imposée aux ressortissants de pays d'origine désignés seulement.

[284] Les demandeurs affirment que, dans ce cas, le gouvernement n'est pas parvenu à présenter des éléments de preuve établissant un lien direct entre la période d'interdiction différentielle relative à l'ERAR et un quelconque effet bénéfique; les arguments du défendeur relativement à l'article premier doivent donc être rejetés.

C. *Discussion*

[285] L'article premier de la Charte prescrit ce qui suit :

Droits et libertés au Canada

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

[286] The test to determine whether a Charter infringement can be demonstrably justified emanates from the Supreme Court's seminal decision in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, [1986] S.C.J. No. 7 (QL) (*Oakes*), where Chief Justice Dickson, speaking for the Court, stated that [at pages 138–139 of S.C.R.; paragraphs 69–70 of QL]:

To establish that a limit is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society, two central criteria must be satisfied. First, the objective, which the measures responsible for a limit on a *Charter* right or freedom are designed to serve, must be “of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom”: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 352. The standard must be high in order to ensure that objectives which are trivial or discordant with the principles integral to a free and democratic society do not gain s. 1 protection. It is necessary, at a minimum, that an objective relate to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society before it can be characterized as sufficiently important.

Second, once a sufficiently significant objective is recognized, then the party invoking s. 1 must show that the means chosen are reasonable and demonstrably justified. This involves “a form of proportionality test”: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 352. Although the nature of the proportionality test will vary depending on the circumstances, in each case courts will be required to balance the interests of society with those of individuals and groups. There are, in my view, three important components of a proportionality test. First, the measures adopted must be carefully designed to achieve the objective in question. They must not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations. In short, they must be rationally connected to the objective. Second, the means, even if rationally connected to the objective in this first sense, should impair “as little as possible” the right or freedom in question: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 352. Third, there must be a proportionality between the effects of the measures which are responsible for limiting the *Charter* right or freedom, and the objective which has been identified as of “sufficient importance”. [Emphasis in original.]

[287] More recently, in *Frank v. Canada (Attorney General)*, 2019 SCC 1, 428 D.L.R. (4th) 451, the Supreme

[286] Le critère servant à décider si la justification d'un manquement à la Charte peut se démontrer émane de la décision de la Cour suprême dans l'arrêt de principe *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, [1986] A.C.S. n° 7 (QL) (*Oakes*), où le juge en chef Dickson, s'exprimant au nom de la Cour, a affirmé ce qui suit [aux pages 138 et 139 du R.C.S.; paragraphes 69 et 70 de QL] :

Pour établir qu'une restriction est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, il faut satisfaire à deux critères fondamentaux. En premier lieu, l'objectif que visent à servir les mesures qui apportent une restriction à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte* doit être « suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution » : *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 352. La norme doit être sévère afin que les objectifs peu importants ou contraires aux principes qui constituent l'essence même d'une société libre et démocratique ne bénéficient pas de la protection de l'article premier. Il faut à tout le moins qu'un objectif se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique, pour qu'on puisse le qualifier de suffisamment important.

En deuxième lieu, dès qu'il est reconnu qu'un objectif est suffisamment important, la partie qui invoque l'article premier doit alors démontrer que les moyens choisis sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer. Cela nécessite l'application d'« une sorte de critère de proportionnalité » : *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 352. Même si la nature du critère de proportionnalité pourra varier selon les circonstances, les tribunaux devront, dans chaque cas, soupeser les intérêts de la société et ceux de particuliers et de groupes. À mon avis, un critère de proportionnalité comporte trois éléments importants. Premièrement, les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question. Elles ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles. Bref, elles doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif en question. Deuxièmement, même à supposer qu'il y ait un tel lien rationnel, le moyen choisi doit être de nature à porter « le moins possible » atteinte au droit ou à la liberté en question : *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 352. Troisièmement, il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures restreignant un droit ou une liberté garantis par la *Charte* et l'objectif reconnu comme « suffisamment important ». [Souligné dans l'original.]

[287] Plus récemment, dans l'arrêt *Frank c. Canada (Procureur général)*, 2019 CSC 1, la Cour suprême du

Court had occasion to reiterate the *Oakes* test. Speaking for the majority, Chief Justice Wagner stated [at paragraphs 38–39] that:

Two central criteria must be met for a limit on a *Charter* right to be justified under s. 1. First, the objective of the measure must be pressing and substantial in order to justify a limit on a *Charter* right. This is a threshold requirement, which is analyzed without considering the scope of the infringement, the means employed or the effects of the measure [citation omitted]. Second, the means by which the objective is furthered must be proportionate. The proportionality inquiry comprises three components: (i) rational connection to the objective, (ii) minimal impairment of the right and (iii) proportionality between the effects of the measure (including a balancing of its salutary and deleterious effects) and the stated legislative objective [citations omitted]. The proportionality inquiry is both normative and contextual, and requires that courts balance the interests of society with those of individuals and groups [citations omitted].

The onus in the s. 1 inquiry is on the party seeking to uphold the limit, that is, in the case at bar, the AGC (*Oakes*, at pp. 136-37). To discharge this burden, the AGC must satisfy the civil standard of proof on a balance of probabilities [citations omitted].

[288] Thus, the central question is whether the impact of paragraph 112(2)(b.1) of the IRPA on the rights of DCO claimants vis-à-vis non-DCO claimants is proportionate to the pressing and substantial objectives of this paragraph.

[289] I agree with the respondent that denial of a PRRA for a DCO claimant until 36 months have passed since final determination of their refugee claim, as embodied in paragraph 112(2)(b.1), is “prescribed by law” and, therefore, section 1 of the Charter is engaged.

[290] I also agree with the respondent that Canada had a pressing and substantial objective in effecting the

Canada a eu l’occasion de réitérer le critère de l’arrêt *Oakes*. S’exprimant au nom de la majorité, le juge [en chef] Wagner a déclaré ce qui suit [aux paragraphes 38 et 39] :

Deux critères fondamentaux doivent être respectés pour que la restriction d’un droit garanti par la *Charte* soit justifiée en vertu de l’article premier. En premier lieu, l’objectif de la mesure doit être urgent et réel pour justifier l’imposition d’une restriction à un droit garanti par la *Charte*. Il s’agit d’une condition préalable, dont l’analyse s’effectue sans tenir compte de la portée de l’atteinte, du moyen retenu ou des effets de la mesure [renvoi omis]. En deuxième lieu, le moyen par lequel l’objectif est réalisé doit être proportionné. L’analyse de la proportionnalité comporte trois éléments : (i) le lien rationnel avec l’objectif, (ii) l’atteinte minimale au droit, et (iii) la proportionnalité entre les effets de la mesure (y compris une mise en balance de ses effets préjudiciables et de ses effets bénéfiques) et l’objectif législatif énoncé [renvois omis]. L’examen de la proportionnalité se veut à la fois normatif et contextuel, et oblige les tribunaux à soupeser les intérêts de la société et ceux de particuliers et de groupes [renvois omis].

Lors de l’examen fondé sur l’article premier, le fardeau incombe à la partie qui demande le maintien de la restriction — en l’espèce, le PGC (*Oakes*, aux pages 136 et 137). Pour s’acquitter de ce fardeau, le PGC doit satisfaire à la norme de preuve qui s’applique en matière civile, c’est-à-dire la preuve selon la prépondérance des probabilités [renvois omis].

[288] Par conséquent, la question centrale consiste à rechercher si l’incidence de l’alinéa 112(2)b.1) de la LIPR sur les droits des demandeurs provenant d’un pays d’origine désigné par rapport à ceux ne provenant pas d’un pays d’origine désigné est proportionnée eu égard aux objectifs urgents et réels de cet alinéa.

[289] Je souscris à l’argument du défendeur selon lequel le refus d’une demande d’ERAR présentée par un demandeur provenant d’un pays d’origine désigné lorsque moins de 36 mois se sont écoulés depuis le dernier rejet de sa demande d’asile, comme il est énoncé à l’alinéa 112(2)b.1), est « prescrit par la loi » et, par conséquent, l’article premier de la Charte s’applique.

[290] Je souscris également à l’argument du défendeur selon lequel le Canada répondait à un objectif urgent et

reforms in the BRRA and the PCISA. When the BRRA was introduced, the I.R.B.'s resources were strained and overburdened, according to Ms. Dikranian, with a backlog of over 60 000 unheard refugee claims; this backlog meant there was about a 19-month waiting time between a person's claim for refugee protection and when they received a decision by the RPD. Since the DCO regime was put into place, Ms. Dikranian says the overall number of claims from DCO countries has been reduced. She claims the DCO policy has been effective in deterring unfounded claims, since overall acceptance rates have increased from 42 percent in 2012 to 66 percent in 2014; and it has reduced the number of PRRA applications from 7 682 in 2007 to 2 059 in 2016.

[291] That said, the “objective relevant to the s. 1 analysis is the objective of the infringing measure, since it is the infringing measure and nothing else which is sought to be justified” (emphasis in original) (*RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, (1995), 127 D.L.R. (4th) 1, at paragraph 144). The objective of paragraph 112(2)(b.1) is part of the overall objectives of the reforms effected by the BRRA and the PCISA. According to Ms. Dikranian:

5. There was a significant backlog of refugee claims and it was taking too long for refugee claimants to have their claims scheduled and heard by the Refugee Protection Division (“RPD”) of the Immigration and Refugee Board (“IRB”). It was also taking too long for failed refugee claimants to be removed from Canada.

6. The system was strained and over-burdened. For many years, there had been a “backlog” at the IRB consisting of refugee claims that had been found eligible and thus referred to the IRB but were awaiting RPD hearings. In 2009, before the *Balanced Refugee Reform Act* (BRRA) was introduced, the IRB had a “backlog” of over 60,000 unheard refugee claims. Prior to the reforms, the average waiting time between when a person's claim for refugee protection in Canada was received and a decision by the Refugee Protection Division (“RPD”) of the IRB was about 19 months. ...

réel lorsqu'il a modifié la LMRER et la LPSIC. Selon M^{me} Dikranian, lorsque la LMRER a été adoptée, les ressources de la C.I.S.R. croulaient sous le poids d'un retard concernant plus de 60 000 demandes d'asile non entendues; ce retard entraînait un délai d'attente d'environ 19 mois entre le dépôt d'une demande d'asile et une décision rendue à son égard par la SPR. M^{me} Dikranian déclare que le nombre total de demandes provenant de ressortissants d'un pays d'origine désigné a diminué depuis que les mesures les concernant ont été mises en place. Elle allègue que les mesures visant les ressortissants d'un pays d'origine désigné ont permis de prévenir les demandes non fondées, puisque le pourcentage d'acceptation global a augmenté à 66 p. 100 en 2014 par rapport à 42 p. 100 en 2012, et elles ont entraîné une réduction des demandes d'ERAR, lesquelles sont passées de 7 682 en 2007 à 2 059 en 2016.

