



---

**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2008, Vol. 4, Part 2**

**2008, Vol. 4, 2<sup>e</sup> fascicule**

Cited as [2008] 4 F.C.R., 265–493

Renvoi [2008] 4 R.C.F., 265–493

---

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

PATRICIA PRITCHARD, B.A., LL.B.

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

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

---

LEGAL EDITORS

RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.  
FRANÇOIS BOIVIN, B.SOC.SC., LL.B.  
SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

PRODUCTION STAFF

Production Manager  
LAURA VANIER

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY  
PAULINE BYRNE  
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, CLAUDE PROVENCHER, LL.B., MBA, Commissioner.

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2009.

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

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

ARRÊTISTES

RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.  
FRANÇOIS BOIVIN, B.SC.SOC., LL.B.  
SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication  
LAURA VANIER

Préposées à la recherche et à la documentation  
juridiques

LYNNE LEMAY  
PAULINE BYRNE  
NATHALIE LALONDE

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

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2009.

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

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

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

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

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

---

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

## **CONTENTS**

Judgments .....	265-493
Digests .....	D-5

<b>Canada (Attorney General) v. Canada (Information Commissioner) (F.C.) .....</b>	<b>302</b>
--	------------

Access to Information—Confidentiality Orders—Judicial review of decision of Deputy Information Commissioner of Canada (Deputy Commissioner) confirming confidentiality orders made against government witnesses, counsel representing witnesses in investigation against Department of Indian and Northern Affairs Development into denial of information requested under *Access to Information Act* (Act)—However, confidentiality orders rescinded against government witnesses because had already testified—Act providing Commissioner with broad, effective discretionary powers to investigate complaints, determine procedure to be followed in performance of duties or functions, be master of own procedure—Act, s. 34 authorizing Commissioner to issue confidentiality orders directed both at witnesses, counsel—When imposing confidentiality order on counsel, Commissioner must consider solicitor-client privilege, which is to remain as absolute as possible to maintain

*Continued on next page*

*Les demandes de renseignements au sujet du contenu du Recueil des décisions des Cours fédérales doivent être adressées à l'arrétiste en chef à l'adresse et au numéro de téléphone susmentionnés.*

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

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

---

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

## **SOMMAIRE**

Jugements.....	265-493
Fiches analytiques .....	F-5

<b>Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire à l'information) (C.F.) .....</b>	<b>302</b>
--	------------

Accès à l'information—Ordonnances de confidentialité—Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le sous-commissaire à l'information du Canada (le sous-commissaire) a confirmé les ordonnances de confidentialité prononcées contre les témoins du gouvernement et les avocats représentant les témoins dans le cadre d'une enquête au sujet du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien relativement au rejet d'une demande d'information présentée en application de la *Loi sur l'accès à l'information* (la Loi)—Cependant, les ordonnances de confidentialité prononcées contre les témoins du gouvernement ont été révoquées parce qu'ils avaient déjà témoigné—La Loi confère au commissaire des pouvoirs discrétionnaires vastes et efficaces pour enquêter sur les plaintes et établir la procédure à suivre dans l'exercice de ses pouvoirs et fonctions et pour être maître de sa propre procédure—L'art. 34 de la Loi autorise le commissaire à prononcer des

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

relevance, ensure confidence therein—Interference with privilege absolutely necessary herein to achieve Act’s public policy goals—Deputy Commissioner issued orders against counsel in part because of potential conflict of interests since counsel representing witnesses also representing both Attorney General, head of government institution whose decision being investigated—Solicitor-client relationship between employee, counsel must prevail over solicitor-client relationship between counsel, Crown, and between counsel other employees—Because not interfering with solicitor-client privilege of Crown more than needed, confidentiality orders perfectly legitimate.

Constitutional Law—Charter of Rights—Fundamental Freedoms—Judicial review of decision of Deputy Information Commissioner of Canada confirming confidentiality orders made against government witnesses, counsel representing witnesses in investigation against Department of Indian and Northern Affairs Development into denial of information requested under *Access to Information Act* (Act)—Although confidentiality orders limiting freedom of expression guaranteed by Charter, s. 2(b), limit justified under s. 1 thereof—Because orders, decisions sufficiently limited in scope (not precluding individuals from forever disclosing information regarding testimony, appearance before Commissioner) minimal impairment requirement met.

### **Canada (Attorney General) v. Jagpal (F.C.A.) . . . 339**

Administrative Law—Judicial Review—Grounds of Review—Judicial review of Pension Appeals Board *ex parte* decision on *Canada Pension Plan*, s. 84(2) application—Failure to provide applicant with opportunity to make submissions regarding application to re-open resulting in breach of procedural fairness—Application allowed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

ordonnances de confidentialité qui visent tant les témoins que les avocats—Lorsqu’il prononce une ordonnance de confidentialité contre un avocat, le commissaire doit prendre en considération le privilège du secret professionnel de l’avocat, qui doit demeurer aussi absolu que possible pour qu’il demeure utile et qu’il inspire confiance—En l’espèce, il était absolument nécessaire de porter atteinte au secret professionnel de l’avocat pour atteindre les objectifs d’ordre public visés par la Loi—Le sous-commissaire a prononcé des ordonnances contre les avocats en partie en raison du risque de conflit d’intérêts découlant du fait que les avocats représentant les témoins représentaient aussi à la fois le procureur général et le responsable de l’institution fédérale dont la décision faisait l’objet d’une enquête—La relation avocat-client qui existe entre l’employé et son avocat doit avoir préséance sur la relation avocat-client qui existe entre l’avocat et Sa Majesté et entre l’avocat et les autres employés—Les ordonnances de confidentialité étaient parfaitement légitimes parce qu’elles ne violaient pas plus le secret professionnel de l’avocat de Sa Majesté que nécessaire.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Libertés fondamentales —Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le sous-commissaire à l’information du Canada a confirmé les ordonnances de confidentialité prononcées contre les témoins du gouvernement et les avocats représentant les témoins dans le cadre d’une enquête au sujet du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien relativement au rejet d’une demande d’information présentée en application de la *Loi sur l’accès à l’information* (la Loi)—Bien que les ordonnances de confidentialité restreignent la liberté d’expression garantie par l’art. 2b) de la Charte, cette restriction était justifiée en vertu de l’article premier—Comme les ordonnances et les décisions étaient suffisamment limitées (elles n’empêchaient pas une personne de communiquer pour toujours tous les renseignements se rapportant à son témoignage et à sa comparution devant le commissaire), elles satisfaisaient au critère de l’atteinte minimale.

### **Canada (Procureur général) c. Jagpal (C.A.F.) . . . 339**

Droit administratif—Contrôle judiciaire—Motifs—Contrôle judiciaire de la décision que la Commission d’appel des pensions a rendue *ex parte* au sujet d’une demande fondée sur l’art. 84(2) du *Régime de pensions du Canada* – L’omission de donner la possibilité au demandeur de présenter des observations

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Pensions—Judicial review of Pension Appeals Board decision respondent submitting new facts sufficient to make arguable case to re-open previous Board decision pursuant to *Canada Pension Plan*, s. 84(2)—Wrong for Board to split s. 84(2) process into two hearings, one for whether there were new facts, one for whether new facts warranting rescission, amendment of previous decision—Application allowed.

Federal Court of Appeal Jurisdiction—Member of Pension Appeals Board ruling new facts submitted by respondent sufficient to make arguable case to re-open previous decision of Board pursuant to *Canada Pension Plan*, s. 84(2)—Only Board capable of deciding whether to rescind, amend previous decision under Plan—Assumption Board complied with Plan and decision made by Board, not member—Court thus having jurisdiction pursuant to *Federal Courts Act*, s. 28.

### **Canada (Attorney General) v. Pentney (F.C.) . . . 265**

Administrative Law—Statutory Appeals—Judicial review of decision pursuant to *Canada Pension Plan* (CPP), s. 82(1) whereby Commissioner of Review Tribunals extending time to appeal Minister of Human Resources and Social Development Canada's 2003 refusal of respondent's 2002 application for disability payment under CPP—Respondent not appealing sooner because receiving benefits from private insurance company—Decision contained in letter simply stating respondent's letter accepted as notice of appeal—Commissioner deposing exercised discretion to accept respondent's late appeal based on recommendation by Office of the Commissioner of Review Tribunals (OCRT) official, consideration of standard four factors set out in *Canada (Minister of Human Resources Development) v. Gattellaro*—(1) Flexible test including assigning appropriate weight to each factor depending on circumstances, considering all other factors relevant to particular

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

quant à la demande de réouverture a donné lieu à un manquement à l'équité procédurale—Demande accueillie.

Pensions—Contrôle judiciaire de la décision de la Commission d'appel des pensions portant que le défendeur avait présenté des faits nouveaux qui étaient suffisants pour se prononcer en faveur de la réouverture d'une décision antérieure de la Commission en application de l'art. 84(2) du *Régime de pensions du Canada*—La Commission a commis une erreur lorsqu'elle a divisé la procédure prévue à l'art. 84(2) en deux instances, la première portant sur la question de savoir s'il y avait des faits nouveaux et l'autre sur la question de savoir si ces faits nouveaux justifiaient l'annulation ou la modification de la décision antérieure—Demande accueillie.

Compétence de la Cour d'appel fédérale—Un membre de la Commission d'appel des pensions a statué que le défendeur avait présenté des faits nouveaux qui étaient suffisants pour se prononcer en faveur de la réouverture d'une décision antérieure de la Commission en application de l'art. 84(2) du *Régime de pensions du Canada*—Seule la Commission peut décider d'annuler ou de modifier une décision antérieure prise en application du Régime—Supposition que la Commission s'est conformée au Régime et que la décision a été rendue par la Commission et non un membre—La Cour a donc compétence en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur les Cours fédérales*.

### **Canada (Procureur général) c. Pentney (C.F.) . . . 265**

Droit administratif—Appels prévus par la loi—Contrôle judiciaire en vertu de l'art. 82(1) du *Régime de pensions du Canada* (le RPC) de la décision par laquelle le commissaire des tribunaux de révision a prorogé le délai d'appel de la décision du ministre des Ressources humaines et du Développement social Canada qui a rejeté, en 2003, la demande que le défendeur a présentée en 2002 pour obtenir des prestations d'invalidité en vertu du RPC—Le défendeur n'a pas interjeté appel auparavant parce qu'il recevait des prestations d'une compagnie d'assurance privée—La décision était énoncée dans une lettre qui précisait tout simplement que la lettre du défendeur avait été acceptée à titre d'avis d'appel—Le commissaire a déclaré avoir exercé son pouvoir discrétionnaire d'accepter l'appel tardif du défendeur par suite de la recommandation d'un agent du Bureau du commissaire des tribunaux de révision (BCTR) et avoir pris en considération les

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

case Commissioner embraced flexible, contextual approach—(2) Commissioner had obligation to provide reasons for extending time to appeal especially given length of time between date of decision, request for delay—Recommendation of OCRT official constituting Commissioner’s reasons once accepted—Reasons inadequate because not evidencing consideration of all relevant factors—(3) Principle of finality of administrative decision, principle against collateral attacks breached when extension of time to appeal granted—Application allowed.

Practice—Variation of Time—Judicial review of decision made pursuant to *Canada Pension Plan (CPP)*, s. 82(1) whereby Commissioner of Review Tribunals extending time within which respondent could appeal Minister of Human Resources and Social Development Canada’s reconsideration decision refusing respondent’s application for disability payment under CPP—Federal Court of Appeal in *Canada (Minister of Human Resources Development) v. Hogervorst* addressed principles to be applied on motion to extend time—Four-prong test not exclusive—Must consider all other relevant factors, assign appropriate weight thereto—Underlying concern to ensure justice done between parties—Test relevant to all instances, whether in Court or before administrative tribunal, in which extension of time to commence proceedings at stake.