[291] Cela dit, « [a]ux fins d'une analyse fondée sur l'article premier, l'objectif pertinent est l'objectif de la mesure attentatoire puisque c'est cette dernière et rien d'autre que l'on cherche à justifier » (souligné dans l'original) (*RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, au paragraphe 144). L'objectif de l'alinéa 112(2)b.1) fait partie des objectifs globaux visés par les modifications apportées à la LMRER et à la LPSIC. Selon M^{me} Dikranian :

[TRADUCTION]

5. Un grand nombre de demandes d'asile accusaient un retard et trop de temps s'écoulait avant qu'elles ne soient inscrites au calendrier des audiences et entendues par la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR). On mettait également trop de temps pour expulser du Canada les demandeurs d'asile déboutés.

6. Le système était surchargé et trop lourd. Pendant de nombreuses années, la CISR accusait un « retard » concernant les demandes d'asile jugées admissibles qui lui avaient été renvoyées, mais qui étaient en attente d'une audition devant la SPR. En 2009, avant l'adoption de la *Loi sur des mesures de réforme équitables concernant les réfugiés* (LMRER), la CISR « avait accumulé » 60 000 demandes d'asiles non entendues. Avant les modifications, la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la CISR mettait environ 19 mois, après le dépôt d'une demande d'asile au Canada, pour rendre une décision la concernant. [...]

7. Prior to the reforms, failed refugee claimants had access to multiple layers of recourse, in addition to judicial review, available to them prolonging their stay in Canada such as submitting PRRA and Humanitarian and Compassionate applications. The result was delays in removal where it took, on average, 4.5 years from the initial claim until removal of a failed asylum claimant....

8. Long processing times and delays in removal made the asylum system vulnerable to misuse by those seeking to gain access to Canada. Long processing times also delay providing protection to those who need it. Making the system timelier was necessary to help address the growing backlog and deter non-genuine claims.

9. ... one of the main goals of these reforms was to shorten the entire process, from the making of a refugee claim, to either: (a) a positive refugee decision granting protection in Canada, or (b) a negative refugee decision leading to removal.

10. One of the objectives of the reforms was to speed up the processing of all claimants, with expedited processing for nationals of DCOs. A faster process deters the making of unfounded claims to remain in Canada and provides for timelier protection to those who need it.

[292] Even if it may have been reasonable to suppose that denying a PRRA to a DCO national for 24 months more than a non-DCO national might further these objectives and be rationally connected to them, it cannot be said that paragraph 112(2)(b.1) is minimally impairing.

[293] It is true that every failed refugee claimant is entitled to a PRAA. It is also true that subsection 112(2.1) of the IRPA and section 160.1 of the Regulations permit the Minister to exempt nationals of a country or a part of a country, or a class of nationals from the PRRA bar, if a sudden and significant change could substantially increase personalized risk to a specific population of people. According to the respondent, foreign nationals facing a

7. Avant les modifications, en plus du contrôle judiciaire, les demandeurs d'asile déboutés pouvaient se prévaloir de divers recours à différents paliers afin de prolonger leur séjour au Canada, notamment la présentation d'une demande d'ERAR et d'une demande pour motifs d'ordre humanitaire. En conséquence, les renvois étaient retardés, puisqu'il s'écoulait environ 4,5 ans entre la demande initiale et le renvoi du demandeur d'asile débouté[...]

8. Les longs délais de traitement et les renvois retardés rendaient le système d'asile vulnérable aux abus des personnes cherchant à entrer au Canada. Les longs délais de traitement retardaient également la mise en œuvre de mesures de protection pour ceux qui les nécessitaient. Il était essentiel de rendre le système plus rapide afin de traiter le retard sans cesse croissant et de prévenir les demandes non authentiques.

9. [...] l'un des principaux objectifs des modifications consistait à écourter le processus complet, du dépôt de la demande d'asile : a) à l'accueil d'une demande d'asile accordant une protection au Canada ou b) au refus d'une demande d'asile ayant pour conséquence un renvoi.

10. L'un des objectifs des modifications consistait à accélérer le traitement de l'ensemble des demandes d'asile, dont le traitement accéléré des demandes présentées par les ressortissants d'un pays d'origine désigné. Un traitement plus rapide prévient le dépôt de demandes non fondées, présentées dans le but de rester au Canada, et permet d'accorder une protection à ceux qui la nécessitent plus tôt.

[292] Même s'il était raisonnable de supposer que le refus d'entendre une demande d'ERAR présentée par un ressortissant d'un pays d'origine désigné pendant 24 mois de plus que pour une demande d'ERAR présentée par un ressortissant ne provenant pas d'un pays d'origine désigné renforce ces objectifs et établit un lien logique avec ces derniers, on ne peut pas conclure que l'alinéa 112(2)b.1) constitue une atteinte minimale.

[293] Il est exact que chaque demandeur d'asile débouté a le droit de présenter une demande d'ERAR. Il est aussi vrai que le paragraphe 112(2.1) de la LIPR et l'article 160.1 du Règlement permettent au ministre d'exempter des ressortissants d'un pays ou d'une partie d'un pays ou une catégorie de ressortissants de l'application de l'interdiction relative à l'ERAR, si un changement important et soudain est susceptible d'augmenter

late-developing risk concern may also request a deferral of removal. These “safeguards” cannot, however, justify the fact that some failed refugee claimants can, and others cannot, apply for a PRRA after 12 months have elapsed since their last risk assessment. I disagree with the respondent that any risk of *refoulement* from the delayed access to a PRRA for DCO nationals is mitigated by these avenues open to DCO claimants.

[294] Assessing whether an impugned law minimally impairs a Charter right requires the Court to ask whether Parliament could have designed a law that infringes rights to a lesser extent and consider if there are reasonable alternatives (*Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, at paragraph 126). The Supreme Court has noted that, in making this assessment, “the courts accord the legislature a measure of deference, particularly on complex social issues where the legislature may be better positioned than the courts to choose among a range of alternatives” (*Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, at paragraph 53).

[295] In my view, the respondent has not proven, on a balance of probabilities, that denying a PRRA to a DCO national for 24 months more than a non-DCO national is the least drastic means by which the government could satisfy its objectives. Inasmuch as one of the goals of the reforms effected by the BRRA and the PCISA was to deter abusive or unfounded claims, this could have been achieved, in my view, by restricting the 36-month PRRA bar to any claimant, regardless of the country of origin, whose claim is determined to be manifestly unfounded under section 107.1 of the IRPA or where there is no credible basis for the claim under subsection 107(2).

considérablement le risque personnalisé d’une population précise. Selon le défendeur, les étrangers confrontés à un risque tardif peuvent également demander un report de renvoi. Toutefois, ces « mesures de protection » ne peuvent justifier que certains demandeurs d’asile déboutés puissent présenter une demande d’ERAR après que 12 mois se sont écoulés depuis le dernier examen des risques les concernant, alors que d’autres en sont empêchés. Je ne souscris pas à l’argument du défendeur selon lequel tout risque de *refoulement* découlant de l’accès retardé à un ERAR pour les ressortissants d’un pays d’origine désigné est atténué compte tenu des recours dont ils peuvent se prévaloir.

[294] Examiner si une loi contestée entraîne une atteinte minimale à un droit garanti par la Charte exige que la Cour détermine si le législateur aurait pu concevoir une disposition moins attentatoire et s’intéresser aux solutions de rechange raisonnables (*Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, au paragraphe 126). La Cour suprême a affirmé que, lors de cet examen, « les tribunaux font preuve d’une certaine déférence à l’égard de la législature, surtout en ce qui concerne les questions sociales complexes où la législature est peut-être mieux placée que les tribunaux pour choisir parmi une gamme de mesures » (*Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, au paragraphe 53).

[295] Je suis d’avis que le défendeur n’a pas réussi à démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que de refuser d’entendre une demande d’ERAR d’un ressortissant d’un pays d’origine désigné pendant 24 mois de plus que dans le cas d’un ressortissant ne provenant pas d’un pays d’origine désigné est le moyen le moins radical permettant au gouvernement d’atteindre ses objectifs. Dans la mesure où l’un des objectifs des modifications apportées à la LMRE et à la LPSIC consistait à prévenir les demandes abusives ou non fondées, je suis d’avis que l’on aurait pu y parvenir en imposant l’interdiction de 36 mois relative à l’ERAR à tous les demandeurs, quel que soit leur pays d’origine, dont la demande est jugée comme manifestement non fondée, aux termes de l’article 107.1 de la LIPR, ou dépourvue de fondement crédible, aux termes du paragraphe 107(2).

[296] The respondent has supplied no evidence to prove that paragraph 112(2)(b.1) has any additional deterrent effect. It was not necessary, in my view, for Parliament to differentiate between DCO and non-DCO claimants when imposing a restriction on when a failed refugee claimant could access a PRRA. Timely access to a PRRA is a significant benefit for failed refugee claimants and delaying this access to some claimants based on their country of origin impairs their right to equality. Those DCO nationals targeted for the delay created by paragraph 112(2)(b.1) suffer the effects of discrimination for the period of the delay (see *Centrale des syndicats*, at paragraph 31).

[297] Denying nationals from DCOs access to a PRRA for 24 months longer than non-DCO nationals is not, in my view, proportional to the government's objectives. This is an inequality that is disproportionate and overbroad and cannot be saved by section 1 of the Charter.

XI. If Paragraph 110(2)(d.1) of the IRPA is Unconstitutional, what is an Appropriate Remedy?

[298] The applicants request that these applications for judicial review be granted.

[299] However, because all the individual applicants have since become PRRA-eligible following commencement of this litigation, they do not request an order remitting their underlying deferral decisions for re-determination. Instead, they are requesting a declaration pursuant to section 52 of the *Constitution Act, 1982*, that paragraph 112(2)(b.1) of the IRPA, insofar as it explicitly pertains to DCO nationals, namely the clause “or, in the case of a person who is a national of a country that is designated under subsection 109.1(1), less than 36 months”, is of no force and effect, being contrary to the requirements of subsection 15(1) of the Charter.

[296] Le défendeur n'a présenté aucun élément de preuve servant à démontrer que l'alinéa 112(2)b.1 renferme un autre effet dissuasif. Je suis d'avis qu'il n'était pas nécessaire que le législateur établisse une différence entre les ressortissants d'un pays d'origine désigné et ceux ne provenant pas d'un pays d'origine désigné pour imposer une restriction quant au délai à respecter pour qu'un demandeur d'asile débouté puisse présenter une demande d'ERAR. Pouvoir présenter une telle demande en temps utile constitue un avantage important pour les demandeurs d'asile déboutés, et repousser ce recours dans le cas de certains demandeurs en fonction de leur pays d'origine contrevient à leur droit à l'égalité. Les ressortissants d'un pays d'origine désigné visés par le délai prescrit à l'alinéa 112(2)b.1 subissent les effets de la discrimination pour la période du délai (voir l'arrêt *Centrale des syndicats*, au paragraphe 31).