### **Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Stephenson (F.C.) ..... 351**

Citizenship and Immigration—Immigration Practice—Judicial review of reconsideration decision of Immigration and Refugee Board’s Immigration Appeal Division (IAD) pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act (Act)*, s. 68(3) setting aside removal order—Removal order stayed on condition

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

quatre facteurs habituels énoncés dans l’affaire *Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) c. Gattellaro*—1) Le critère souple comprend le fait d’attribuer un poids approprié à chacun des facteurs suivant les circonstances et tient compte de tous les faits de l’espèce; le commissaire a souscrit à l’approche souple et contextuelle—2) Le commissaire était tenu de motiver la décision de proroger le délai prévu pour interjeter appel, notamment à la lumière du délai entre la date de la décision et la demande de prorogation de délai—Les recommandations de l’agent du BCTR constituent les motifs du commissaire lorsqu’elles sont acceptées—Les motifs étaient insuffisants parce qu’ils ne montraient pas que tous les facteurs pertinents avaient été pris en considération—3) Il y a eu manquement au principe interdisant les contestations incidentes ainsi qu’au principe du caractère définitif d’une décision administrative lorsque la prorogation du délai d’interjeter appel a été accordée—Demande accueillie.

Pratique—Modification des délais—Contrôle judiciaire en vertu de l’art. 82(1) du *Régime de pensions du Canada* (le RPC) de la décision par laquelle le commissaire des tribunaux de révision a prorogé le délai dans lequel le défendeur pouvait interjeter appel de la décision de reconsidération du ministre des Ressources humaines et du Développement social Canada rejetant la demande qu’il a présentée pour obtenir des prestations d’invalidité en vertu du RPC—La Cour d’appel fédérale a, dans l’affaire *Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) c. Hogervorst*, traité des principes à appliquer à une demande de prorogation de délai—Le critère en quatre volets n’est pas exclusif—Il faut prendre en considération tous les autres facteurs pertinents et leur attribuer un poids approprié—Aspect fondamental qui consiste à s’assurer que justice est faite entre les parties—Le critère s’applique à toutes les situations dans lesquelles entre en jeu une prorogation du délai prévu pour engager une procédure, que ce soit devant la Cour ou devant un tribunal administratif.

### **Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Stephenson (C.F.) ..... 351**

Citoyenneté et Immigration—Pratique en matière d’immigration—Contrôle judiciaire de la décision de révision de la Section d’appel de l’immigration (la SAI) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié en vertu de l’art. 68(3) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (la Loi)

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

respondent keep peace, be of good behaviour—Subsequently convicted of three offences under Ontario *Highway Traffic Act* (HTA)—On reconsideration, IAD holding HTA convictions not breaching “good behaviour” condition—(1) IAD must consider factors established in *Ribic v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* when reconsidering stay of removal decision pursuant to s. 68(3)—IAD only considering whether respondent breaching conditions of stay; failed to consider seriousness of offences, existence of any exceptional reasons for allowing appeal—(2) Federal Court holding requirement to “be of good behaviour” meaning to abide by federal, provincial and municipal statutes, regulatory provisions—If conviction under federal, provincial, municipal statutes, regulations, resulting in breach of condition to “be of good behaviour” not necessarily leading to termination of stay of removal—But one matter for IAD to consider in light of all circumstances—Application allowed.

Judges and Courts—*Stare decisis*—Immigration and Refugee Board’s Immigration Appeal Division (IAD) bound to follow Federal Court decisions—Not open to IAD to find *Highway Traffic Act* convictions not constituting breach of “good behaviour” condition attached to stay of removal in light of Federal Court decisions holding “be of good behaviour” means abide by federal, provincial and municipal statutes and regulatory provisions.

**Hinton v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.) . . . . . 391**

Practice—Class Actions—Motion to have application for judicial review treated as action under *Federal Courts Act*, s. 18.4(2), certified as class action under *Federal Courts Rules*, r. 299.11—Applicants seeking leave, judicial review of decision by Minister of Citizenship and Immigration charging \$75 for

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

annulant la mesure de renvoi—Il a été sursis à la mesure de renvoi à la condition que le défendeur ne trouble pas l’ordre public et ait une bonne conduite—Le défendeur a ensuite été déclaré coupable de trois infractions au *Code de la route* de l’Ontario—Lors du réexamen, la SAI a déclaré que les déclarations de culpabilité prononcées en vertu du *Code de la route* ne constituaient pas une violation de la condition « de ne pas troubler l’ordre public » 1) La SAI doit tenir compte des facteurs énoncés dans *Ribic c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)* lorsqu’elle réexamine un sursis d’une mesure de renvoi en vertu de l’art. 68(3)—La SAI s’est seulement penchée sur la question de savoir si le défendeur avait ou non respecté les conditions du sursis; elle n’a pas tenu compte de la gravité des infractions et de l’existence de motifs exceptionnels possibles pour accueillir l’appel—2) La Cour fédérale a conclu que pour « avoir une bonne conduite », une personne doit se conformer aux lois et aux règlements fédéraux, provinciaux et municipaux—Si les déclarations de culpabilité prononcées en vertu des lois ou des règlements fédéraux, provinciaux et municipaux donnent lieu à la violation de la condition « d’avoir une bonne conduite », elles n’entraînent pas nécessairement la révocation du sursis d’une mesure de renvoi—Il incombe à la SAI d’examiner la question « vu les autres circonstances de l’affaire »—Demande accueillie.

Juges et Tribunaux—*Stare decisis*—La Section d’appel de l’immigration (SAI) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié est tenue de suivre les décisions de la Cour fédérale—Il n’était pas loisible à la SAI de conclure que les déclarations de culpabilité prononcées en vertu du *Code de la route* ne constituaient pas une violation de la condition « d’avoir une bonne conduite » assortie au sursis à l’exécution de la mesure de renvoi à la lumière des décisions de la Cour fédérale portant que pour « avoir une bonne conduite » une personne doit se conformer aux lois et aux règlements fédéraux, provinciaux et municipaux.

**Hinton c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (C.F.) . . . . . 391**

Pratique—Recours collectifs—Requête visant à faire instruire une demande de contrôle judiciaire comme une action en application de l’art. 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* et à autoriser cette action comme recours collectif en vertu de la règle 299.11 des *Règles des Cours fédérales*—Les demandeurs

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

determination of application for sponsorship—Under Rules, judicial review may be treated as action, certified as class action—Five-part test for certification of proposed class action established under r. 299.18(1), reviewed—Validity of Immigration and Refugee Protection Regulations not pure point of law, as invalid only if Crown made profit—Issue better determined by action—Applicants fairly, adequately representing interests of class—Standard for class action met—Judicial economy, access to justice easier, more economical—Motion allowed, questions certified.

### **Hussain v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness) (F.C.) . . . . . 417**

Citizenship and Immigration—Immigration Practice—Judicial review of refusal to return cash, performance bonds on basis person for whom bonds posted not respecting residence condition—Minister’s officials erred in stating had no discretion in matter, failing to consider applying ministerial guidelines in force at time of dispute—Officials also not giving sufficient attention to meaning of “residence”, applicant’s submissions with respect to that issue—Application allowed.

### **Ikhuiwu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.) . . . . . 432**

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Removal of Permanent Residents—Judicial review of visa officer’s determination outside Canada applicant failed to satisfy residency requirements to maintain permanent resident status, inadmissible to Canada under *Immigration and Refugee Protection Act*, ss. 28, 41(b)—Applicant not appealing within 60 days prescribed by regulations—Deportation order issued—

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

ont présenté une demande d’autorisation et de contrôle judiciaire de la décision du ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration de facturer 75 \$ en vue du traitement d’une demande de parrainage—Selon les Règles, le contrôle judiciaire peut être instruit comme une action et cette action peut être autorisée comme recours collectif—Examen du critère en cinq volets pour autoriser le recours collectif envisagé en vertu de la règle 299.18(1)—La validité du Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés ne peut être jugée uniquement comme une question de droit puisque le Règlement ne sera jugé invalide que si Sa Majesté a fait un profit—La meilleure façon de trancher cette affaire est par une action—Les demandeurs représenteraient de façon équitable et appropriée les intérêts du groupe—Le critère applicable au recours collectif a été respecté—Des économies sur le plan judiciaire seront réalisées et l’accès à la justice sera facilité et plus économique—Requête accueillie, questions certifiées.

### **Hussain c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile) (C.F.) . . . . . 417**

Citoyenneté et Immigration—Pratique en matière d’immigration—Contrôle judiciaire de la décision de ne pas restituer la garantie en espèces et la garantie de bonne exécution au motif que la personne à l’égard de laquelle les garanties ont été déposées ne s’est pas conformée à la condition de résidence—Les représentants du ministre ont commis une erreur lorsqu’ils ont déclaré qu’ils n’avaient aucun pouvoir discrétionnaire en la matière et en n’appliquant pas les lignes directrices ministérielles en vigueur au moment du différend—De même, les représentants n’ont pas cherché outre mesure à savoir ce que signifiait le mot « résidence » et n’ont pas pris en compte les observations du demandeur à cet égard—Demande accueillie.

### **Ikhuiwu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (C.F.) . . . . . 432**

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Renvoi de résidents permanents—Contrôle judiciaire de la décision rendue hors du Canada de l’agent des visas portant que le demandeur n’avait pas rempli les exigences de résidence nécessaires au maintien de son statut de résident permanent et qu’il était donc interdit de territoire au Canada suivant les art. 28 et 41(b) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*—Le

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

Subsequently obtaining extension of time to appeal—S. 46(1)(b) providing person losing permanent resident status on final determination of decision made outside Canada that person failed to comply with s. 28 residency obligation—Whether visa officer’s determination “final” as appeal not decided when deportation order issued—Parliament intending to ensure determination of non-compliance made outside Canada under s. 28 subject to right of appeal, only final when right exhausted—S. 46(1)(b) correctly interpreted if s. 28 determination considered “final” when time prescribed by Immigration Appeal Division Rules for bringing appeal from decision expired, resulting in loss of permanent resident status—Any resulting removal order must be suspended upon filing of motion for extension of time—No impediment herein to removal order when issued—Order not vitiated either by filing of motion for extension of time or by granting thereof but suspended pending outcome of appeal—Order remaining valid, executable upon completion of appeal, review process—Application dismissed.

### **Manalang v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness) (F.C.) . . . . . 440**

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible Persons—Judicial review of Immigration and Refugee Board Immigration Appeal Division (IAD) decision dismissing applicants’ appeals from exclusion orders—Principal applicant misrepresenting marital history on permanent residence application, submitting false birth certificates for children—No reason to interfere with IAD’s conclusion principal applicant’s misrepresentations material, deliberate—IAD’s comment regarding principal applicant’s control over pregnancy not establishing reasonable apprehension of bias—IAD considering best interests of minor applicants—*Convention on the Rights of the Child* informing application of *Immigration and Refugee Protection Act*, but not part of statutory scheme—Application dismissed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

demandeur n’a pas interjeté appel dans les 60 jours prévus par les règles—Prise d’une mesure d’expulsion—Obtention ultérieure d’une prorogation du délai prévu pour interjeter appel—L’art. 46(1)(b) prévoit qu’emporte perte du statut de résident permanent la confirmation en dernier ressort du constat, hors du Canada, de manquement à l’obligation de résidence prévue à l’art. 28—La question de savoir si la décision de l’agent des visas constituait une confirmation « en dernier ressort » n’avait pas été tranchée lorsque la mesure d’expulsion a été prise—L’intention du législateur était de s’assurer qu’une décision rendue hors du Canada selon laquelle il y a eu manquement suivant l’art. 28 serait assujettie à un droit d’appel et serait seulement confirmée en dernier ressort—L’art. 46(1)(b) est interprété correctement si la décision rendue en application de l’art. 28 constitue une confirmation « en dernier ressort » lorsque le délai prévu par les Règles de la Section d’appel de l’immigration pour interjeter appel de la décision est expiré, ce qui entraîne la perte du statut de résident permanent—Il faut surseoir à toute mesure de renvoi qui découle de la perte de ce statut dès le dépôt d’une requête en prorogation—En l’espèce, rien n’empêchait la prise de la mesure de renvoi au moment où elle a été prise—La mesure n’a été réduite à néant ni par le dépôt de la requête en prorogation ni par le fait que la requête a été accueillie, mais elle a fait l’objet d’une suspension en attendant l’issue de l’appel—La mesure de renvoi demeurerait valide et exécutable suivant l’issue des processus d’appel et de contrôle—Demande rejetée.