[297] Nier aux ressortissants d'un pays d'origine désigné le recours à une demande d'ERAR pendant 24 mois de plus qu'aux ressortissants qui ne proviennent pas d'un pays d'origine désigné n'est pas, à mon avis, proportionnel aux objectifs du gouvernement. Il s'agit d'une inégalité démesurée et excessive et elle ne peut être justifiée aux termes de l'article premier de la Charte.

XI. Si l'alinéa 110(2)d.1 de la LIPR est inconstitutionnel, quel serait une mesure appropriée?

[298] Les demandeurs réclament que les présentes demandes de contrôle judiciaire soient accueillies.

[299] Toutefois, comme tous les demandeurs individuels sont devenus admissibles à une demande d'ERAR depuis le début du présent contentieux, ils ne demandent pas une ordonnance renvoyant, aux fins de réexamen, les décisions sous-jacentes relatives au report d'un renvoi. Ils demandent plutôt un jugement déclaratoire, aux termes de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, selon lequel l'alinéa 112(2)b.1 de la LIPR en ce qui concerne expressément les ressortissants de pays d'origine désignés, notamment la proposition « ou, dans le cas d'un ressortissant d'un pays qui fait l'objet de la désignation visée au paragraphe 109.1(1), moins de trente-six mois », est inopérant, puisque qu'il est contraire aux exigences du paragraphe 15(1) de la Charte.

[300] The applicants say it is within the Court’s discretion to issue a declaration as a remedy on an application for judicial review as opposed to an action. They reference the Supreme Court’s decision in *Ewert v. Canada*, 2018 SCC 30, [2018] 2 S.C.R. 165, where Justice Wagner (as he then was) remarked [at paragraph 81] that:

A declaration is a narrow remedy but one that is available without a cause of action and whether or not any consequential relief is available: [citations omitted]. A court may, in its discretion, grant a declaration where it has jurisdiction to hear the issue, where the dispute before the court is real and not theoretical, where the party raising the issue has a genuine interest in its resolution, and where the respondent has an interest in opposing the declaration sought: [Citations omitted].

[301] For the reasons set forth above, I will issue the requested declaration. In particular, the Court declares pursuant to subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], that:

- paragraph 112(2)(b.1) of the IRPA is inconsistent with subsection 15(1) of the Charter insofar as it concerns nationals of countries designated under subsection 109.1(1) of the IRPA; and the following words—“or, in the case of a person who is a national of a country that is designated under subsection 109.1(1), less than 36 months”, —in paragraph 112(2)(b.1) shall have no force or effect with respect to such nationals.

[302] At the hearing of these applications, the respondent requested that if the Court were to issue a declaration that paragraph 112(2)(b.1) infringes subsection 15(2) of the Charter insofar as it concerns DCO nationals, that its effect be suspended as was the case in *Canadian Doctors*.

[303] I refuse to grant the respondent’s request that the effect of the declaration as stated above be suspended.

[300] Les demandeurs soutiennent qu’il est du pouvoir discrétionnaire de la Cour de rendre un jugement déclaratoire comme mesure à l’occasion d’une demande de contrôle judiciaire contrairement à une action. Ils citent la décision de la Cour suprême dans l’arrêt *Ewert c. Canada*, 2018 CSC 30, [2018] 2 R.C.S. 165, où le juge Wagner (tel était alors son titre) fait remarquer ce qui suit [au paragraphe 81] :

Un jugement déclaratoire est une réparation d’une portée restreinte, mais il peut être obtenu sans cause d’action et prononcé, peu importe si une mesure de redressement consécutive peut être accordée [renvois omis]. Le tribunal peut, à son gré, prononcer un jugement déclaratoire lorsqu’il a compétence pour entendre le litige, lorsque la question en cause est réelle et non pas simplement théorique, lorsque la partie qui soulève la question a véritablement intérêt à ce qu’elle soit résolue et lorsque l’intimé a intérêt à s’opposer au jugement déclaratoire sollicité [Renvois omis].

[301] Pour les motifs énoncés ci-dessus, je prononcerai le jugement déclaratoire demandé. Plus précisément, la Cour déclare, conformément au paragraphe 52(1) 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], ce qui suit :

- L’alinéa 112(2)b.1) de la LIPR va à l’encontre du paragraphe 15(1) de la Charte dans la mesure où il concerne les ressortissants d’un pays d’origine désigné, aux termes du paragraphe 109.1(1) de la LIPR, et la proposition suivante : « ou, dans le cas d’un ressortissant d’un pays qui fait l’objet de la désignation visée au paragraphe 109.1(1), moins de trente-six mois », contenue à l’alinéa 112(2)b.1), est inopérante à l’égard desdits ressortissants.

[302] Lors de l’audition des présentes demandes, le défendeur a demandé si la Cour devait prononcer un jugement déclaratoire selon lequel l’alinéa 112(2)b.1) contrevient au paragraphe 15(2) de la Charte dans la mesure où il concerne les ressortissants d’un pays d’origine désigné, que l’effet dudit jugement déclaratoire soit suspendu, comme ce fut le cas dans la décision *Médecins canadiens*.

[303] Je refuse d’acquiescer à la demande du défendeur selon laquelle l’effet du jugement déclaratoire, comme énoncé ci-dessus, devrait être suspendu.

[304] In *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, (1992), 93 D.L.R. (4th) 1 (*Schachter*), at page 719, the Supreme Court suggested that suspending a declaration of invalidity is appropriate when an immediate declaration would pose a danger to the public, threaten the rule of law, or deprive deserving individuals of benefits without helping the people whose rights were violated. None of those criteria apply in this case.

[305] In *Canadian Doctors*, the declaration of invalidity was suspended for four months because a legislative and policy void and a certain degree of administrative disruption would result from the decision, and the Court was concerned that this disruption could potentially exacerbate the harm suffered by those seeking protection.

[306] Occasionally though, the Supreme Court has suspended a declaration of invalidity where the *Schachter* conditions were arguably not present in order to give the legislature time to design an appropriate remedy (see, e.g., *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, (1999), 173 D.L.R. (4th) 1, at paragraphs 116–121; Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Vol. 2 (Toronto: Thomson/Carswell, 2007) (loose-leaf updated to 2014), c. 40, at section 40.1(d)). That rationale is most persuasive, however, when there are many ways the legislature could conceivably fix the problem. That is not the case here.

[307] In this case, an immediate declaration of invalidity means only that DCO nationals would now have access to a PRRA on the same basis as non-DCO nationals. Every day that paragraph 112(2)(b.1) is in force is a day that claimants from DCOs are not “equal before and under the law” and will be deprived of their right “to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination”. In my view, rectifying this inequality as soon as possible outweighs any administrative burdens to the government.

[304] Dans l’arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679 (*Schachter*), à la page 719, la Cour suprême a indiqué qu’un tribunal est justifié de suspendre l’effet d’une déclaration d’invalidité lorsque son application immédiate poserait un danger pour le public, menacerait la primauté du droit ou priverait de bénéfices les personnes admissibles sans profiter aux personnes dont les droits ont été violés. Aucun de ces critères ne s’applique en l’espèce.

[305] Dans la décision *Médecins canadiens*, on a suspendu l’effet de la déclaration d’invalidité pendant quatre mois parce que la décision aurait entraîné un vide législatif, une absence de politique et un certain désordre administratif, et la Cour craignait que ce désordre aggrave le préjudice subi par les demandeurs d’asile.

[306] Toutefois, il est arrivé que la Cour suprême suspende une déclaration d’invalidité alors que les conditions énoncées dans l’arrêt *Schachter* étaient vraisemblablement absentes, afin d’accorder au législateur le temps de concevoir une mesure appropriée (voir notamment l’arrêt *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, aux paragraphes 116 à 121; Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 5^e éd. vol. 2 (Toronto : Thomson/Carswell, 2007) (édition à feuilles mobiles mise à jour en 2014), ch. 40, au paragraphe 40.1(d)). Ce raisonnement des plus convaincants est toutefois valable lorsque le législateur est vraisemblablement en mesure de résoudre le problème de plusieurs manières. Or, ce n’est pas le cas en l’espèce.

[307] En l’espèce, une déclaration d’invalidité immédiate signifie seulement que les ressortissants d’un pays d’origine désigné pourront désormais présenter une demande d’ERAR au même titre que les ressortissants qui ne proviennent pas d’un pays d’origine désigné. Chaque jour où l’alinéa 112(2)b.1) est en vigueur est un jour où les demandeurs d’asile provenant d’un pays d’origine désigné n’ont pas droit à « l’égalité devant la loi » et où ils sont privés du droit « à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination ». Je suis d’avis que de remédier à cette inégalité dès que possible l’emporte sur tout fardeau administratif subi par le gouvernement.

XII. What Questions Should Be Certified?

[308] Subsequent to the hearing of this matter, the parties proposed questions to be certified pursuant to paragraph 74(d) of the IRPA.

[309] The applicants proposed the following question be certified:

Does subsection 112(2) (b.1) of the *IRPA* infringe s.15(1) of the *Charter* in a manner that is not justified under s.1 and, if so, what relief should the Court give therefor?

[310] The respondent suggested the following question should be certified:

Does paragraph 112(2) (b.1) of the Immigration and Refugee Protection Act, SC 2001, c 27 infringe subsection 15(1) of the Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act, 1982, being Schedule B to the Canada Act, 1982 (UK), 1982, c 11 [the Charter], in a manner that is not justified under section 1 of the Charter and, if so, what relief should the Court give therefor?

[311] In *Lunyamila v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2018 FCA 22, [2018] 3 F.C.R. 674, 419 D.L.R. (4th) 566, the Federal Court of Appeal reiterated the test for certification of a question pursuant to paragraph 74(d) of the IRPA [at paragraph 46]:

This Court recently reiterated in *Lewis v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 FCA 130, [2018] 2 F.C.R. 229, at paragraph 36, the criteria for certification. The question must be a serious question that is dispositive of the appeal, transcends the interests of the parties and raises an issue of broad significance or general importance. This means that the question must have been dealt with by the Federal Court and must arise from the case itself rather than merely from the way in which the Federal Court disposed of the application. An issue that need not be decided cannot ground a properly certified question (*Lai v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2015 FCA 21, 29 Imm. L.R. (4th) 211, at paragraph 10). Nor will a question that is in the nature of a reference or whose answer turns on the unique facts of the case be properly certified (*Mudrak v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FCA 178, 485 N.R. 186, at paragraphs 15, 35).