### **Manalang c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile) (C.F.) . . . . . 440**

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes interdites de territoire—Contrôle judiciaire de la décision de la Section d’appel de l’immigration (SAI) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié rejetant les appels formés par les demanderesse à l’encontre de mesures d’exclusion—La demanderesse principale a fait de fausses déclarations quant à ses antécédents matrimoniaux sur sa demande de résidence permanente et a produit de faux certificats de naissance pour ses enfants—La Cour n’avait aucune raison de modifier la conclusion de la SAI selon laquelle les fausses déclarations de la demanderesse principale étaient importantes et délibérées—Les remarques de la SAI quant à la grossesse de la demanderesse principale ne faisait pas état d’une crainte raisonnable de partialité—La SAI a tenu compte de l’intérêt supérieur des

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Citizenship and Immigration—Immigration Practice—Immigration and Refugee Board Immigration Appeal Division (IAD), on own motion, ordering rehearing of appeal on basis designated representative not appointed for minor applicants— IAD statutory tribunal, not superior court—Fact one panel heard appeal not meaning seized of matter forever—Parliament extending high degree of autonomy to IAD over practice, proceedings—Exercise of authority herein pre-empting possible breach of procedural fairness, not giving rise to loss of jurisdiction.

**Pearson v. Canada (F.C.)** ..... 373

Judges and Courts—Preliminary objection to Prothonotary's jurisdiction to strike out amended statement of claim in proposed class proceeding under *Federal Courts Rules*, r. 221— Rules, r. 50(1) giving prothonotaries jurisdiction to deal with any motion not expressly excluded—Prothonotary having wide jurisdiction since definition of “Court” in r. 2 including prothonotary, majority of Rules referring to orders of “Court” or decisions made by “Court”—Prothonotaries having jurisdiction of r. 50(2) (full trial jurisdiction in actions where monetary relief not exceeding \$50,000) in class proceedings, jurisdiction relating to class proceedings not specifically granted to judge— Nothing in r. 221, granting Court jurisdiction to strike pleading on enumerated grounds, exempting class proceedings from its effect or incompatible with class proceedings—Preliminary objection dismissed.

Practice—Class Actions—Preliminary objection to Prothonotary's jurisdiction to strike out amended statement of claim in proposed class proceeding under *Federal Courts Rules*, r. 221—Interplay between class proceeding rules, rules governing actions generally— Class proceedings rules establishing comprehensive procedural

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

demanderesse mineures—La *Convention relative aux droits de l'enfant* constitue un point de repère dans l'application de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, mais ne fait pas partie du régime établi par la Loi—Demande rejetée.

Citoyenneté et Immigration—Pratique en matière d'immigration —La Section d'appel de l'immigration (la SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié avait ordonné de sa propre initiative une nouvelle audience parce qu'un représentant désigné n'avait pas été nommé pour les deux demanderesse mineures—La SAI est un tribunal établi par la loi, non une juridiction supérieure—Le fait qu'un tribunal a instruit un appel ne signifie pas qu'il est saisi pour toujours de cette affaire—Le législateur a conféré à la SAI un niveau élevé d'autonomie quant à sa pratique et sa procédure—L'exercice du pouvoir en l'espèce pour anticiper un éventuel manquement à l'équité procédurale n'entraînait pas une perte de compétence.

**Pearson c. Canada (C.F.)** ..... 373

Juges et Tribunaux—Exception préliminaire à la compétence du protonotaire de radier la déclaration modifiée dans le cadre d'un recours collectif envisagé en application de la règle 221 des *Règles des Cours fédérales*—La règle 50(1) confère aux protonotaires la compétence d'entendre toute requête qui n'est pas expressément exclue—Le protonotaire est investi d'une vaste compétence puisque la définition de « Cour » présentée à la règle 2 comprend un protonotaire et la majorité des Règles parlent d'ordonnances de la « Cour » ou de décisions rendues par la « Cour »—Les protonotaires ont la compétence prévue à la règle 50(2) (pleine compétence en première instance dans les actions en réparation pécuniaire ne dépassant pas 50 000 \$) dans le cadre d'un recours collectif; la compétence en matière de recours collectifs n'est pas expressément conférée à un juge— Rien dans la règle 221 ne confère à la Cour la compétence de radier un acte pour des motifs énumérés; cette règle ne soustrait nullement les recours collectifs à son application et elle ne renferme rien qui soit incompatible avec les recours collectifs— Exception préliminaire rejetée.

Pratique—Recours collectifs—Exception préliminaire à la compétence du protonotaire de radier la déclaration modifiée dans le cadre d'un recours collectif envisagé en application de la règle 221 des *Règles des Cours fédérales*—Interdépendance des règles relatives aux recours collectifs et des règles régissant

*Suite à la page suivante*

**CONTENTS** (Concluded)

code for conduct of class proceeding within context of Rules as whole; not ousting rights of defendants to strike statement of claim on any enumerated grounds—Rules, r. 221 not exempting class proceedings from its effect.

Practice—Pleadings—Motion to Strike—Preliminary objection to Prothonotary’s jurisdiction to strike out amended statement of claim in proposed class proceeding under *Federal Courts Rules*, r. 221—R. 221, governing motions to strike, specifically granting Court jurisdiction to order striking out of pleading on enumerated grounds (e.g. no reasonable cause of action).

**Rodriguez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.) . . . . . 474**

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Removal of Permanent Residents—Judicial review of Immigration and Refugee Board, Immigration Appeal Division (IAD) decision refusing to stay deportation order made against applicant—Consultant representing applicant before IAD incompetent, failing to lead meaningful, persuasive evidence, thus resulting in miscarriage of justice —Application allowed.

Practice—Preliminary Determination of Question of Law—Incompetence of consultant before IAD raised only after judicial review leave application filed—Discretion exercised herein to hear issue as not prejudicing respondent, competence central to question of fair hearing.

**SOMMAIRE** (Fin)

les actions en général—Les règles relatives aux recours collectifs constituent un code général de procédure régissant la conduite d’un recours collectif dans le contexte tout entier des Règles et elles n’excluent pas le droit des défendeurs de faire radier une déclaration pour l’un quelconque des motifs énumérés—La règle 221 ne soustrait nullement les recours collectifs à son application.

Pratique—Actes de procédure—Requête en radiation—Exception préliminaire à la compétence du protonotaire de radier la déclaration modifiée dans le cadre d’un recours collectif envisagé en application de la règle 221 des *Règles des Cours fédérales*—La règle 221 régit les requêtes en radiation et accorde expressément à la Cour le pouvoir de radier un acte de procédure pour divers motifs (p. ex. aucune cause d’action valable).

**Rodriguez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (C.F.) . . . . . 474**

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Renvoi de résidents permanents—Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section d’appel de l’immigration (la SAI) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié a refusé de surseoir à l’exécution de la mesure d’expulsion prise contre le demandeur—Le consultant qui a représenté le demandeur devant la SAI a fait preuve d’incompétence, omettant de produire des preuves sérieuses ou convaincantes, ce qui a entraîné une erreur judiciaire—Demande accueillie.

Pratique—Décision préliminaire sur un point de droit—L’incompétence du consultant devant la SAI n’a été soulevée qu’après le dépôt de la demande de contrôle judiciaire—Le pouvoir discrétionnaire d’entendre la question a été exercé en l’espèce parce qu’il ne causait pas de préjudice au défendeur et la question de la compétence du consultant était cruciale pour trancher la question de savoir s’il y a eu une audience équitable.

## APPEALS NOTED

### FEDERAL COURT OF APPEAL

*Canada (Attorney General) v. Canada (Information Commissioner)*, (T-531-06, 2007 FC 1024) has been affirmed on appeal (A-492-07, A-568-07, 2008 FCA 321), reasons for judgment handed down October 22, 2008.

*Okoloubu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2008] 3 F.C.R. 216 (F.C.) has been reversed on appeal (A-560-07, 2008 FCA 326). The reasons for judgment, handed down October 27, 2008, will be published in the *Federal Courts Reports*.

*Qasem v. M.N.R.*, (T-685-06, 2008 FC 31) has been reversed on appeal (A-63-08, 2008 FCA 300), reasons for judgment handed down October 6, 2008.

### SUPREME COURT OF CANADA

#### *Applications for leave to appeal*

*Air Canada v. Canada (Transportation Agency)*, 08-A-11, 2008 FCA 168, 2008 FCA 169, Pelletier J.A., judgment dated May 5, 2008, leave to appeal to S.C.C. refused November 20, 2008.

*Ali v. Canada*, A-277-06, 2008 FCA 190, Ryer J.A., judgment dated May 28, 2008, leave to appeal to S.C.C. refused November 20, 2008.

*Canada (Attorney General) v. Northrop Grumman Overseas Services Corp.*, A-310-07, 2008 FCA 187, Ryer J.A., judgment dated May 22, 2008, leave to appeal to S.C.C. granted November 27, 2008.

*Chaudhry v. Canada (Attorney General)*, A-229-07, 2008 FCA 61, Sexton J.A., judgment dated February 15, 2008, leave to appeal to S.C.C. refused November 14, 2008.

## APPELS NOTÉS

### COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire à l'information)*, (T-531-06, 2007 CF 1024) a été confirmée en appel (A-492-07, A-568-07, 2008 CAF 321), les motifs du jugement ayant été prononcés le 22 octobre 2008.

La décision *Okoloubu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2008] 3 R.C.F. 216 (C.F.) a été infirmée en appel (A-560-07, 2008 CAF 326). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 27 octobre 2008, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

La décision *Qasem c. M.R.N.*, (T-685-06, 2008 CF 31) a été infirmée en appel (A-63-08, 2008 CAF 300), les motifs du jugement ayant été prononcés le 6 octobre 2008.

### COUR SUPRÊME DU CANADA

#### *Demandes d'autorisation de pourvoi*

*Air Canada c. Canada (Office des Transports)*, 08-A-11, 2008 CAF 168, 2008 CAF 169, le juge Pelletier, J.C.A., jugement en date du 5 mai 2008, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 20 novembre 2008.

*Ali c. Canada*, A-277-06, 2008 CAF 190, le juge Ryer, J.C.A., jugement en date du 28 mai 2008, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 20 novembre 2008.

*Canada (Procureur général) c. Northrop Grumman Overseas Services Corp.*, A-310-07, 2008 CAF 187, le juge Ryer, J.C.A., jugement en date du 22 mai 2008, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée le 27 novembre 2008.

*Chaudhry c. Canada (Procureur général)*, A-229-07, 2008 CAF 61, le juge Sexton, J.C.A., jugement en date du 15 février 2008, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 14 novembre 2008.



**Federal Courts  
Reports**

**2008, Vol. 4, Part 2**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2008, Vol. 4, 2<sup>e</sup> fascicule**



T-645-06  
2008 FC 96

T-645-06  
2008 CF 96

**Attorney General of Canada** (*Applicant*)

**Procureur général du Canada** (*demandeur*)

v.

c.

**Robin Pentney** (*Respondent*)

**Robin Pentney** (*défendeur*)

and

et

**The Office of the Commissioner of Review Tribunals**  
(*Intervener*)

**Le Bureau du commissaire des tribunaux de révision**  
(*intervenant*)

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

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

Federal Court, Lemieux J.—Edmonton, October 17, 2007; Ottawa, January 25, 2008.

Cour fédérale, juge Lemieux—Edmonton, 17 octobre 2007; Ottawa, 25 janvier 2008.