XII. Quelles sont les questions à certifier?

[308] Après l'audition de la présente affaire, les parties ont proposé des questions à certifier aux termes de l'alinéa 74d) de la LIPR.

[309] Les demandeurs ont proposé que la question suivante soit certifiée :

L'alinéa 112(2)b.1) de la LIPR contrevient-il au paragraphe 15(1) de la Charte d'une manière que l'article premier ne peut justifier et, le cas échéant, quelle mesure la Cour devrait-elle accorder?

[310] Le défendeur a proposé que la question suivante soit certifiée :

L'alinéa 112(2)b.1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, LC 2001, c 27, contrevient-il au paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c 11 (la Charte), d'une manière que l'article premier ne peut justifier et, le cas échéant, quelle mesure la Cour devrait-elle accorder?

[311] Dans l'arrêt *Lunyamila c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2018 CAF 22, [2018] 3 R.C.F. 674, la Cour d'appel fédérale a réitéré les critères pour la certification d'une question aux termes de l'alinéa 74d) de la LIPR [au paragraphe 46] :

La Cour a récemment réitéré, dans l'arrêt *Lewis c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CAF 130, [2018] 2 R.C.F. 229, au paragraphe 36, les critères de certification. La question doit être déterminante quant à l'issue de l'appel, transcender les intérêts des parties au litige et porter sur des questions ayant des conséquences importantes ou qui sont de portée générale. Cela signifie que la question doit avoir été examinée par la Cour fédérale et elle doit découler de l'affaire elle-même, et non simplement de la façon dont la Cour fédérale a statué sur la demande. Un point qui n'a pas à être tranché ne peut soulever une question dûment certifiée (arrêt *Lai c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2015 CAF 21, au paragraphe 10). Il en est de même pour une question qui est de la nature d'un renvoi ou dont la réponse dépend des faits qui sont uniques à l'affaire (arrêt *Mudrak c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CAF 178, aux paragraphes 15 et 35).

[312] It is appropriate to certify a question in this case. However, the questions as proposed by the parties are somewhat overbroad, in that they do not restrict the infringement of subsection 15(1) by paragraph 112(2)(b.1) insofar as it concerns DCO nationals.

[313] Accordingly, the following questions are certified pursuant to paragraph 74(d) of the IRPA:

1. Is paragraph 112(2)(b.1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, inconsistent with subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (*Charter*), insofar as this paragraph pertains to nationals of countries designated under subsection 109.1(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*?
2. If so, is paragraph 112(2)(b.1) a reasonable limit prescribed by law that can be demonstrably justified under section 1 of the *Charter*?

XIII. Conclusion

[314] In the result, the applicants' applications for judicial review are granted.

[315] The questions stated above are certified pursuant to paragraph 74(d) of the IRPA.

JUDGMENT in IMM-3855-15, IMM-3838-15,

IMM-591-16, IMM-3515-16 and IMM-1552-17

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. the applications for judicial review are granted;
2. paragraph 112(2)(b.1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, is declared

[312] En l'espèce, il convient de certifier une question. Toutefois, les questions, comme proposées par les parties, ont une portée quelque peu excessive, en ce sens qu'elles ne limitent pas la violation du paragraphe 15(1) découlant de l'alinéa 112(2)b.1) dans la mesure où il concerne les ressortissants d'un pays d'origine désigné.

[313] En conséquence, les questions suivantes sont certifiées aux termes de l'alinéa 74d) de la LIPR :

1. L'alinéa 112(2)b.1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, est-il incompatible avec le paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (la *Charte*), dans la mesure où cet alinéa concerne les ressortissants d'un pays d'origine désigné, aux termes du paragraphe 109.1(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*?
2. Si c'est le cas, l'alinéa 112(2)b.1) constitue-t-il une restriction raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification peut être démontrée aux termes de l'article premier de la *Charte*?

XIII. Conclusion

[314] En conséquence, les demandes de contrôle judiciaire des demandeurs sont accueillies.

[315] Les questions formulées ci-dessus sont certifiées aux termes de l'alinéa 74d) de la LIPR.

JUGEMENT dans les
dossiers IMM-3855-15, IMM-3838-15,

IMM-591-16, IMM-3515-16 et IMM-1552-17

LA COUR ORDONNE que :

1. les demandes de contrôle judiciaire sont accueillies;
2. l'alinéa 112(2)b.1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, est

to be inconsistent with subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], insofar as it concerns nationals of countries designated pursuant to subsection 109.1(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*; and the following words—“or, in the case of a person who is a national of a country that is designated under subsection 109.1(1), less than 36 months”,—in paragraph 112(2)(b.1) shall have no force or effect with respect to such nationals;

3. there shall be no award of costs; and
4. the following questions are certified pursuant to paragraph 74(d) of the *Immigration and Refugee Protection Act*:
 - i. Is paragraph 112(2)(b.1) of the *Immigration and Refugee Protection Act* inconsistent with subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (Charter), insofar as this paragraph pertains to nationals of countries designated under subsection 109.1(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*?
 - ii. If so, is paragraph 112(2)(b.1) a reasonable limit prescribed by law that can be demonstrably justified under section 1 of the Charter?

déclaré incompatible avec le paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (la Charte), dans la mesure où cet alinéa concerne les ressortissants d'un pays d'origine désigné, aux termes du paragraphe 109.1(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, et la proposition suivante : « ou, dans le cas d'un ressortissant d'un pays qui fait l'objet de la désignation visée au paragraphe 109.1(1), moins de trente-six mois », contenue au paragraphe 112(2)(b.1), est inopérante à l'égard de tels ressortissants;

3. il n'y aura aucune adjudication de dépens;
4. les questions suivantes sont certifiées aux termes de l'alinéa 74d) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* :
 - i. L'alinéa 112(2)(b.1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* est-il incompatible avec le paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (la Charte), dans la mesure où cet alinéa concerne les ressortissants d'un pays d'origine désigné, aux termes du paragraphe 109.1(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*?
 - ii. Si c'est le cas, l'alinéa 112(2)(b.1) constitue-t-il une restriction raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification peut être démontrée aux termes de l'article premier de la Charte?

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. The full text of any decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court of Appeal and at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court.

** 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.*

ELECTIONS

Judicial review of decisions by Chief Electoral Officer (CEO) refusing to exercise discretion to recommend change in date of federal general election scheduled for October 21, 2019 — Applicants, Orthodox Jews, arguing date of federal election conflicting with Jewish High Holiday of Shemini Atzeret — During this period, orthodox observance involving refraining from numerous activities, including voting, campaigning — As result of conflicts, ability of Orthodox Jewish voters, candidates to participate in activities leading up to election, polling day restricted — Applicants arguing *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter), ss. 2, 3, 15 rights infringed — CEO maintaining that Elections Canada not choosing date of election, CEO cannot now recommend change in date of election — Moving 2019 election date negatively affecting general election, presenting logistical concerns — Elections Canada focused on providing voting opportunities for observant Jewish community — Whether CEO’s decision not to recommend that election date be moved reasonable — CEO’s decision failing to address, balance specific Charter issues raised by applicants — Decision therefore not justifiable, transparent, intelligible — Administrative decision makers having to act consistently with Charter when exercising their statutory discretion — Charter considerations in *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395, *Law Society of British Columbia v. Trinity Western University*, 2018 SCC 32, [2018] 2 S.C.R. 293 applying to CEO in exercise of his statutory duties pursuant to *Canada Elections Act*, S.C. 2000, c. 9, s. 56.2(1) — CEO required to engage in full consideration of statutory, factual contexts — Having to consider if applicants’ observance of religious freedom interfering with their rights to “meaningful participation” in general election — CEO’s position grounded on position that fixed date of October 21, 2019, immutable — CEO required to assess impact of election date being in conflict with day of “religious significance”, to consider discretion granted by Parliament pursuant to s. 56.2(1) — Record not disclosing that CEO giving proper consideration to this discretion — CEO required to consider exercise of his discretion as option or avenue reasonably open to him to reduce impact on applicants’ Charter rights and still allow CEO to further relevant statutory objectives — Court cannot defer to decision not providing any explicit or implicit evidence of proportionate Charter balancing — Impossible for Court herein to determine if balancing was proportionate — Outcome disproportionate, not protecting Charter values as fully as possible in light of statutory objectives — Matter remitted back to CEO for reconsideration — *Mandamus* not appropriate remedy — Application allowed.

ARYEH-BAIN V. CANADA (CHIEF ELECTORAL OFFICER) (T-948-19, 2019 FC 964, McDonald J., amended reasons for judgment dated July 26, 2019, 24 pp.)

INCOME TAX

PARTNERSHIPS

Consolidated appeals from Tax Court of Canada (T.C.C.) orders allowing motion for order to strike appellants’ notices of appeal — Appellants partners of TSI I Limited Partnership (TSI) — TSI allocating losses among its partners — Appellants claiming losses from partnership in determining their incomes for purposes of *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 (Act) — Minister of National Revenue (Minister) making determinations under Act, s. 152(1.4) that business losses of TSI nil — Reassessing appellants, issuing notices of confirmation — Appellants, TSI filing notices of appeal to T.C.C. — TSI later

INCOME TAX—Concluded

discontinuing its appeal, filing notice of discontinuance pursuant to *Tax Court of Canada Act*, R.S.C., 1985, c. T-2 (TCC Act), s. 16.2(2) — Before T.C.C., issue of whether Minister’s determinations made after three-year period prescribed in s. 152(1.4), and therefore statute-barred, raised — Minister bringing motion to strike notices of appeal of appellants pursuant to *Tax Court of Canada Rules (General Procedure)*, SOR/90-688a, r. 53(1)(c) — T.C.C. concluding appellants abusing process if allowed to argue that determinations of losses made by Minister statute-barred — Finding that discontinuance of appeal, as result of application of TCC Act, s. 16.2(2) meaning that any issues raised in appeal deemed adjudicated, dismissed by T.C.C. at partnership level — Whether T.C.C. erring in striking appellants’ notices of appeal — Only issue herein whether notices of appeal should have been struck on basis that appellants attempting to re-litigate issue of whether determinations made by Minister made after expiration of three-year time period as prescribed in s. 152(1.4) — Tax Court erring in interpretation of case law, TCC Act, s. 16.2(2) — No findings here by T.C.C. that determinations made by Minister made within or after expiration of time period for doing so as provided in s. 152(1.4) — S. 16.2(2) simply providing that appeal deemed to be dismissed, not deeming that issues determined by T.C.C. — *Canada (Attorney General) v. Scarola*, 2003 FCA 157, [2003] 4 F.C. 645 not supporting T.C.C.’s position — *Scarola* confirming that discontinuance of appeal concluding matter, same person cannot later attempt to revive that appeal — Here, appeal discontinued, no judicial determination of issues made — Not waste of judicial resources or abuse of process to have this statute-barred issue determined in relation to appeals filed by appellants — Motion by Crown to strike appellants’ notices of appeal dismissed — Appeals allowed.