*Administrative Law — Statutory Appeals — Judicial review of decision pursuant to Canada Pension Plan (CPP), s. 82(1) whereby Commissioner of Review Tribunals extending time to appeal Minister of Human Resources and Social Development Canada's 2003 refusal of respondent's 2002 application for disability payment under CPP — Respondent not appealing sooner because receiving benefits from private insurance company — Decision contained in letter simply stating respondent's letter accepted as notice of appeal — Commissioner deposing exercised discretion to accept respondent's late appeal based on recommendation by Office of the Commissioner of Review Tribunals (OCRT) official, consideration of standard four factors set out in Canada (Minister of Human Resources Development) v. Gattellaro — (1) Flexible test including assigning appropriate weight to each factor depending on circumstances, considering all other factors relevant to particular case Commissioner embraced flexible, contextual approach — (2) Commissioner had obligation to provide reasons for extending time to appeal especially given length of time between date of decision, request for delay — Recommendation of OCRT official constituting Commissioner's reasons once accepted — Reasons inadequate because not evidencing consideration of all relevant factors — (3) Principle of finality of administrative decision, principle against collateral attacks breached when extension of time to appeal granted — Application allowed.*

*Droit administratif — Appels prévus par la loi — Contrôle judiciaire en vertu de l'art. 82(1) du Régime de pensions du Canada (le RPC) de la décision par laquelle le commissaire des tribunaux de révision a prorogé le délai d'appel de la décision du ministre des Ressources humaines et du Développement social Canada qui a rejeté, en 2003, la demande que le défendeur a présentée en 2002 pour obtenir des prestations d'invalidité en vertu du RPC — Le défendeur n'a pas interjeté appel auparavant parce qu'il recevait des prestations d'une compagnie d'assurance privée — La décision était énoncée dans une lettre qui précisait tout simplement que la lettre du défendeur avait été acceptée à titre d'avis d'appel — Le commissaire a déclaré avoir exercé son pouvoir discrétionnaire d'accepter l'appel tardif du défendeur par suite de la recommandation d'un agent du Bureau du commissaire des tribunaux de révision (BCTR) et avoir pris en considération les quatre facteurs habituels énoncés dans l'affaire Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) c. Gattellaro — 1) Le critère souple comprend le fait d'attribuer un poids approprié à chacun des facteurs suivant les circonstances et tient compte de tous les faits de l'espèce; le commissaire a souscrit à l'approche souple et contextuelle — 2) Le commissaire était tenu de motiver la décision de proroger le délai prévu pour interjeter appel, notamment à la lumière du délai entre la date de la décision et la demande de prorogation de délai — Les recommandations de l'agent du BCTR constituent les motifs du commissaire lorsqu'elles sont acceptées — Les motifs étaient insuffisants parce qu'ils ne montraient pas que tous les facteurs pertinents avaient été pris en considération — 3) Il y a eu manquement au principe interdisant les contestations incidentes ainsi qu'au principe du caractère définitif d'une décision administrative*



*Practice — Variation of Time — Judicial review of decision made pursuant to Canada Pension Plan (CPP), s. 82(1) whereby Commissioner of Review Tribunals extending time within which respondent could appeal Minister of Human Resources and Social Development Canada's reconsideration decision refusing respondent's application for disability payment under CPP — Federal Court of Appeal in Canada (Minister of Human Resources Development) v. Hogervorst addressed principles to be applied on motion to extend time — Four-prong test not exclusive — Must consider all other relevant factors, assign appropriate weight thereto — Underlying concern to ensure justice done between parties — Test relevant to all instances, whether in Court or before administrative tribunal, in which extension of time to commence proceedings at stake.*

This was an application for judicial review of an *ex parte* decision dated March 9, 2007 made by the Commissioner of Review Tribunals pursuant to subsection 82(1) of the *Canada Pension Plan (CPP)* extending the time within which the respondent could appeal the Minister of Human Resources and Social Development Canada's reconsideration decision dated May 28, 2003 refusing the respondent's July 2002 application for a disability payment under the CPP. The application for an extension of time was made on January 11, 2006. The respondent had not appealed the May 28, 2003 denial of a disability pension sooner because, he had been receiving benefits from a private insurance company. The Commissioner's decision was contained in a letter simply indicating that he had accepted the letter received on January 12, 2006 as a notice of appeal to a Review Tribunal. The Commissioner deposed that he had accepted the recommendation of a senior official of the Office of the Commissioner of Review Tribunals (OCRT) that the Commissioner exercise his discretion to accept the respondent's late appeal because of the extenuating circumstances. The Commissioner also deposed that he had considered the four factors (i.e. a continued intention to pursue the application or appeal; the matter discloses an arguable case; a reasonable explanation for the delay; and an absence of prejudice to the other party in allowing the extension) set out in *Canada (Minister of Human Resources Development) v. Gattellaro* as relevant to the decision of whether to grant an extension of time and leave to appeal a decision of a Review Tribunal.

*lorsque la prorogation du délai d'interjeter appel a été accordée — Demande accueillie.*

*Pratique — Modification des délais — Contrôle judiciaire en vertu de l'art. 82(1) du Régime de pensions du Canada (le RPC) de la décision par laquelle le commissaire des tribunaux de révision a prorogé le délai dans lequel le défendeur pouvait interjeter appel de la décision de reconsidération du ministre des Ressources humaines et du Développement social Canada rejetant la demande qu'il a présentée pour obtenir des prestations d'invalidité en vertu du RPC — La Cour d'appel fédérale a, dans l'affaire Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) c. Hogervorst, traité des principes à appliquer à une demande de prorogation de délai — Le critère en quatre volets n'est pas exclusif — Il faut prendre en considération tous les autres facteurs pertinents et leur attribuer un poids approprié — Aspect fondamental qui consiste à s'assurer que justice est faite entre les parties — Le critère s'applique à toutes les situations dans lesquelles entre en jeu une prorogation du délai prévu pour engager une procédure, que ce soit devant la Cour ou devant un tribunal administratif.*

Il s'agissait d'une demande présentée en vertu du paragraphe 82(1) du *Régime de pensions du Canada* (le RPC) en vue d'obtenir le contrôle judiciaire de la décision rendue *ex parte* le 9 mars 2007 par laquelle le commissaire des tribunaux de révision a prorogé le délai dans lequel le défendeur pouvait interjeter appel de la décision de reconsidération datée du 28 mai 2003 du ministre des Ressources humaines et du Développement social Canada refusant la demande que le défendeur avait présentée en juillet 2002 pour obtenir des prestations d'invalidité sous le régime du RPC. La demande de prorogation de délai a été faite le 11 janvier 2006. Le défendeur n'avait pas interjeté appel auparavant du refus, prononcé le 28 mai 2003, de sa demande de prestations d'invalidité parce qu'il recevait des prestations d'une compagnie d'assurance privée. La décision du commissaire était énoncée dans une lettre qui précisait tout simplement qu'il avait accepté la lettre reçue le 12 janvier 2006 à titre d'avis d'appel interjeté à un tribunal de révision. Le commissaire a déclaré avoir accepté la recommandation d'un haut fonctionnaire du Bureau du commissaire des tribunaux de révision (BCTR) lui suggérant d'exercer son pouvoir discrétionnaire en vue d'accepter l'appel tardif du défendeur du fait des circonstances atténuantes. En outre, le commissaire a précisé avoir pris en considération les quatre facteurs (c'est-à-dire l'intention persistante de poursuivre la demande ou l'appel; le fait que la cause est défendable; le fait que le retard a été raisonnablement expliqué et le fait que la prorogation du délai ne cause pas de préjudice à l'autre partie) énoncés dans la décision *Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) c. Gattellaro* pour décider s'il convenait d'accorder une prorogation de délai et l'autorisation d'interjeter appel d'une décision d'un tribunal de révision.

Subsection 82(1) of the CPP provides that a party who is dissatisfied with the reconsideration decision of the Minister made under section 81 may appeal to a Review Tribunal in writing within 90 days or any longer period that the Commissioner of Review Tribunals may, either before or after the expiration of those 90 days, allow.

The issues were: (1) whether the Commissioner considered the proper factors in the exercise of his discretion to extend the time to appeal; (2) whether the Commissioner must provide adequate reasons for extending time to appeal and; (3) whether the decision to extend time to appeal was a collateral attack on the Minister's February 6, 2006 refusal to reconsider the respondent's second disability application made in 2004.

*Held*, the application should be allowed.

(1) The Federal Court of Appeal's recent decision in *Canada (Minister of Human Resources Development) v. Hogervorst* set out the proper principles to be applied on a motion to extend time. The test is flexible and must be geared to ensure that justice is done between the parties, which is the underlying consideration in an application to extend time. This flexibility includes assigning an appropriate weight to each factor depending on the circumstances, the granting of leave even though one of the four standard criteria are not present and the requirement of a fifth factor, i.e. the facts of the particular case. The Federal Court of Appeal's case law indicates that the standard four-prong test is not exclusive. A decision maker on an application for an extension of time must consider all other factors relevant to a particular case and assign appropriate weight thereto. The Commissioner embraced the flexible and contextual approach espoused by the Federal Court of Appeal. The standard test is relevant to all instances in which an extension of time to commence a proceeding is at stake whether in this Court or before an administrative tribunal. Also, if relevant, any additional considerations or factors may be considered so long as the Commissioner states so. The Court's intervention was not warranted on this issue.

(2) Given the Supreme Court of Canada's decision in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, the Minister should know why the Commissioner extended or refused an application for an extension of time. The Commissioner had an obligation to provide reasons for extending the time to appeal to the Review Tribunal the decision of May 2003, especially given the length of time between the date of decision and the request for a delay.

Le paragraphe 82(1) du RPC dispose qu'une partie qui se croit lésée par une décision de reconsidération du ministre rendue en application de l'article 81 peut interjeter appel par écrit auprès d'un tribunal de révision soit dans les 90 jours suivants, soit dans le délai plus long qu'autorise le commissaire des tribunaux de révision avant ou après l'expiration du délai de 90 jours.

Les questions litigieuses étaient celles de savoir si : 1) le commissaire avait tenu compte des facteurs appropriés dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de proroger le délai prescrit pour interjeter appel; 2) le commissaire est tenu de fournir des motifs écrits en vue de proroger le délai prescrit pour interjeter appel; et 3) la décision de proroger le délai prescrit pour interjeter appel représentait une contestation incidente du refus prononcé par le ministre le 6 février 2006 de prendre en considération la seconde demande de prestations d'invalidité que le défendeur a faite en 2004.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

1) La décision que la Cour d'appel fédérale a récemment rendue dans l'affaire *Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) c. Hogervorst* énonce les principes qu'il convient d'appliquer à l'égard d'une requête en prorogation de délai. Le critère est souple et doit être appliqué de manière à ce que justice soit rendue entre les parties, ce qui est le principal facteur à prendre en compte dans une demande de prorogation de délai. Cette souplesse comprend le fait d'attribuer un poids approprié à chacun des facteurs, suivant les circonstances de l'octroi de l'autorisation, et ce, même si l'un des quatre critères ordinaires n'est pas présent et s'il est nécessaire de satisfaire à un cinquième facteur, celui des faits de l'espèce. Il ressort de la jurisprudence de la Cour d'appel fédérale que le critère en quatre volets habituel n'est pas exclusif. Le décideur saisi d'une demande de prorogation de délai doit prendre en considération tous les autres facteurs qui s'appliquent à un cas particulier et attribuer à chacun le poids qui convient. Le commissaire a souscrit à l'approche souple et contextuelle que la Cour d'appel fédérale a adoptée. Le critère habituel s'applique à toutes les situations dans lesquelles entre en jeu une prorogation du délai prévu pour engager une procédure, que ce soit devant la Cour ou devant un tribunal administratif. De même, d'autres éléments ou facteurs peuvent être pris en considération s'ils sont pertinents et dans la mesure où le commissaire le précise. L'intervention de la Cour n'était pas justifiée à cet égard.

2) Compte tenu de la décision que la Cour suprême du Canada a rendue dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, le ministre devrait savoir pourquoi le commissaire a prorogé le délai ou a rejeté la demande de prorogation de délai. Le commissaire était tenu de motiver la décision de proroger le délai prévu pour interjeter appel auprès d'un tribunal de révision de la décision rendue en mai 2003, notamment à la lumière du délai entre la date de la

Moreover, where an extension of time is made *ex parte* without submission from the Minister it is even more critical that the record demonstrates clearly that all these factors have been addressed by the decision maker. The official's written reasons for recommending the extension of time constituted the Commissioner's reasons since they were accepted. Therefore the Commissioner did give reasons but these reasons were inadequate. Neither the recommendations of the OCRT's official nor the documentary record evidenced a consideration of all of the relevant factors that must be considered and weighed for the granting of an extension of time by the Commissioner.

(3) *Hogervorst* explains the finality principle, i.e. time limits exist in the public interest to bring finality to administrative decisions to ensure their effective implementation without delay. In this case, both the principle against collateral attacks and the principle of finality of an administrative decision were breached. Therefore, an extension of time to appeal should not be allowed. However, the respondent can re-apply for disability benefits and invoke subsection 66(4) of the CPP.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8, ss. 66(4) (as am. by S.C. 1991, c. 44, s. 17; 1995, c. 33, s. 31), 81 (as am. by S.C. 2000, c. 12, s. 59), 82 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 45; S.C. 2000, c. 12, s. 60), 84(2) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 45).  
*Old Age Security Act*, R.S.C., 1985, c. O-9, s. 27.1(2) (as enacted by S.C. 1995, c. 33, s. 16; 1997, c. 40, s. 100(E)).  
*Pension Appeals Board Rules of Procedure (Benefits)*, C.R.C., c. 390.  
*Review Tribunal Rules of Procedure*, SOR/92-19.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Canada (Minister of Human Resources Development) v. Gattellaro*, 2005 FC 883; *Canada (Minister of Human Resources Development) v. Roy* (2005), 281 F.T.R. 198; 2005 FC 1456; *Canada (Minister of Human Resources Development) v. Hogervorst* (2007), 359 N.R. 156; 2007 FCA 41; *regv* (2006), 290 F.T.R. 1; 2006 FC 401;

décision et la demande de prorogation de délai. Qui plus est, lorsque la décision de proroger le délai a été prise *ex parte* sans observations du ministre, il est indispensable que le dossier révèle clairement que tous ces facteurs ont été examinés par le décideur. Les recommandations écrites de l'agent en vue de l'acceptation de la prorogation du délai constituaient les motifs du commissaire parce qu'elles ont été acceptées. Par conséquent, le commissaire a motivé sa décision, mais les motifs n'étaient pas suffisants. Ni les recommandations de l'agent du BCTR ni les éléments du dossier documentaire ne montraient que l'on a tenu compte de la totalité des facteurs pertinents qui doivent être pris en compte et soupesés pour que le commissaire accorde une prorogation de délai.

3) L'arrêt *Hogervorst* explique le principe du caractère définitif, c'est-à-dire que le délai existe dans l'intérêt public afin que les décisions administratives acquièrent leur caractère définitif et puissent aussi être exécutées sans délai. En l'espèce, il y a eu manquement au principe interdisant les contestations incidentes ainsi qu'au principe du caractère définitif d'une décision administrative. En conséquence, la prorogation du délai d'interjeter appel ne devrait pas être accordée. Cependant, le défendeur peut présenter une nouvelle demande de prestations d'invalidité et invoquer le paragraphe 66(4) du RPC.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. (1985), ch. O-9, art. 27.1(2) (édicte par L.C. 1995, ch. 33, art. 16; 1997, ch. 40, art. 100(A)).  
*Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-8, art. 66(4) (mod. par L.C. 1991, ch. 44, art. 17; 1995, ch. 33, art. 31), 81 (mod. par L.C. 2000, ch. 12, art. 59), 82 (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 45; L.C. 2000, ch. 12, art. 60), 84(2) (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 45).  
*Règles de procédure de la Commission d'appel des pensions (prestations)*, C.R.C., ch. 390.  
*Règles de procédure des tribunaux de révision*, DORS/92-19.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) c. Gattellaro*, 2005 CF 883; *Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) c. Roy*, 2005 CF 1456; *Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) c. Hogervorst*, 2007 CAF 41; *infirmant* 2006 CF 401; *Bande indienne Metlakatla c.*

*Metlakatla Indian Band v. Canada (Attorney General)* (2007), 65 Admin. L.R. (4th) 152; 2007 FC 553; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22.

## DISTINGUISHED:

*Marshall v. Canada* (2002), 289 N.R. 187; 2002 FCA 172.

## CONSIDERED:

*Grewal v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 2 F.C. 263; (1985), 63 N.R. 106 (C.A.); *Baksa v. Neis (c.o.b. Brookside Transport)*, 2002 FCA 230; *VIA Rail Canada Inc. v. National Transportation Agency*, [2001] 2 F.C. 25; (2000), 193 D.L.R. (4th) 357; 26 Admin. L.R. (3d) 1; 261 N.R. 184 (C.A.); *Budisukma Puncak Sendirian Berhad v. Canada* (2005), 338 N.R. 75; 2005 FCA 267; *Vidéotron Télécom Ltée v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada* (2005), 345 N.R. 130; 2005 FCA 90.

## REFERRED TO:

*Canada (Minister of Human Resources Development) v. de Tommaso* (2005), 283 F.T.R. 229; 2005 FC 1531; *Canada (Minister of Human Resources Development) v. Eason* (2005), 286 F.T.R. 14; 2005 FC 1698; *Canada (Minister of Human Resources Development) v. Dawdy* (2006), 290 F.T.R. 54; 2006 FC 429; *Canada (Minister of Human Resources Development) v. Piro*, 2006 FC 791; *West Fraser Timber Co. (c.o.b. Eurocan Pulp & Paper Co.) v. Thomson* (2001), 38 Admin. L.R. (3d) 178; 2001 BCSC 1139; aff'd (2002), 45 Admin. L.R. (3d) 318; 172 B.C.A.C. 39; 4 B.C.L.R. (4th) 16; 2002 BCCA 455; *Pincombe v. Canada (Attorney General)* (1995), 189 N.R. 197 (F.C.A.).

APPLICATION for judicial review of a decision by the Commissioner of Review Tribunals pursuant to subsection 82(1) of the *Canada Pension Plan* extending the time within which the respondent could appeal the Minister of Human Resources and Social Development Canada's 2003 reconsideration decision refusing the respondent's 2002 application for a disability payment under the CPP. Application allowed.

## APPEARANCES:

*Tania Nolet and Nicole Butcher* for applicant.

*Canada (Procureur général)*, 2007 CF 553; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817.

## DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Marshall c. Canada*, 2002 CAF 172.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Grewal c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 2 C.F. 263 (C.A.); *Baksa c. Neis (f.a.s. Brookside Transport)*, 2002 CAF 230; *VIA Rail Canada Inc. c. Office national des transports*, [2001] 2 C.F. 25 (C.A.); *Budisukma Puncak Sendirian Berhad c. Canada*, 2005 CAF 267; *Vidéotron Télécom Ltée c. Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier*, 2005 CAF 90.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) c. de Tommaso*, 2005 CF 1531; *Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) c. Eason*, 2005 CF 1698; *Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) c. Dawdy*, 2006 CF 429; *Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) c. Piro*, 2006 CF 791; *West Fraser Timber Co. (c.o.b. Eurocan Pulp & Paper Co.) v. Thomson* (2001), 38 Admin. L.R. (3d) 178; 2001 BCSC 1139; conf. par (2002), 45 Admin. L.R. (3d) 318; 172 B.C.A.C. 39; 4 B.C.L.R. (4th) 16; 2002 BCCA 455; *Pincombe c. Canada (Procureur général)*, [1995] A.C.F. n° 1320 (C.A.) (QL).

DEMANDE présentée en vertu du paragraphe 82(1) du *Régime de pensions du Canada* en vue d'obtenir le contrôle judiciaire de la décision par laquelle le commissaire des tribunaux de révision a prorogé le délai dans lequel le défendeur pouvait interjeter appel de la décision de reconsidération du ministre des Ressources humaines et du Développement social Canada rendue en 2003 refusant la demande que le défendeur avait présentée en 2002 pour obtenir des prestations d'invalité sous le régime du RPC. Demande accueillie.

## ONT COMPARU :

*Tania Nolet et Nicole Butcher* pour le demandeur.

Robin Dale Pentney on his own behalf.  
Shannon Russell and Tina Head for intervener.

Robin Dale Pentney pour son propre compte.  
Shannon Russell et Tina Head pour l'intervenant.

SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant.

*Office of the Commissioner of Review Tribunals,*  
Ottawa, for intervener.

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

LEMIEUX J.:

### Introduction

[1] In this judicial review application, the Attorney General of Canada, on behalf of the Minister of Human Resources and Social Development Canada (the Minister) challenges the decision dated March 13, 2006, pursuant to subsection 82(1) [as am. by S.C. 2000, c. 12, s. 60] of the *Canada Pension Plan* [R.S.C., 1985, c. C-8] (the CPP), rendered *ex parte* by the Commissioner of Review Tribunals (the Commissioner) extending the time within which Mr. Robin Pentney (the respondent) may appeal to the Review Tribunal the May 28, 2003 reconsideration decision of the Minister refusing Mr. Pentney's July 2002 application for a disability payment under the CPP. Absent statutory or regulatory authority, the ability of the Commissioner to render an *ex parte* extension of time decision was not challenged in the Court.

[2] While there have been several decisions by my colleagues beginning with that of Justice Snider in *Canada (Minister of Human Resources Development) v. Gattellaro*, 2005 FC 883, reviewing the discretion of a member of the Pension Appeals Board (PAB) to extend time for seeking leave to appeal to it, this is the first judicial review of the decision of the Commissioner to extend time to appeal as of right to the Review Tribunal. The Office of the Commissioner of Review Tribunals [Office of the Commissioner or OCRT] was established

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Le sous-procureur général du Canada* pour le demandeur.

*Bureau du commissaire des tribunaux de révision,*  
Ottawa, pour l'intervenant.

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

LE JUGE LEMIEUX :

### Introduction

[1] Dans la présente demande de contrôle judiciaire, le procureur général du Canada, au nom du ministre des Ressources humaines et du Développement social Canada (le ministre), conteste, en vertu du paragraphe 82(1) [mod. par L.C. 2000, ch. 12, art. 60] du *Régime de pensions du Canada* [L.R.C. (1985), ch. C-8] (le RPC), la décision rendue *ex parte* le 13 mars 2006 par laquelle le commissaire des tribunaux de révision (le commissaire) a prorogé le délai dans lequel M. Robin Pentney (le défendeur) peut interjeter appel auprès du tribunal de révision de la décision de reconsidération datée du 28 mai 2003 dans laquelle le ministre a refusé la demande que M. Pentney avait présentée en juillet 2002 en vue d'obtenir des prestations d'invalidité sous le régime du RPC. En l'absence d'un pouvoir réglementaire ou légal, la capacité du commissaire de rendre une décision *ex parte* au sujet d'une prorogation de délai n'a pas été contestée devant la Cour.

[2] Bien que mes collègues aient rendu plusieurs décisions, à commencer par celle de la juge Snider dans l'affaire *Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) c. Gattellaro*, 2005 CF 883, contrôlant le pouvoir discrétionnaire d'un membre de la Commission d'appel des pensions (la CAP) d'accorder une prorogation de délai pour solliciter l'autorisation de faire appel auprès de la CAP, il est question, en l'espèce, du premier contrôle judiciaire de la décision du commissaire de proroger le délai prescrit pour faire appel

in 1991 by section 82 of the CPP [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 45 (CIF, 31/12/91)]. Its role is to support the operation of Review Tribunals established under the CPP to review the Minister's decisions under section 81 [as am. by S.C. 2000, c. 12, s. 59; 2004, c. 22, s. 21] or subsection 84(2) [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 45] of the CPP or subsection 27.1(2) [as enacted by S.C. 1995, c. 33, s. 16; 1997, c. 40, s. 100(E)] of the *Old Age Security Act* [R.S.C., 1985, c. O-9]. The Office of the Commissioner has a staff of approximately 100. The Review Tribunal hears approximately 4000 appeals a year in over 100 locations. Ninety percent of all appeals to the Review Tribunal relate to a person's eligibility for a disability pension under the CPP.

[3] Mr. Pentney was self-represented in this judicial review. He did, however, adopt the Commissioner's position on the legal points raised.

[4] Subsection 82(1) of the CPP provides that a party who is dissatisfied with the reconsideration decision of the Minister made pursuant to section 81 of the CPP may appeal that decision to a Review Tribunal in writing within 90 days, or any longer period that the Commissioner of Review Tribunals may, either before or after the expiration of those 90 days, allow. As noted above, the Commissioner made his decision *ex parte*, that is, at the request of Mr. Pentney but without input from the Minister.

[5] The Commissioner was authorized to intervene in this application on a limited basis pursuant to the order of Prothonotary Tabib dated December 6, 2006. In her endorsement, she said she was satisfied the interests of justice will be served "by allowing the Office leave to intervene in these proceedings for the limited purpose of adducing evidence as to the factors it has considered in reaching the decision under review and which do not appear from the certified tribunal record and to make representations as to whether there is a distinction

de plein droit auprès du tribunal de révision. Le Bureau du commissaire des tribunaux de révision (le BCTR ou le Bureau) a été établi en 1991 par l'article 82 du RPC [mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 45 (EEV, 31-12-91)]. Son rôle consiste à soutenir le fonctionnement des tribunaux de révision établis sous le régime du RPC pour réviser les décisions que rend le ministre en vertu de l'article 81 [mod. par L.C. 2000, ch. 12, art. 59; 2004, ch. 22, art. 21] ou du paragraphe 84(2) [mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 45] du RPC ou du paragraphe 27.1(2) [édicte par L.C. 1995, ch. 33, art. 16; 1997, ch. 40, art. 100(A)] de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* [L.R.C. (1985), ch. O-9]. Le BCTR est doté d'un effectif de près de 100 personnes. Le tribunal de révision entend environ 4 000 appels par année, dans plus de 100 endroits différents. Dans 90 p. 100 des cas, les appels interjetés devant le tribunal de révision ont trait au droit d'une personne à une pension d'invalidité du RPC.