TEDESCO V. CANADA (A-208-18, A-209-18, A-210-18, A-211-18, A-212-18, A-213-18, A-214-18, A-215-18, A-216-18, A-218-18, A-219-18, A-220-18, A-221-18, A-222-18, 2019 FCA 235, Webb J.A., reasons for judgment dated September 20, 2019, 16 pp.)

LABOUR RELATIONS

Judicial review of Canada Industrial Relations Board (Board) decision granting application for certification of respondent under *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2 (Code), s. 24 — Applicant telecommunications network infrastructure service provider headquartered in Montréal — Respondent filing application with Board to represent all technical field, warehouse employees working for applicant in British Columbia — Applicant opposing certification on ground labour relations at issue subject to provincial regulation rather than federal regulation under Code, Board therefore not having jurisdiction to entertain application — Board finding having constitutional authority to deal with matter — Applying functional approach set out in *Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 115 — Holding that daily operations, normal activities of applicant going well beyond those of local work or undertaking — Noting that types of operations expressly enumerated in Code, s. 2 subject to federal jurisdiction — Applicant claiming direct federal jurisdiction excluded because not itself operating a telecommunications network, that derivative federal jurisdiction not triggered by its operations — Whether Board correct in holding having required constitutional jurisdiction to consider application for certification — Federal presence remaining in regulation of labour relations — Parliament able to regulate labour relations when jurisdiction over works integral part of its competence under federal head of power — Parliament thus only having jurisdiction over labour relations by way of exceptions, as reflected in definition of “federal work, undertaking or business” in Code, s. 2 — Supreme Court recognizing federal jurisdiction where: (1) employment relates to work, undertaking, or business within legislative authority of Parliament (i.e. direct jurisdiction) or (2) when it is an integral part of a federally regulated undertaking (derivative jurisdiction) — In both cases, Court having to assess work’s essential operational nature to decide which level of government having authority — Operation should not be characterized as federal or provincial on account of casual factors — Regarding derivative jurisdiction, focus of functional analysis on relationship between activity, particular employees under scrutiny, federal operation said to benefit from work of those employees — Operation could be subject to derivative federal labour jurisdiction even if carrying on provincially-related activities — Here, no dispute that applicant not itself federal undertaking, not operating telecommunications network — Question to be resolved whether applicant’s essential, ongoing operations vital, essential or integral to federal undertaking or integral element of federal jurisdiction over telecommunications — Clear from record that applicant’s activities going beyond mere construction of network — Applicant’s involvement with telecommunications networks appearing to be predominant part of its work, this neither exceptional nor casual factor — Board relying on applicant’s own evidence, admissions — Facts supporting presumption of provincial jurisdiction over labour relations not established herein — Board correctly distinguishing present case from that of *Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission*, [1979] 1 S.C.R. 754 — Record seeming to indicate that activities at issue integral to telecommunications networks, thus justifying imposing exceptional federal jurisdiction for labour relations purposes — Mere fact that Board, other administrative decision makers coming to different

LABOUR RELATIONS—Concluded

conclusions in other factual contexts in no way demonstrating that Board's determination in present case erroneous — Other decisions bearing more factual similarities to case at bar following reasoning similar to that of Board — Application dismissed.

TELECON INC. v. INTERNATIONAL BROTHERHOOD OF ELECTRICAL WORKERS, LOCAL UNION No. 213 (A-88-18, 2019 FCA 244, de Montigny J.A., reasons for judgment dated October 2, 2019, 21 pp.)

PAROLE

Statutory release — Judicial review wherein applicant seeking declaratory relief in respect of process, policy followed by Parole Board of Canada (Board) — Process followed by Board when applying *Corrections and Conditional Release Regulations*, SOR/92-620 (CCRR), s. 163(3) is to hear matters in the order in which they are referred to it by Correctional Service of Canada (CSC) under *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20 (Act), s. 135(3)(b) — Applicant contending that Board scheduling process infringed his *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 7 rights — Alleging detained for extra 27 days because Board hearing not scheduled before his recalculated statutory release date of September 15, 2017 — Applicant's statutory release suspended following altercation — New statutory release date indicated as September 15, 2017 — Applicant consenting to issuance of new statutory release date — Board hearing later re-scheduled to October 12, 2017 — Board following CSC's recommendation, deciding to cancel suspension of applicant's statutory release, issuing him reprimand — Concluding that applicant not presenting undue risk to society if released on statutory release — Whether applicant's Charter, s. 7 rights infringed by interpretation adopted by Board to process referrals from CSC in order received rather than taking into account statutory release date — Applicant failing to establish sufficient connection between requirement that decision be made "within 90 days of the date of the referral or day in which the offender is returned to custody" (CCRR, s. 163(3)), as implemented by Board scheduling process, fact that applicant not statutorily released on September 15, 2017 — Arbitrariness, overbreadth, gross disproportionality main principles of fundamental justice under Charter, s. 7 — Only necessary to deal with arbitrariness herein as applicant not making submissions in relation to other two principles — Arbitrariness requiring direct connection between purpose of law, impugned effect on individual — Nature of causal connection between government action, prejudice suffered by applicant having to be a "sufficient causal connection" — Connection having to be real, not speculative — Ongoing detention of applicant not arbitrary — Ongoing detention specific to narrowly defined category of particular offenders, i.e. those statutorily released, having their release suspended — Board reviewing, determining matter within 90-day period provided for in CCRR, s. 163(3) — CSC, Board adhering to legislated processes — Applicant not "overheld" — Released prior to his warrant expiry date, i.e. date applicant's sentence officially completed — CSC calculation of September 15, 2017 as revised statutory release date made under CCRA, s. 127(5)(a) — That calculation only applying if applicant's statutory release revoked — Since applicant's statutory release not revoked by Board, date nothing more than observation of what might have been — Board possessing exclusive jurisdiction, absolute discretion under CCRA, ss. 107(1)(b)(c) to (1) terminate or revoke statutory release; (2) cancel suspension, termination or revocation of statutory release — CSC could not bind Board to make particular determination — Board not bound by applicant's purported agreement with recommendation of CSC — Not acting arbitrarily in scheduling applicant's hearing — Applicant legally incarcerated without benefit of statutory release — No new or further deprivation of applicant's liberty interest when Board scheduling hearing in two-day window provided by applicant on September 13, 2017 — Scheduling process not causing applicant to be incarcerated for period beyond that of original sentence — Applicant not satisfying onus to prove Board scheduling process arbitrary within Charter context — Application dismissed.

HARRIS v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1695-17, 2019 FC 1193, Elliott J., reasons for judgment dated September 20, 2019, 27 pp.)

PATENTS**INFRINGEMENT**

Appeal from decision rendered by Prothonotary dismissing motion brought by appellant seeking dismissal of action commenced in Federal Court (F.C.) by respondents — More particularly, appellant arguing that respondents' action redundant, scandalous, frivolous or vexatious or otherwise abuse of process in accordance with *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, S.O.R./93-133 (amended Regulations), s. 6.08 — Respondents listing Canadian Patent No. 1341537 ('537 patent) in connection with Neupogen, Neulasta — Appellant intending to market Nivestym, drug biosimilar to Neupogen — Serving

PATENTS—Concluded

notice of allegation (NOA) on respondents — In response, respondents commencing action against appellant under amended Regulations, s. 6(1) — Appellant filing its motion for dismissal of respondents' action — Pursuant to amended Regulations, remedy provided under s. 6 converted from application to prohibit Minister of Health (Minister) from issuing notice of compliance into action for patent infringement — Under former Regulations, s. 6 proceedings only serving to determine whether second person's allegations of non-infringement justified so as to allow Minister to issue Notice of Compliance (NOC) to that second person — Issue whether this change allowing first person to commence s. 6 proceeding under amended Regulations notwithstanding previously unsuccessful s. 6 proceeding under former Regulations — Respondents previously asserting '537 patent against Apotex Inc. (Apotex) by commencing application under former Regulations, s. 6 — F.C. finding that Apotex's allegations of invalidity of '537 patent justified, receiving NOC (F.C. decision) — Notwithstanding F.C. decision, respondents commencing second application against Apotex — F.C. dismissing this application as constituting abuse of process — In present case, appellant's NOA putting forward same allegations of obviousness that F.C. decision found to be justified — In response to NOA, respondents commencing action pursuant to amended Regulations, s. 6(1) against appellant for declaration that making, constructing, using or selling of its drug Nivestym infringing claims of '537 patent — Prothonotary of view, *inter alia*, that F.C.'s decision could not "simply be grafted on the within action" since regime now provided under amended Regulations distinct from regime under former Regulations — Prothonotary indicating that F.C. decision not determining what is in issue in respondents' action filed under amended Regulations, namely, validity of '537 patent and, if valid, whether appellant's Nivestym infringing any claims of '537 patent — Whether Prothonotary erring in dismissing appellant's motion for abuse of process — Prothonotary not misunderstanding *Sanofi-Aventis Canada v. Novopharm Ltd.*, 2007 FCA 163, [2008] 1 F.C.R. 174 (Sanofi), not committing reviewable error — While correct to say that under former Regulations, by reason of Sanofi, patentee not entitled to second attempt under s. 6(1) against another generic with regard to same issues, question whether this holding true following adoption of amended Regulations — Appellant's action not abuse of process in light of principles enunciated in Sanofi — Sanofi clear that what it considered abuse of process was fact that Sanofi's second application could possibly give rise to inconsistent judicial decisions on same issues in equivalent proceedings, which could jeopardize credibility of adjudicative process — Purpose of s. 6 application under former Regulations not to determine questions of infringement or validity of patent, but rather question of whether Minister should be prohibited from issuing NOC to generic with respect to product biosimilar to patentee's product — Under former Regulations, patentee could commence proceedings under *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 55 following dismissal of s. 6 application — Action commenced under amended Regulations, s. 6 deciding essentially same issues as *Patent Act*, s. 55 action — Appellant wrongly stating that under amended Regulations, patentee failing in respect of application under former Regulations barred from commencing action under amended Regulations, s. 6 because that action constituting abuse of process — Present scenario different from the one in Sanofi — Issues to be determined in respondents' s. 6 action, namely, whether appellant's product will infringe '537 patent or whether '537 patent valid, not issues determined by F.C. decision, thus remaining to be determined — Respondents' action not threatening credibility of adjudicative process nor having negative impact on efficient use of scarce judicial resources — Court's decision in *Apotex Inc. v. Pfizer Ireland Pharmaceutical*, 2011 FCA 77 leaving no doubt that commencement of s. 55 action cannot be prevented by reason of decision made under former Regulations, s. 6 — Same conclusion having to be reached in respect of action commenced under amended Regulations, s. 6 — Prothonotary not erring in respect of applicable test — Appeal dismissed.