[3] M. Pentney s'est représenté lui-même dans le cadre du présent contrôle judiciaire. Il a toutefois fait sienne la position du commissaire à propos des points de droit soulevés.

[4] Le paragraphe 82(1) du RPC dispose qu'une partie qui se croit lésée par une décision de reconsidération du ministre rendue en application de l'article 81 du RPC peut interjeter appel par écrit auprès d'un tribunal de révision soit dans les 90 jours suivants, soit dans le délai plus long qu'autorise le commissaire des tribunaux de révision avant ou après l'expiration du délai de 90 jours. Comme je l'ai indiqué plus tôt, le commissaire a rendu sa décision *ex parte*, c'est-à-dire à la demande de M. Pentney mais sans intervention de la part du ministre.

[5] Le commissaire a été autorisé à intervenir de manière restreinte dans la présente demande, conformément à l'ordonnance de la protonotaire Tabib datée du 6 décembre 2006. Dans sa directive, cette dernière s'est dite convaincue qu'il serait dans l'intérêt de la justice [TRADUCTION] « d'autoriser le Bureau à intervenir en l'instance dans le but limité de produire des éléments de preuve concernant les facteurs dont il a tenu compte pour arriver à la décision faisant l'objet du contrôle et qui n'apparaissent pas dans le dossier certifié

between the Office's mandate and legislative scheme and those of other tribunals which requires or justifies that different or additional criteria or considerations should apply to the exercise of the Commissioner's discretion to accept late appeals" [emphasis added]. She was of the view the interest of justice is served by having the facts and circumstances which do not appear from the certified record of the tribunal put before the Court in an objective and neutral fashion, and in having before it a structured and reasoned argument as to why the criteria to be applied in a tribunal's discretion to accept late appeals, as set out in *Gattellaro*, should not apply or apply differently in the case of the Office of the Commissioner. She added:

To the extent the *Gattellaro* criteria apply to the Commissioner's decision, there would, in my view, be no public interest or justification to allow the tribunal to speak to the manner in which it assessed the materials before it, or as to how those materials would or not meet the criteria developed in *Gattellaro* and subsequent case law. [Emphasis mine.]

She cautioned:

Indeed, allowing the tribunal to speak or comment on these issues would contravene the public policy imperative of preserving the tribunal's image of impartiality.

[6] Counsel for the Minister raised a preliminary issue at the start of the hearing. She argued the Commissioner's intervention went beyond the scope of the limited intervention granted by Prothonotary Tabib.

[7] She took particular objection to the Commissioner's memorandum of argument where he took a position and argued against the Minister on the collateral attack issue and the issue of the Commissioner's obligation to give reasons. I agreed with the Minister's position. The matter was resolved by having Mr. Pentney adopt the

du tribunal, ainsi que de présenter des observations sur le fait de savoir s'il y a une distinction entre le mandat et le régime législatif du Bureau et ceux d'autres tribunaux qui exigent ou justifient que l'on applique des critères ou des facteurs différents ou additionnels à l'exercice du pouvoir discrétionnaire du commissaire d'accepter des appels tardifs » [non souligné dans l'original]. Selon la protonotaire, il était dans l'intérêt de la justice de faire en sorte que les faits et les circonstances ne figurant pas dans le dossier certifié du tribunal soient présentés à la Cour de manière objective et neutre, et de soumettre à cette dernière des arguments structurés et raisonnés sur la raison pour laquelle les critères, énoncés dans la décision *Gattellaro*, qu'il convient d'appliquer dans le cadre du pouvoir discrétionnaire du tribunal d'accepter un appel tardif ne devraient pas s'appliquer ou s'appliquer différemment dans le cas du BCTR. Et, a-t-elle ajouté :

[TRADUCTION] Dans la mesure où les critères énoncés dans *Gattellaro* s'appliquent à la décision du commissaire, il ne serait pas, selon moi, dans l'intérêt public ou justifié de permettre au tribunal de traiter de la façon dont il a évalué les documents qu'il avait en main, ou de la mesure dans laquelle ces documents satisferaient ou non aux critères établis dans *Gattellaro* et dans la jurisprudence ultérieure. [Non souligné dans l'original.]

La protonotaire a ensuite formulé la mise en garde suivante :

[TRADUCTION] En effet, le fait d'autoriser le tribunal à traiter de ces questions ou à les commenter irait à l'encontre de l'impératif public de préserver l'image d'impartialité du tribunal.

[6] L'avocate du ministre a soulevé une question préliminaire au début de l'audience. Elle a fait valoir que l'intervention du commissaire débordait le cadre de l'intervention limitée que la protonotaire Tabib avait accordée.

[7] L'avocate s'est particulièrement opposée à l'exposé des arguments du commissaire, dans lequel ce dernier a pris position et s'est inscrit en faux contre le ministre au sujet de la question de la contestation incidente ainsi que de celle de l'obligation qu'a le commissaire de motiver sa décision. J'ai souscrit à la position du ministre. L'affaire a été réglée en faisant en sorte que M. Pentney adopte

Commissioner's written submissions into his own memorandum.

[8] This judicial review application raises three separate issues:

(1) Whether the Commissioner erred in law in failing to consider the relevant applicable factors governing the issue of when an extension of time to appeal may be granted under the CPP. According to the Minister, the applicable criteria were set out in a series of recent decisions made by my colleagues commencing as noted with Justice Snider's decision in *Gattellaro*, above, followed in *Canada (Minister of Human Resources Development) v. Roy* (2005), 281 F.T.R. 198 (F.C.); in *Canada (Minister of Human Resources Development) v. de Tommaso* (2005), 283 F.T.R. 229 (F.C.); in *Canada (Minister of Human Resources Development) v. Eason* (2005), 286 F.T.R. 14 (F.C.); in *Canada (Minister of Human Resources Development) v. Dawdy* (2006), 290 F.T.R. 54 (F.C.); and in *Canada (Minister of Human Resources Development) v. Piro*, 2006 FC 791. As noted, all of these decisions judicially reviewed a decision of a member of the PAB to extend the time to seek leave to appeal to the PAB from a decision of the Review Tribunal.

(2) Whether the Commissioner erred in failing to provide reasons for decision or adequate reasons for his grant of an extension of time.

(3) Was the granting of an extension of time to appeal to the Review Tribunal the Minister's first decision rendered in May 2003 an impermissible collateral attack on the Minister's February 6, 2006 decision refusing to reconsider Mr. Pentney's second application for a disability payment under the CPP filed by him in August 2004 and initially denied by the Minister on January 24, 2005 for which Mr. Pentney had not sought reconsideration and where Mr. Pentney did not seek judicial review of the February 6, 2006 decision? The Minister submits the Commissioner's decision to extend time to appeal to the Review Committee runs counter to the Federal Court of Appeal's decision in *Canada*

dans son propre mémoire les observations écrites du commissaire.

[8] La présente demande de contrôle judiciaire soulève trois questions distinctes :

1) Le commissaire a-t-il commis une erreur de droit en ne prenant pas en compte les facteurs applicables qui régissent la question du moment où l'on peut accorder une prorogation du délai prescrit pour interjeter appel en vertu du RPC? Selon le ministre, les critères applicables ont été énoncés dans une série de décisions récentes de la part de mes collègues, à commencer, comme je l'ai dit, par celle de la juge Snider dans l'affaire *Gattellaro*, précitée, laquelle a été appliquée dans les décisions suivantes : *Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) c. Roy*, 2005 CF 1456; *Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) c. de Tommaso*, 2005 CF 1531; *Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) c. Eason*, 2005 CF 1698; *Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) c. Dawdy*, 2006 CF 429; et *Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) c. Piro*, 2006 CF 791. Comme je l'ai indiqué plus tôt, toutes ces décisions consistaient à soumettre à un contrôle judiciaire une décision d'un membre de la CAP de proroger le délai prescrit pour demander l'autorisation d'interjeter appel auprès de la CAP d'une décision du tribunal de révision.

2) Le commissaire a-t-il commis une erreur en ne motivant pas sa décision ou en ne motivant pas adéquatement l'octroi d'une prorogation de délai?

3) L'octroi d'une prorogation du délai prescrit pour interjeter appel auprès du tribunal de révision de la première décision que le ministre a rendue en mai 2003 constituait-il une contestation incidente inadmissible de la décision du ministre datée du 6 février 2006 de refuser de reconsidérer la seconde demande de prestations d'invalidité du RPC que M. Pentney avait déposée en août 2004 et que le ministre avait initialement rejetée le 24 janvier 2005, demande pour laquelle M. Pentney n'avait pas demandé de reconsidération et vu que M. Pentney n'a pas demandé que la décision du 6 février 2006 soit soumise à un contrôle judiciaire. Le ministre soutient que la décision du commissaire de proroger le



*(Minister of Human Resources Development) v. Hogervorst* (2007), 359 N.R. 156 (F.C.A.).

délaï prescrit pour interjeter appel auprès du comité de révision va à l'encontre de la décision que la Cour d'appel fédérale a rendue dans l'affaire *Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) c. Hogervorst*, 2007 CAF 41.

### Facts

[9] Mr. Pentney's application for an extension of time was made on January 11, 2006 addressed not to the Commissioner as provided in the CPP but to Human Resources Development Canada (HRDC). Attached to his letter of January 11, 2006 was the May 28, 2003 letter from HRDC explaining why he was not eligible for a disability pension. Mr. Pentney invoked the following grounds justifying the extension:

(1) "Although I did not object to your decision of May 28, 2003 (copy enclosed) because I was receiving benefits from Great West Life (GWL) I wish to do so now because GWL have refused benefits for the last year and a half. I did not see why *CPP* should be paying me when I have enhanced coverage paid out of my own pocket, so I let the issues slide" [emphasis mine];

(2) "Although I have tried to work for the last year, my efforts have been unsuccessful due partly to memory and cognitive problems resulting from a hemorrhagic stroke and the side effects of some of the 10 medications that I must take daily. There are other factors involved that I cannot include here because whenever I try to do so, I leave out some of the critical facts, which leads you to the wrong conclusion. I could include a more generalized letter from my doctor stating unequivocally that I am unemployable, but I have been advised by one of your specialists not to do so until you ask for it"; (emphasis mine)

(3) "That letter, and any other information that you may need, I can obtain from my doctor, or you may request it yourselves.... That covers condition 3 in your letter and

### Les faits

[9] La demande de M. Pentney en vue d'obtenir une prorogation de délai a été faite le 11 janvier 2006 et adressée non pas au commissaire comme le prévoit le RPC mais à Développement des ressources humaines Canada (DRHC). À sa lettre datée du 11 janvier 2006 était jointe celle du 28 mai 2003 de DRHC, expliquant pourquoi il n'avait pas droit à une pension d'invalidité. M. Pentney a invoqué les motifs suivants à l'appui de la prorogation :

1) [TRADUCTION] « Bien que je ne me sois pas opposé à votre décision du 28 mai 2003 (copie ci-jointe) parce que je recevais des prestations de Great West Life (GWL), je souhaite le faire maintenant parce que GWL ne me verse plus de prestations depuis un an et demi. À l'époque, je ne voyais pas pourquoi le *RPC* me paierait pendant que je bénéficiais d'une assurance supérieure payée de ma propre poche, et j'ai donc laissé les choses aller » [non souligné dans l'original.]

2) [TRADUCTION] « J'essaie de trouver du travail depuis un an, mais sans succès, en partie à cause de problèmes cognitifs et de mémoire attribuables à une attaque d'apoplexie hémorragique et aux effets secondaires de certains des dix médicaments que je dois prendre tous les jours. Il y a d'autres facteurs en cause que je ne peux inclure ici parce que, chaque fois que j'essaie de le faire, j'oublie certains des faits cruciaux et cela vous amène à tirer la mauvaise conclusion. Je pourrais inclure une lettre plus générale de la part de mon médecin, disant en termes catégoriques que je suis inemployable, mais l'un de vos spécialistes m'a conseillé de ne pas le faire et d'attendre que vous en fassiez la demande » (non souligné dans l'original).