PFIZER CANADA INC. v. AMGEN INC. (A-24-19, 2019 FCA 249, Nadon J.A., reasons for judgment dated October 4, 2019, 33 pp.)

PRACTICE

COMMENCEMENT OF PROCEEDINGS

Referral of applicant Tsleil-Waututh Nation's (applicant) notice of application to Court for review under *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 74 — Court granting leave to six sets of parties to start applications for judicial review challenging Governor in Council's approval of Trans Mountain pipeline expansion project — Court order granting leave restricting applications to three questions — Applicant filing notice of application raising issues beyond restrictions in order granting leave — R. 74 allowing Court to remove document in file that violates Court order — Applicant submitting that panel of judges should be assigned to decide matter herein, that Judge who made order should not hear matter — Admitting that its application for judicial review raising issues prohibited by order — Wanting its application to be viewed as appeal from this Court to this Court — Submitting that plenary or inherent powers of Court permitting it to hear appeal from Court's ruling in *Raincoast Conservation Foundation v. Canada (Attorney General)*, 2019 FCA 224 — Judge assigned to matter having to carry out assignment unless legal reason to recuse — No legal reason to recuse herein — Not sitting on appeal from own order or revisiting it — Propositions put to counsel setting out judges' understandings, assumptions enhancing procedural fairness, increasing likelihood of decisions based on correct view of law — Here, allegations of bias falling short of mark, never should have been made — Rights to appeal never inherent or unwritten — No implied or express authorization of any appeal from order of this Court to this Court — Not open to Court to use *Federal Courts Rules*, r. 4 to create appeal rights out of thin air — Only recourse for party considering order to be wrong or "miscarriage of justice" is to seek leave to appeal to Supreme Court — Parliament not intending that all issues raised in leave motion should go forward when only three "fairly arguable" — Applicant's reassertion of arguments in its application for judicial review violating order granting leave, abuse of process — Nothing applicant raising in submissions supporting variation of order granting leave — In terms of remedy, r. 74 only providing for removal of document from court file — But under r. 55, Court may vary rule in "special circumstances" — Special circumstances present here — Removing applicant's notice of application, closing court file setting in motion complicated, time-consuming chain of events undercutting objectives of procedural, scheduling order, causing delay, frustrating public interest — Applicant allowed to file amended notice of application for judicial review complying with restrictions in order granting leave.

IGNACE V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-321-19 (lead file), A-323-19, A-324-19, A-325-19, A-326-19, A-327-19, 2019 FCA 239, Stratas J.A., reasons for order dated September 25, 2019, 18 pp.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour fédérale.

* Le nombre de pages indiqué à la fin de chaque fiche analytique correspond au nombre de pages des motifs de l'ordonnance ou du jugement originaux.

BREVETS

CONTREFAÇON

Appel d'une décision rendue par la protonotaire, qui a rejeté une requête présentée par l'appelante visant à faire rejeter une action instituée devant la Cour fédérale (C.F.) par les intimées — Plus particulièrement, l'appelante a fait valoir que l'action intentée par les intimées était inutile, scandaleuse, frivole ou vexatoire ou qu'elle constituait par ailleurs un abus de procédure au sens de l'art. 6.08 du *Règlement sur les médicaments brevetés* (Avis de conformité), DORS/93 133 (le Règlement modifié) — Les intimées ont inscrit le brevet canadien no 1341537 (le brevet '537) à l'égard du Neupogen et du Neulasta — L'appelante avait l'intention de commercialiser le Nivestym, un produit biosimilaire au Neupogen — Elle a signifié son avis d'allégation (AA) aux intimées — En réponse, les intimées ont intenté une action contre l'appelante en vertu de l'art. 6(1) du Règlement modifié — L'appelante a déposé sa requête en rejet de l'action des intimées — Conformément au Règlement modifié, la réparation prévue à l'art. 6, qui était une demande visant à interdire au ministre de la Santé (le ministre) de délivrer un avis de conformité, est devenue une action en contrefaçon de brevet — En vertu de l'ancien Règlement, l'instance visée à l'art. 6 servait uniquement à déterminer si les allégations de non contrefaçon de la seconde personne étaient justifiées de façon à permettre au ministre de délivrer un avis de conformité (AC) à cette seconde personne — Il s'agissait de savoir si ce changement permettait à la première personne d'amorcer une instance visée à l'art. 6 en vertu du Règlement modifié même si une instance visée à l'art. 6 de l'ancien Règlement avait été précédemment rejetée — Les intimées ont déjà fait valoir leur brevet '537 à l'encontre de Apotex Inc. (Apotex) en instituant une demande en vertu de l'art. 6 de l'ancien Règlement — La C.F. a conclu que les allégations d'invalidité du brevet '537 faites par Apotex étaient justifiées, et cette dernière a reçu un AC (décision de la C.F.) — Nonobstant la décision de la C.F., les intimées ont institué une deuxième demande contre Apotex — La C.F. a rejeté cette demande au motif qu'elle constituait un abus de procédure — Dans la présente affaire, l'AA de l'appelante contenait les mêmes allégations d'évidence que la décision de la C.F. avait jugées justifiées — En réponse à l'AA, les intimées ont institué une action contre l'appelante sous le régime de l'art. 6(1) du Règlement modifié en vue d'obtenir un jugement déclarant que la fabrication, la conception, l'utilisation ou la vente de son médicament Nivestym constitueraient une contrefaçon des revendications du brevet '537 — La protonotaire a dit être d'avis notamment que la décision de la C.F. ne pouvait pas « simplement être jointe à l'action en l'espèce », le régime maintenant prévu dans le Règlement modifié étant distinct du régime que prévoyait l'ancien Règlement — La protonotaire a indiqué que la décision de la C.F. n'avait pas déterminé la question qui était en litige dans l'action déposée par les intimées sous le régime du Règlement modifié, à savoir si le brevet '537 était valide et, le cas échéant, si le Nivestym de l'appelante constituait une contrefaçon de l'une ou l'autre des revendications du brevet '537 — Il s'agissait de savoir si la protonotaire a commis une erreur lorsqu'elle a rejeté la requête de l'appelante pour abus de procédure — La protonotaire n'a pas mal compris la décision *Sanofi-Aventis Canada c. Novopharm Ltd.*, 2007 CAF 163, [2008] 1 R.C.F. 174 (Sanofi), et elle n'a pas commis d'erreur susceptible de révision — S'il est juste de dire qu'en vertu de l'ancien Règlement, et en raison de la décision Sanofi, le titulaire du brevet n'avait pas droit à une seconde chance sous le régime de l'art. 6(1) contre toute autre compagnie de médicament générique pour les mêmes questions en litige, il s'agissait cependant de savoir si cela demeurait exact à la suite de l'adoption du Règlement modifié — L'action intentée par l'appelante ne constituait pas un abus de procédure compte tenu des principes énoncés dans la décision Sanofi — Il ressort clairement de la décision Sanofi que ce que l'on a considéré comme étant un abus de procédure était le fait que la deuxième demande dans cette affaire était susceptible de donner lieu à des décisions judiciaires non uniformes sur les mêmes questions en litige dans des instances équivalentes, ce qui risquerait

BREVETS—Fin

de mettre en péril la crédibilité du processus décisionnel — L'objectif d'une demande instituée en vertu de l'art. 6 de l'ancien Règlement n'était pas de trancher des questions de contrefaçon ou de validité d'un brevet, mais plutôt la question de savoir s'il y avait lieu d'interdire au ministre de délivrer un avis de conformité à une compagnie de médicaments génériques relativement à un produit biosimilaire au produit du titulaire du brevet — Aux termes de l'ancien Règlement, le titulaire du brevet pouvait amorcer une instance en vertu de l'art. 55 de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P 4, à la suite du rejet d'une demande visée à l'art. 6 — L'action intentée en vertu de l'art. 6 du Règlement modifié détermine essentiellement les mêmes questions en litige que l'action intentée en vertu de l'art. 55 de la *Loi sur les brevets* — L'appelante a déclaré à tort que sous le régime du Règlement modifié, il est interdit au titulaire du brevet qui a été débouté dans le cadre de la demande visée à l'ancien Règlement d'instituer une action en vertu de l'art. 6 du Règlement modifié parce que cette action constitue un abus de procédure — Le présent scénario est différent de celui qui était en cause dans l'affaire Sanofi — Les questions en litige dans l'action intentée par les intimées en vertu de l'art. 6, à savoir celles de savoir si le produit de l'appelante constituera une contrefaçon du brevet '537 ou si le brevet '537 était valide, n'ont pas été tranchées par la décision de la C.F. et demeuraient donc à trancher — L'action intentée par les intimées ne menaçait pas la crédibilité du processus décisionnel ni n'avait une incidence préjudiciable sur l'utilisation efficiente des ressources judiciaires limitées — La décision de la Cour dans l'affaire *Apotex Inc. c. Pfizer Ireland Pharmaceutical*, 2011 CAF 77, ne laisse aucun doute que l'on ne peut empêcher qu'une action soit déposée en vertu de l'art. 55 en raison d'une décision rendue en vertu de l'art. 6 de l'ancien Règlement — Il faut en arriver à la même conclusion en ce qui concerne une action instituée en vertu de l'art. 6 du Règlement modifié — La protonotaire n'a commis aucune erreur relativement au critère applicable — Appel rejeté.

PFIZER CANADA INC. C. AMGEN INC. (A-24-19, 2019 CAF 249, juge Nadon, J.C.A., motifs du jugement en date du 4 octobre 2019, 33 p.)

ÉLECTIONS

Contrôle judiciaire des décisions du directeur général des élections (DGE), qui a refusé d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour recommander une autre date pour la tenue de l'élection fédérale prévue le 21 octobre 2019 — Les demandeurs, des juifs orthodoxes, ont fait valoir que la date de l'élection fédérale entraine en conflit avec la grande fête juive de Chemini Atseret — Au cours de cette période, les juifs orthodoxes pratiquants doivent s'abstenir de nombreuses activités, notamment celles de voter et de faire campagne — En raison de ces obstacles, les électeurs juifs orthodoxes et les candidats juifs orthodoxes avaient une capacité limitée à participer aux activités électorales qui précèdent le scrutin où ont lieu le jour même du scrutin — Les demandeurs ont soutenu que leurs droits garantis par les art. 2, 3 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (Charte) étaient violés — Le DGE a fait valoir qu'Élections Canada ne décide pas de la date des élections et que le directeur général des élections ne peut recommander à l'heure actuelle le report de la date de l'élection — Le report de la date de l'élection de 2019 aurait une incidence négative sur la tenue de l'élection générale et présentait des problèmes d'ordre logistique — Élections Canada s'est employée à fournir à la communauté juive pratiquante des moments propices pour voter — Il s'agissait de savoir si la décision du directeur général des élections de ne pas recommander de déplacer la date de l'élection était raisonnable — La décision du DGE n'a pas abordé les questions relatives à la Charte soulevées par les demandeurs et ne les a pas mises en balance — La décision n'est donc pas justifiée, transparente ou intelligible — Les décideurs administratifs doivent agir conformément à la Charte lorsqu'ils exercent leur pouvoir discrétionnaire — Les considérations liées à la Charte dans les affaires *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395, et *Law Society of British Columbia c. Trinity Western University*, 2018 CSC 32, [2018] 2 R.C.S. 293 s'appliquent au DGE dans l'exercice des fonctions dont il doit s'acquitter par application de l'art. 56.2(1) de la *Loi électorale du Canada*, L.C. 2000, ch. 9 — Le DGE devait prendre pleinement en considération les contextes législatif et factuel — Il devait se demander si le respect de la liberté religieuse des demandeurs interférait avec leurs droits à une « participation significative » à l'élection générale — La thèse du DGE était fondée sur l'hypothèse que la date de l'élection, fixée au 21 octobre 2019, était inaltérable — Le DGE avait l'obligation d'évaluer les conséquences du fait que le jour du scrutin coïncidait avec un jour revêtant une « importance religieuse » et celle d'envisager d'exercer le pouvoir que le législateur lui a conféré à l'art. 56.2(1) — Le dossier ne révélait pas si le DGE a véritablement envisagé d'exercer ce pouvoir discrétionnaire — Le DGE devait voir son pouvoir discrétionnaire comme une possibilité ou une solution à envisager de façon raisonnable dans le but de réduire l'incidence sur les droits des demandeurs conférés par la Charte et de permettre en même temps au DGE de faire avancer les objectifs pertinents de son mandat — La Cour ne peut pas s'en remettre à une décision qui ne fournit aucun élément de preuve explicite ou implicite d'une mise en balance proportionnée des droits garantis par la Charte — La Cour était dans l'impossibilité de déterminer si la mise en balance a été proportionnée — L'issue était disproportionnée, car elle ne protégeait pas les valeurs consacrées par la Charte autant qu'il est possible de le faire à la lumière de ces objectifs

ÉLECTIONS—Fin

— L'affaire a été renvoyée au DGE pour une nouvelle détermination — L'ordonnance de *mandamus* n'était pas la mesure qui convenait — Demande accueillie.

ARYEH-BAIN C. CANADA (DIRECTEUR GÉNÉRAL DES ÉLECTIONS) (T-948-19, 2019 CF 964, juge McDonald, motifs de jugement modifiés en date du 26 juillet 2019, 24 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU**SOCIÉTÉS DE PERSONNES**

Appels regroupés interjetés contre des ordonnances par lesquelles la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) a accueilli une requête en radiation des avis d'appel des appelants — Les appelants étaient des associés de la société de personnes en commandite TSI I Limited Partnership (TSI) — TSI a réparti ses pertes entre ses associés — Les appelants ont déduit ces pertes subies par la société dans le calcul de leurs revenus aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1 (la Loi) — Le ministre du Revenu national (le ministre) a déterminé en vertu de l'art. 152(1.4) de la Loi que les pertes d'entreprise de TSI étaient nulles — Il a établi de nouvelles cotisations à l'égard des appelants et leur a donné des avis de confirmation — Les appelants et TSI ont déposé des avis d'appel à la C.C.I. — TSI s'est par la suite désistée de son appel et a déposé un avis de désistement en conformité avec l'art. 16.2(2) de la *Loi sur la Cour canadienne de l'impôt*, L.R.C. (1985), ch. T-2 (Loi sur la C.C.I.) — Devant la C.C.I., la question de savoir si les déterminations du ministre ont été faites après le délai de trois ans prescrit à l'art. 152(1.4) et qu'elles étaient donc frappées de prescription, a été soulevée — Le ministre a déposé une requête en radiation des avis d'appel des appelants en vertu de la règle 53(1)c) des *Règles de la Cour canadienne de l'impôt (procédure générale)*, DORS/90-688a — La C.C.I. a conclu qu'il y aurait abus de procédure s'il était permis aux appelants de faire valoir que les déterminations des pertes faites par le ministre étaient frappées de prescription — Elle a conclu que le désistement de l'appel, par suite de l'application de l'art. 16.2(2) de la Loi sur la C.C.I., signifiait que toute question soulevée dans l'appel était réputée avoir été tranchée et rejetée par la C.C.I. en ce qui concerne la société de personnes — Il s'agissait de savoir si la C.C.I. a commis une erreur en radiant les avis d'appel des appelants — Il s'agissait uniquement de savoir dans la présente affaire si les avis d'appel auraient dû être radiés au motif que les appelants ont tenté de remettre en litige la question de savoir si les déterminations du ministre ont été faites après l'expiration du délai de trois ans ainsi que le prévoit l'art. 152(1.4) — La Cour de l'impôt a interprété erronément la jurisprudence et l'art. 16.2(2) de la Loi sur la C.C.I. — Dans la présente affaire, il n'y avait aucune conclusion de la C.C.I. selon laquelle les déterminations du ministre avaient été faites dans le délai prévu à cette fin à l'art. 152(1.4) ou après l'expiration de ce délai — L'art. 16.2(2) prévoit simplement que le désistement équivaut au rejet de l'appel; il ne prévoit pas que les questions en litige sont réputées avoir été tranchées par la C.C.I. — L'affaire *Canada (Procureur général) c. Scarola*, 2003 CAF 157, [2003] 4 C.F. 645 n'appuie pas la thèse adoptée par la C.C.I. — L'affaire *Scarola* confirme que le désistement de l'appel met un terme à l'affaire et que la même personne ne peut par la suite tenter de relancer cet appel — Dans la présente affaire, il y a eu désistement de l'appel et aucune détermination n'a été faite sur les questions en litige — Le fait de trancher cette question frappée de prescription pour ce qui est des appels déposés par les appelants ne donnerait lieu à aucun gaspillage des ressources judiciaires ni à aucun abus de procédure — La requête de la Couronne en radiation des avis d'appel des appelants a été rejetée — Appels accueillis.

TEDESCO C. CANADA (A-208-18, A-209-18, A-210-18, A-211-18, A-212-18, A-213-18, A-214-18, A-215-18, A-216-18, A-218-18, A-219-18, A-220-18, A-221-18, A-222-18, 2019 CAF 235, juge Webb, J.C.A., motifs du jugement en date du 20 septembre 2019, 16 p.)

LIBÉRATION CONDITIONNELLE

Libération d'office — Contrôle judiciaire par lequel le demandeur sollicitait un jugement déclaratoire concernant une procédure et des politiques de la Commission des libérations conditionnelles du Canada (la Commission) — La procédure suivie par la Commission pour appliquer l'art. 163(3) du *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, DORS/92-620 (le Règlement) consiste à examiner les dossiers dans l'ordre dans lequel le Service correctionnel du Canada (le SCC) les lui renvoie en application de l'art. 135(3)b) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, LC 1992, ch. 20, (la Loi) — Le demandeur a soutenu que la procédure suivie par la Commission pour fixer les dates d'audience a porté atteinte aux droits qui lui sont garantis par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* — Il a affirmé que, comme la date de son audience devant la Commission n'a pas été fixée à une date antérieure à la date recalculée de sa

LIBÉRATION CONDITIONNELLE—Fin

libération d'office, soit le 15 septembre 2017, il a été détenu pendant 27 jours de plus que ce qui aurait dû être le cas — La libération d'office du demandeur a été suspendue à la suite d'une altercation — La nouvelle date de libération d'office a été fixée au 15 septembre 2017 — Le demandeur a consenti à la fixation d'une nouvelle date de libération d'office — Son audience devant la Commission a par la suite été fixée au 12 octobre 2017 — La Commission a suivi la recommandation du SCC et décidé d'annuler la suspension de la libération d'office du demandeur et de lui adresser une réprimande — Elle a conclu que le demandeur ne présenterait pas de risque inacceptable pour la société s'il était libéré d'office — Il s'agissait de savoir si les droits garantis au demandeur par l'art. 7 de la Charte ont été enfreints en raison de l'interprétation qu'a adoptée la Commission en décidant de traiter les dossiers qui lui sont renvoyés par le SCC dans l'ordre dans lequel elle les reçoit plutôt qu'en fonction de la date de la libération d'office — Le demandeur n'a pas réussi à établir l'existence d'un lien suffisant entre, d'une part, le délai obligatoire de 90 jours prévu à l'art. 163(3) du Règlement, qui s'est concrétisé par la procédure suivie par la Commission pour fixer les dates d'audience et, d'autre part, le fait qu'il n'a pas été libéré d'office le 15 septembre 2017 — L'art. 7 de la Charte énonce trois grands principes de justice fondamentale qui interdisent l'arbitraire, la portée excessive et la disproportion exagérée — L'analyse dans la présente affaire a porté uniquement sur le principe de l'arbitraire, étant donné que le demandeur n'a pas formulé d'observations sur les deux autres principes — Pour qu'une disposition soit arbitraire, il doit exister un lien direct entre son objet et les faits allégués par l'intéressé — La nature du lien de causalité entre la mesure prise par le gouvernement et le préjudice subi par le demandeur doit constituer un « lien de causalité suffisant » — Le lien doit être réel et non spéculatif — Le maintien en détention du demandeur n'était pas arbitraire — Le maintien en détention visait expressément une catégorie restreinte de délinquants, en l'occurrence ceux qui ont été libérés d'office et dont la mise en liberté a été suspendue — La Commission a examiné et jugé le dossier dans le délai de 90 jours prévu à l'art. 163(3) du Règlement — Le SCC et la Commission ont respecté le processus prévu par la loi — La détention du demandeur n'a pas été « prolongée indûment » — Le demandeur a été libéré avant la date d'expiration de son mandat, soit la date à laquelle il a officiellement fini de purger sa peine — Le calcul que le SCC a fait le 15 septembre 2017 pour réviser la date de la libération d'office du demandeur a été fait en vertu de l'art. 127(5)a) de la Loi — Ce calcul ne valait qu'en cas de révocation de la libération d'office du demandeur — Comme la Commission n'a pas révoqué la libération d'office du demandeur, la date n'était rien de plus qu'une hypothèse formulée au sujet de ce qui aurait pu se produire — La Commission a, selon les art. 107(1)b) et c) de la Loi, toute compétence et latitude pour 1) mettre fin à la libération d'office ou la révoquer; et 2) annuler la suspension, la cessation ou la révocation de la libération d'office — Le SCC ne pouvait pas obliger la Commission à prendre une décision déterminée — La Commission n'était pas liée par la présumée acceptation, par le demandeur, de la recommandation du SCC — Elle n'a pas agi arbitrairement en fixant la date d'audience du demandeur — Comme le demandeur ne bénéficiait pas d'une libération d'office, son incarcération était légale — La décision de la Commission de fixer la date de l'audience du demandeur dans le délai de deux jours qui lui a été accordé le 13 septembre 2017 n'a pas eu pour effet de priver de nouveau ou davantage le demandeur de son droit à la liberté — La procédure suivie pour fixer les dates d'audience ne s'est pas soldée par une incarcération du demandeur pour une période plus longue que celle de sa peine initiale — Le demandeur ne s'est pas acquitté du fardeau qui lui incombait de démontrer que la procédure suivie par la Commission pour fixer les dates d'audience était arbitraire au sens de la Charte — Demande rejetée.