3) [TRADUCTION] « Cette lettre, ainsi que tous les autres renseignements dont vous pourriez avoir besoin, je peux les obtenir de mon médecin, ou vous pouvez aussi en

the nature of degenerative disk disease, brain damage, arthritis, kidney problems and insulin rejection certainly indicates that my medical problems are long term and although they may not cause my ultimate demise, they may very well have me unable to walk. Soon. This covers condition 4. Please reconsider my claim. There is ample Supreme Court of Canada precedent to support it” [emphasis mine.]

[10] Conditions 3 and 4 cited in Mr. Pentney’s January 11, 2006 letter are contained in the HRDC’s letter of May 28, 2003 ruling, on reconsideration, that the applicant was not eligible for disability benefits “because you should be able to work in some type of job that is more suitable to your level of ability.” Conditions 3 and 4 of that letter read:

3. you must have a disability that stops you from doing any type of work on a regular basis (full-time, part-time or seasonal), not just the work you usually do, and

4. you must have a disability that is long term and of unknown duration, or a disability that is likely to result in death.

[11] The May 28, 2003 letter advised Mr. Pentney: “you do not meet the third rule listed above” [emphasis added] and also stated the following:

I am aware that you are receiving benefits under a private disability insurance plan. However, the Canada Pension Plan legislation defines disability differently from other disability programs. Others may give you benefits because you can’t do your regular job or you were injured at work. [Emphasis mine.]

[12] The letter also advised Mr. Pentney that he had a right to appeal the Minister’s decision to the Office of the Commissioner and, if he decided to appeal, he must

faire vous-même la demande [...] Cela répond à la condition n° 3 qui figure dans votre lettre, et la nature de la discopathie dégénérative, les lésions cérébrales, l’arthrite, les problèmes rénaux et le rejet de l’insuline démontrent assurément que mes problèmes de santé sont de longue durée et que, même s’ils n’entraîneront peut-être pas ma mort, ils sont bien capables de m’empêcher de marcher. Bientôt. Cela répond à la condition n° 4. Je vous prie de reconsidérer ma demande. Il y a de nombreux précédents de la Cour suprême du Canada qui étayaient ma demande » [non souligné dans l’original].

[10] Les conditions n<sup>os</sup> 3 et 4 dont il est question dans la lettre du 11 janvier 2006 de M. Pentney figurent dans la lettre datée du 28 mai 2003 par laquelle DRHC a décidé, après reconsidération, que le demandeur n’avait pas droit à des prestations d’invalidité [TRADUCTION] « parce que vous devriez être capable d’exercer un certain type d’emploi qui convient davantage à votre degré d’aptitude ». Le texte des conditions n<sup>os</sup> 3 et 4 indiquées dans cette lettre est le suivant :

[TRADUCTION] 3. vous devez souffrir d’une invalidité qui vous empêche régulièrement d’accomplir un type quelconque de travail (à temps plein, à temps partiel ou saisonnier), et non seulement celui que vous accomplissez habituellement;

4. vous devez souffrir d’une invalidité à long terme et d’une durée inconnue, ou d’une invalidité susceptible d’entraîner la mort.

[11] Dans la lettre du 28 mai 2003, il est indiqué ce qui suit à M. Pentney : [TRADUCTION] « vous ne répondez pas à la troisième condition susmentionnée » [non souligné dans l’original], de même que ceci :

[TRADUCTION] Je sais que vous recevez des prestations dans le cadre d’un régime d’assurance-invalidité privé. Cependant, la manière dont le Régime de pensions du Canada définit une invalidité est différente de celle d’autres programmes d’invalidité. Ces derniers peuvent vous accorder des prestations parce que vous n’êtes pas en mesure d’effectuer votre travail ordinaire ou que vous avez été victime d’un accident de travail. [Non souligné dans l’original.]

[12] La lettre informait aussi M. Pentney qu’il avait le droit de porter en appel la décision du ministre auprès du BCTR et que, s’il décidait de le faire, il devait écrire

write to them within 90 days of the date he received the Minister's letter. The letter also told him: "If you decide not to appeal this decision, you may wish to re-apply for a disability benefit later" (emphasis mine) and it also said: "Since your application has been denied, it is your responsibility to inform your private insurance company of this decision."

[13] The Commissioner's intervention was supported by two affidavits, the principal one being deposed by Philippe Rabot, the Commissioner of the Canada Pension Plan/Old Age Security Review Tribunals.

[14] The Commissioner noted Mr. Pentney's file with his Office consisted of a few documents in contrast to the voluminous file which HRDC had on Mr. Pentney's application for disability payments. Those documents were: (1) Mr. Pentney's letter of January 11, 2006; (2) an undated letter from Mr. Pentney to his Office purporting to appeal the Minister's decision refusing to consider his late appeal said to have been rendered on February 6, 2006; (3) a copy of a recommendation made to him by a senior official in his Office, Mr. Patrick Iannitti, Director of Tribunal Operations, dated March 7, 2006 suggesting the acceptance of Mr. Pentney's late appeal because of the extenuating circumstances mentioned in Mr. Pentney's undated letter the Office mentioned on March 6, 2006; (4) the final report of a client satisfaction survey commissioned by the Office of the Commissioner; (5) the report of the Standing Committee on Human Resources Development and the Status of Persons with Disabilities dated June 2003; and (6) the letter dated March 13, 2006 from the Commissioner to the Edmonton Regional Office of HRDC concerning Mr. Pentney's section 82 appeal advising HRDC: "Attached is a copy of a letter of appeal received January 12, 2006. I have accepted this letter as a Notice of Appeal to a Review Tribunal. Please submit to me within 20 days from the receipt of this letter a copy of the documents required pursuant to Rule 5 of the *Review Tribunal Rules of Procedure*."

au Bureau dans les 90 jours suivant la date de réception de la lettre du ministre. Cette lettre indiquait également ce qui suit : [TRADUCTION] « Si vous décidez de ne pas porter en appel cette décision, vous pourriez présenter plus tard une nouvelle demande de prestations d'invalidité » (non souligné dans l'original) et, en outre : [TRADUCTION] « Comme votre demande a été refusée, il vous incombe d'informer votre compagnie d'assurance privée de cette décision. »

[13] L'intervention du commissaire a été étayée par deux affidavits, dont le principal a été produit par Philippe Rabot, Commissaire des tribunaux de révision (Régime de pensions du Canada/Sécurité de la vieillesse).

[14] Le commissaire a indiqué que le dossier qu'avait son bureau au sujet de M. Pentney ne contenait que quelques documents, comparativement au volumineux dossier que possède DRHC sur la demande de paiements d'invalidité de M. Pentney. Ces quelques documents sont les suivants : 1) la lettre de M. Pentney datée du 11 janvier 2006; 2) une lettre non datée que M. Pentney a envoyée à son bureau et visant à porter en appel la décision prétendument rendue le 6 février 2006 par laquelle le ministre a refusé d'examiner son appel tardif; 3) une copie d'une recommandation faite au commissaire par un haut fonctionnaire de son bureau, M. Patrick Iannitti, directeur des Opérations des tribunaux, en date du 7 mars 2006 et suggérant d'accepter l'appel tardif de M. Pentney à cause des circonstances atténuantes mentionnées dans la lettre non datée de ce dernier, reçue par le Bureau le 6 mars 2006; 4) le compte rendu final d'un sondage sur la satisfaction de la clientèle que le Bureau avait commandé; 5) le rapport, daté de juin 2003, du Comité permanent du développement des ressources humaines et de la condition des personnes handicapées; et 6) la lettre, datée du 13 mars 2006, du commissaire au Bureau régional d'Edmonton de DRHC, concernant l'appel interjeté par M. Pentney en vertu de l'article 82 et indiquant ce qui suit à DRHC : [TRADUCTION] « Vous trouverez ci-jointe une copie d'une lettre d'appel reçue le 12 janvier 2006. J'ai accepté que cette lettre constituait un avis d'appel interjeté à un tribunal de révision. Veuillez me transmettre dans les 20 jours suivant la réception de la présente une copie des documents que prescrit l'article 5 des *Règles de procédure des tribunaux de révision*. »

[15] In his affidavit, the Commissioner explained that: “There was some initial confusion about Mr. Pentney’s January 11, 2006 letter, as it was addressed to the Department as opposed to the OCRT.” Mr. Pentney’s letter of January 11, 2006 had been received by his Office on January 12, 2006. I will say more about this confusion in these reasons when I deal with the collateral attack issue.

[16] In an undated letter to the Commissioner received on March 2, 2006, Mr. Pentney explained again to the Commissioner the substance of why he should be granted an extension of time. In that letter he made the following points:

- “The appeal is late because the first time I applied, I was receiving benefits from Great West Life and I didn’t think it was right that the insurance companies should be able to collect the CPP disability benefits, when they had an obligation to provide me with benefits that I have already paid for. It seemed like they were shirking their responsibility at the governments expense” [emphasis mine].

- “I was also given some wrong information at that time that led me to believe that I could not appeal, due to the CPP contributions rule. At that time I actually had CPP contributions and was eligible.”

- “Unfortunately, GWL has denied me benefits later and I have been without any income for more than a year and a half. I called a number from the gov’t website to get help with this appeal, and they advised me that I could appeal the 2003 decision instead of the 2005 decision and possibly get some back payments for the time I have been without” (emphasis mine).

- “Would you please allow me to appeal late for the 2003 decision, due to these extenuating circumstances, to allow me the additional benefits? At least I have saved the government several years of expense” (emphasis mine).

[15] Dans son affidavit, le commissaire a expliqué ce qui suit : [TRADUCTION] « Il y avait au départ une certaine confusion au sujet de la lettre datée du 11 janvier 2006 de M. Pentney, car elle a été adressée au ministère plutôt qu’au BCTR ». Son bureau avait reçu la lettre du 11 janvier 2006 de M. Pentney le 12 janvier 2006. J’en dirai plus sur cette confusion dans les présents motifs, au moment d’analyser la question de la contestation incidente.

[16] Dans une lettre non datée adressée au commissaire et reçue le 2 mars 2006, M. Pentney a expliqué de nouveau à ce dernier les raisons principales pour lesquelles il fallait lui accorder une prorogation de délai. Dans cette lettre, il a fait état des points suivants :

- [TRADUCTION] « L’appel est en retard parce que la première fois que j’ai présenté ma demande, je recevais des prestations de Great West Life et je ne pensais pas qu’il était juste que les compagnies d’assurance puissent percevoir les prestations d’invalidité du RPC alors qu’elles étaient obligées de me verser des prestations que j’avais déjà payées. Il me semblait que ces compagnies se dérobaient à leur responsabilité au dépens des gouvernements » [non souligné dans l’original].

- [TRADUCTION] « À cette époque, on m’a également fourni des renseignements erronés qui m’ont amené à croire que je ne pouvais pas interjeter appel, à cause de la règle concernant les cotisations au RPC. À ce moment, j’avais bel et bien cotisé au RPC et j’étais admissible. »

- [TRADUCTION] « Malheureusement, GWL a mis fin à mes prestations plus tard et je suis sans revenus depuis plus d’un an et demi. J’ai composé un numéro de téléphone indiqué au site Web du gouvernement afin d’obtenir de l’aide pour le présent appel, et on m’a conseillé de porter en appel la décision de 2003 plutôt que celle de 2005, et, peut-être, d’obtenir quelques paiements rétroactifs pour le temps depuis lequel je ne reçois rien » (non souligné dans l’original).

- [TRADUCTION] « Pourriez-vous m’autoriser à présenter un appel tardif concernant la décision de 2003 en raison de ces circonstances atténuantes, afin que je puisse recevoir les prestations additionnelles? Au moins, j’ai fait économiser au gouvernement plusieurs années de dépenses » (non souligné dans l’original).

• “Although I have tried to work until last summer, my efforts have been unsuccessful due partly to memory and cognitive problems and the side effects of some of the 10 medications that I must take daily.”