HARRIS C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1695-17, 2019 CF 1193, juge Elliott, motifs du jugement en date du 20 septembre 2019, 27 p.)

PRATIQUE**INTRODUCTION DES PROCÉDURES**

Renvoi de l'avis de demande de la Tsleil-Waututh Nation (demanderesse) à la Cour afin qu'elle l'examine en application de la règle 74 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 — La Cour a autorisé à six groupes de parties à déposer des demandes de contrôle judiciaire contestant l'approbation, par le gouverneur en conseil, du projet d'expansion du réseau de Trans Mountain — Aux termes de l'ordonnance d'autorisation rendue par la Cour, les demandes ne pouvaient contenir que trois questions — La demanderesse a déposé un avis de demande dans lequel elle a soulevé des questions allant au-delà des restrictions imposées dans l'ordonnance d'autorisation — La règle 74 permet à la Cour de retirer du dossier un document déposé qui contrevient à une ordonnance de la Cour — La demanderesse a fait valoir qu'une formation de juges devrait être saisie de la question dans la présente affaire et que le juge qui a prononcé l'ordonnance ne devrait pas être saisi de l'affaire — Elle a admis que sa demande de contrôle judiciaire soulevait des questions que ne permettait pas l'ordonnance — Elle souhaitait que sa demande soit considérée comme un appel d'une décision de la Cour interjeté auprès de la Cour — Elle a prétendu que la Cour, en raison des pleins pouvoirs ou des pouvoirs inhérents dont elle dispose, pouvait entendre un appel de la décision qu'elle avait elle-même rendue dans l'arrêt *Raincoast Conservation Foundation c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 224 — Un juge chargé d'entendre

PRATIQUE—Fin

une affaire doit exercer son mandat à moins d'avoir un motif légal de se récuser — Le juge n'avait aucun motif légal de se récuser dans la présente affaire — Il n'était pas saisi de l'appel de sa propre ordonnance ou de son réexamen — Le juge a fait part aux avocats de son interprétation et de ses hypothèses, ce qui améliore l'équité procédurale et la probabilité que les décisions reposent sur une bonne conception du droit applicable — Dans la présente affaire, les allégations de partialité étaient loin de répondre au critère et n'auraient jamais dû être soulevées — Les droits d'appel ne sont jamais inhérents ni tacites — Il n'existe aucune autorisation implicite ou expresse d'appeler, auprès de la Cour, d'une ordonnance rendue par la Cour elle-même — Il n'est pas loisible à la Cour d'exciper de la règle 4 des *Règles des Cours fédérales* pour créer des droits d'appel de toutes pièces — Le seul recours pour la partie qui estime qu'une ordonnance est erronée ou constitue un « déni de justice » est de demander une autorisation d'interjeter appel à la Cour suprême — Le législateur n'envisageait pas une situation où toutes les questions soulevées dans une requête en autorisation seraient examinées si seulement trois d'entre elles étaient « raisonnablement défendables » — En soulevant à nouveau ces arguments dans sa demande de contrôle judiciaire, la demanderesse a contrevenu à l'ordonnance accordant l'autorisation et a commis un abus de procédure — Rien dans ce que la demanderesse a soulevé dans ses observations n'appuyait une modification de l'ordonnance d'autorisation — En ce qui concerne la réparation, l'art. 74 prévoit uniquement le retrait d'un document d'un dossier de la Cour — Toutefois, en vertu de la règle 55, la Cour peut modifier une règle dans des « circonstances spéciales » — Des « circonstances spéciales » s'appliquaient en l'espèce — Le retrait de l'avis de demande déposé par la demanderesse du dossier et la clôture de ce dernier déclencheraient une série d'actions complexes et susceptibles de traîner en longueur risquant d'entraver les objectifs de l'ordonnance procédurale fixant l'échéancier, et il en résulterait des longueurs et une atteinte à l'intérêt public — La demanderesse a été autorisée à déposer un avis de demande de contrôle judiciaire modifié qui respecte les restrictions imposées dans l'ordonnance accordant l'autorisation.

IGNACE C. CANADA (PROCTEUR GÉNÉRAL) (A-321-19 (dossier principal), A-323-19, A-324-19, A-325-19, A-326-19, A-327-19, 2019 CAF 239, juge Stratas, J.C.A., motifs de l'ordonnance en date du 25 septembre 2019, 18 p.)

RELATIONS DU TRAVAIL

Contrôle judiciaire d'une décision rendue par le Conseil canadien des relations industrielles (le Conseil), qui a accueilli la demande d'accréditation de la défenderesse, déposée en vertu de l'art. 24 du Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2 (le Code) — La demanderesse, un fournisseur de services en infrastructure de réseaux de télécommunications, a son siège social à Montréal — La défenderesse a présenté au Conseil une demande afin de représenter tous les employés techniques sur le terrain et les employés d'entrepôt travaillant pour la demanderesse en Colombie Britannique — La demanderesse s'est opposée à la demande d'accréditation au motif que les relations de travail en cause étaient assujetties à la réglementation provinciale et non à la réglementation fédérale en vertu du Code, de sorte que le Conseil n'avait pas compétence pour examiner la demande — Le Conseil a conclu qu'il avait la compétence constitutionnelle de traiter le dossier — Il a suivi la démarche fonctionnelle établie dans *Northern Telecom c. Travailleurs en communication*, [1980] 1 R.C.S. 115 — Il a déterminé que les activités quotidiennes et habituelles de la demanderesse allaient bien au-delà de celles d'une entreprise de nature locale — Il a fait remarquer que les types d'exploitation énoncés expressément à l'art. 2 du Code relevaient de la compétence fédérale — La demanderesse a soutenu être exclue du champ de compétence fédérale directe, car elle n'exploite pas elle-même un réseau de télécommunications, et que ses activités ne donnent pas naissance à une compétence fédérale dérivée — Il s'agissait de savoir si le Conseil a bien conclu qu'il avait la compétence constitutionnelle voulue pour trancher la demande d'accréditation — L'activité réglementaire fédérale demeure à l'égard du domaine des relations du travail — Le Parlement peut réglementer les relations de travail lorsque l'ouvrage relève d'un champ de compétence fédérale — Il s'ensuit que le Parlement n'a qu'une compétence d'exception sur les relations de travail, ce qu'illustre la définition d'« entreprises fédérales » à l'art. 2 du Code — La Cour suprême a reconnu la compétence du gouvernement fédéral 1) lorsque l'emploi s'exerce dans le cadre d'un ouvrage, d'une entreprise ou d'un commerce relevant du pouvoir législatif du Parlement (compétence directe) ou 2) lorsqu'il se rapporte à une activité faisant partie intégrante d'une entreprise assujettie à la réglementation fédérale (compétence dérivée) — Dans les deux cas, c'est par « l'établissement de la nature fonctionnelle essentielle de l'ouvrage » que la Cour parvient à décider de l'ordre de gouvernement ayant compétence — L'entreprise « ne peut être qualifiée de fédérale ou de provinciale en raison de facteurs occasionnels » — Dans le cas d'une compétence dérivée, l'analyse fonctionnelle est axée sur « la relation entre l'activité, les employés concernés et l'entreprise fédérale à laquelle le travail des employés est censé profiter » — Une entreprise pourrait être assujettie à une compétence dérivée du gouvernement fédéral en matière de relations de travail, même si elle exerce des activités relevant du domaine provincial — Dans la présente affaire, personne n'a contesté le fait que la demanderesse n'était pas, en soi, une entreprise fédérale et qu'elle n'exploitait pas un réseau de télécommunications — Il s'agissait de savoir si les activités principales et continues de la demanderesse étaient essentielles ou une partie intégrante d'une entreprise fédérale ou un élément intégral du champ de compétence fédérale sur les télécommunications — Il est clairement ressorti du dossier que les activités de la

RELATIONS DU TRAVAIL—Fin

demanderesse allaient bien au delà de la simple construction de réseaux — Les activités de la demanderesse liées aux réseaux de télécommunications semblaient représenter la part la plus importante de son travail, et ce facteur n'est ni exceptionnel ni occasionnel — Le Conseil s'est appuyé sur les éléments de preuve et les admissions de la demanderesse elle-même — Dans la présente affaire, on n'a pas établi que les faits appuyaient la présomption relativement à la compétence provinciale à l'égard des relations de travail — Le Conseil a eu raison de distinguer l'espèce de l'affaire *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754 — Le dossier semblait indiquer que les activités ici en cause étaient effectivement liées à l'intégrité des réseaux de télécommunications, ce qui justifiait l'imposition exceptionnelle de la compétence fédérale en matière de réglementation des relations de travail — Le simple fait que le Conseil ou un autre décideur administratif aurait pu parvenir à des conclusions différentes dans d'autres contextes factuels ne démontre en rien que la décision rendue en l'espèce était erronée — D'autres décisions ayant des similitudes factuelles avec l'espèce ont comporté un raisonnement très semblable à celui du Conseil — Demande rejetée.

TELECON INC. C. FRATERNITÉ INTERNATIONALE DES OUVRIERS EN ÉLECTRICITÉ, SECTION LOCALE 213 (A-88-18, 2019 CAF 244, juge de Montigny, J.C.A., motifs du jugement en date du 2 octobre 2019, 21 p.)

If undelivered, return to:
Federal Courts Reports
Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada
99 Metcalfe Street, 8th floor
Ottawa, Ontario, Canada K1A 1E3

En cas de non-livraison, retourner à :
Recueil des décisions des Cours fédérales
Commissariat à la magistrature fédérale Canada
99, rue Metcalfe, 8^e étage
Ottawa (Ontario), Canada K1A 1E3