• Mr. Pentney made reference to his doctor’s name and phone number, repeated his medical condition and stated that conditions 3 and 4 of the Department’s letter had been satisfied.

[17] In his affidavit, the Commissioner deposed as to the reasons why on March 7, 2006 Mr. Iannitti recommended in writing the Commissioner exercise his discretion to accept the late appeal, on the basis of the extenuating circumstances described by Mr. Pentney in the undated letter as well as in his January 11, 2006 letter. These reasons were:

a. “Mr. Pentney’s memory and cognitive difficulties he said he experiences due to the effects of his stroke and the significant number of medications he is required to consume daily”;

b. “Mr. Pentney’s involvement with two complex disability benefit institutions, being his private insurer and the *CPP* Administration”; and

c. “Mr. Pentney’s argument that he was given incorrect information from the Department as to his eligibility for the disability benefit based on his *CPP* contribution.”

The Commissioner accepted the recommendation.

[18] At paragraph 29 of his affidavit, the Commissioner deposed:

In addition to the extenuating circumstances identified by Mr. Iannitti, I also considered the decision of *Canada (Minister of Human Resources Development) v. Gattellaro*, 2005 FC 883 which sets out the four factors that should be considered by the Pension Appeals Board when determining whether to grant an extension of time and leave to appeal a decision of a Review Tribunal when that request is made outside of the statutory 90 day appeal period. The factors are as follows:

• [TRADUCTION] « J’ai essayé de travailler jusqu’à l’été dernier, mais mes efforts ont été vains en partie à cause de mes problèmes cognitifs et de mémoire ainsi que des effets secondaires de certains des dix médicaments que je dois prendre tous les jours. »

• M. Pentney a indiqué le nom et le numéro de téléphone de son médecin, a réitéré son état de santé et a mentionné qu’il répondait aux conditions n<sup>os</sup> 3 et 4 de la lettre du Ministère.

[17] Dans son affidavit, le commissaire a fait part des motifs pour lesquels, le 7 mars 2006, M. Iannitti lui a recommandé par écrit d’exercer son pouvoir discrétionnaire en vue d’accepter l’appel tardif, du fait des circonstances atténuantes décrites par M. Pentney, tant dans sa lettre non datée que dans sa lettre du 11 janvier 2006. Ces motifs sont les suivants :

a) [TRADUCTION] « Les difficultés cognitives et de mémoire que M. Pentney dit éprouver en raison des effets de son attaque d’apoplexie et du nombre considérable de médicaments qu’il est tenu de prendre tous les jours »;

b) [TRADUCTION] « Le fait que M. Pentney fasse affaire avec deux institutions complexes d’octroi de prestations d’invalidité, soit son assureur privé et l’Administration du *RPC* »;

c) [TRADUCTION] « L’argument de M. Pentney selon lequel le Ministère lui a fourni des renseignements erronés sur son admissibilité à la prestation d’invalidité, en se fondant sur ses cotisations au *RPC* ».

Le commissaire a souscrit à cette recommandation.

[18] Au paragraphe 29 de son affidavit, le commissaire a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] Outre les circonstances atténuantes que M. Iannitti a mentionnées, j’ai également tenu compte de la décision *Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) c. Gattellaro*, 2005 CF 883, où sont exposés les quatre facteurs dont la Commission d’appel des pensions doit tenir compte pour décider s’il convient d’accorder une prorogation de délai et l’autorisation d’interjeter appel d’une décision d’un tribunal de révision dans les cas où cette

(a) A continued intention to pursue the application or appeal;

(b) The matter discloses an arguable case;

(c) There is a reasonable explanation for the delay; and

(d) There is no prejudice to the other party in allowing the extension. [Emphasis mine.]

[19] In paragraph 30 of his affidavit, the Commissioner said he mentions in his affidavit the context of the *Gattellaro* decision “because it was important to appreciate the distinction between appeals to the Review Tribunal and appeals to the Pension Appeals Board, both procedurally and substantively” (emphasis mine).

[20] First, he says at paragraph 31 of his affidavit: “Not only is the OCRT managing a higher volume of appeals than is the Pension Appeals Board, but being the first administrative tribunal encountered by appellants in this multi-leveled appeal system, the OCRT is dealing with appellants in very different circumstances than is the Pension Appeals Board” (emphasis mine).

[21] Then, at paragraph 32, he writes:

In conjunction with, and in addition to, the *Gattellaro* considerations, there are also contextual factors specific to the Review Tribunal level of appeal that are not transparent from the record and which may not be readily apparent to the Applicant and the Respondent in this proceeding. [Emphasis mine.]

[22] In the next paragraph he identifies what those considerations are:

(a) an imbalance of resources, in most instances, between the two parties to an appeal filed with the OCRT;

demande est présentée en dehors du délai d’appel de 90 jours que la loi prévoit. Ces facteurs sont les suivants :

a) il y a intention persistante de poursuivre la demande ou l’appel;

b) la cause est défendable;

c) le retard a été raisonnablement expliqué;

d) La prorogation du délai ne cause pas de préjudice à l’autre partie. [Non souligné dans l’original.]

[19] Au paragraphe 30 de son affidavit, le commissaire dit faire état dans son affidavit du contexte dans lequel la décision *Gattellaro* a été rendue [TRADUCTION] « parce qu’il était important de saisir la distinction entre les appels qui sont portés devant le tribunal de révision et ceux qui le sont devant la Commission d’appel des pensions, et ce, tant sur le plan de la procédure que sur celui du fond » (non souligné dans l’original).

[20] Premièrement, il déclare au paragraphe 31 de son affidavit : [TRADUCTION] « Non seulement le BCTR gère-t-il un volume d’appels supérieur à celui de la Commission d’appel des pensions, mais, comme il s’agit du premier tribunal administratif auquel les appelants ont affaire dans ce système d’appel à plusieurs paliers, le BCTR traite avec les appelants dans des circonstances nettement différentes de celles de la Commission d’appel des pensions » (non souligné dans l’original).

[21] Ensuite, au paragraphe 32 :

[TRADUCTION] De pair avec les facteurs énoncés dans la décision *Gattellaro*, et en plus de ces derniers, il existe aussi des facteurs contextuels propres au palier d’appel du tribunal de révision qui ne ressortent pas clairement du dossier et qui ne sautent peut-être pas aux yeux du demandeur et du défendeur en l’instance. [Non souligné dans l’original.]

[22] Au paragraphe suivant, le commissaire indique de quels facteurs il s’agit :

[TRADUCTION]

a) une inégalité de ressources, dans la plupart des cas, entre les deux parties à un appel interjeté auprès du BCTR;

(b) the challenge faced by many appellants in having to put their minds to appeal procedures while coping with a physical and/or mental disability;

(c) the confusion and misunderstanding that may result from the multiplicity and complexity of the benefit schemes with which disability claimants must contend, particularly with respect to eligibility requirements;

(d) the struggle faced by many appellants in understanding the Minister's reason(s) for denying a claim on reconsideration;

(e) the literacy, educational, and economic resource barriers that may hinder a timely appeal;

(f) the number of individuals who hesitate to appeal because they doubt a Review Tribunal will change the Minister's decision; and

(g) the high rate of successful appeals.

[23] He deposes the evidentiary basis in support of these additional considerations is found in the client satisfaction survey and the Standing Committee of the House of Commons Report previously referred to.

[24] The Commissioner states the number of late appeal requests he receives and considers is not insignificant. Statistics generated for fiscal 2004-2005 indicate that his Office received approximately 4240 appeals, of which 316 were received after the 90-day period of appeal had expired. For fiscal 2005-2006, the Office of the Commissioner received approximately 4533 appeals, of which 298 were received after the 90-day appeal period had expired. Statistics indicate, also, for fiscal 2005-2006, nearly 20% of all requests for late appeals were made more than one year after the 90-day period had expired, and almost half of the 20% were made more than two years after the 90-day period had expired.

[25] The Commissioner concludes in his affidavit by writing at paragraph 35:

In view of these contextual factors, I have attempted to balance fairness and efficiency considerations in the exercise of my statutory discretion, including a realistic appreciation for the unequal resources of the parties to the appeal and mindful not

b) la difficulté qu'ont de nombreux appelants à se concentrer sur les procédures d'appel tout en souffrant d'une invalidité physique ou mentale;

c) la confusion et les malentendus qui peuvent découler de la multiplicité et de la complexité des régimes de prestations auxquels doivent faire face les demandeurs de prestations d'invalidité, surtout au chapitre des conditions d'admissibilité;

d) les difficultés auxquelles sont confrontés de nombreux appelants pour ce qui est de comprendre le ou les motifs pour lesquels le ministre rejette une demande au stade de la reconsidération;

e) les obstacles sur le plan des capacités de lecture et d'écriture, de l'instruction et des ressources pécuniaires qui empêchent parfois de faire appel en temps opportun;

f) le nombre de personnes qui hésitent à faire appel parce qu'elles doutent qu'un tribunal de révision changera la décision du ministre;

g) le taux élevé d'appels interjetés avec succès.

[23] Le commissaire ajoute que le fondement probant qui étaye ces facteurs additionnels réside dans le sondage mené sur la satisfaction de la clientèle et dans le rapport du Comité permanent de la Chambre des communes qu'il a mentionnés plus tôt.

[24] Le commissaire indique le nombre de demandes d'appel tardif qu'il reçoit et considère que ce nombre n'est pas négligeable. Selon des statistiques recueillies sur l'exercice 2004-2005, son bureau a reçu environ 4 240 appels, dont 316 après l'expiration de la période d'appel de 90 jours. Durant l'exercice 2005-2006, le Bureau a reçu environ 4 533 appels, dont 298 après l'expiration de la période d'appel de 90 jours. Les statistiques indiquent, aussi, à propos de l'exercice 2005-2006, que près de 20 p. 100 des demandes relatives à un appel tardif ont été présentées plus d'un an après l'expiration de la période de 90 jours, et près de la moitié plus de deux ans après l'expiration de cette période.

[25] Le commissaire conclut ce qui suit dans son affidavit, au paragraphe 35 :

[TRADUCTION] Compte tenu de ces facteurs contextuels, j'ai tenté de mettre en balance des facteurs d'équité et d'efficience dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui m'est conféré, y compris une appréciation réaliste de l'inégalité des ressources

to impose inappropriate procedural obligations on either party.  
[Emphasis mine.]

### Analysis

#### (a) Standard of Review

[26] The issues in this judicial review center on legal and not on factual points. As noted, they are: whether the Commissioner considered the proper factors in the exercise of his discretion to extend time for an appeal to the Review Tribunal; whether and to what extent the Commissioner must provide written reasons for extending time to appeal to the Review Tribunal; and whether the Commissioner's decision represents a collateral attack on the Minister's refusal of Mr. Pentney's second disability application.

[27] These are legal points for which the Court does not owe the Commissioner deference; his expertise is not engaged. This Court is not dealing with the merits of his decision but whether he has exercised his discretion by taking into account relevant considerations. The functional and pragmatic analysis points to the standard of review of correctness. This is what the Minister argues and the Commissioner does not disagree. I agree. The Commissioner has to be correct.

#### (b) Discussion and Conclusions

##### Issue No. 1: The proper factors for consideration on an extension of time

[28] In her memorandum of fact and law, counsel for the Commissioner wrote on this point, at paragraph 38:

The Commissioner has adopted a principled approach to the exercise of his discretion on late appeal requests that includes an assessment of the information available to him in the context of the factors identified in *Canada (Minister of Human*

des parties à l'appel et le souci de ne pas imposer à l'une ou l'autre de ces dernières des obligations procédurales inappropriées. [Non souligné dans l'original.]

### Analyse

#### a) La norme de contrôle

[26] Les questions qui sont en litige dans le présent contrôle judiciaire s'articulent autour de points de droit, et non de points de fait. Comme je l'ai indiqué plus tôt, il s'agit de savoir : si le commissaire a tenu compte des facteurs appropriés dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de proroger le délai prescrit pour interjeter appel auprès du tribunal de révision; si — et dans quelle mesure — le commissaire est tenu de fournir des motifs écrits en vue de proroger le délai prescrit pour interjeter appel auprès du tribunal de révision; et si la décision du commissaire représente une contestation incidente du refus, par le ministre, de la seconde demande de prestations d'invalidité de M. Pentney.

[27] Ce sont là des points de droit pour lesquels la Cour n'a pas à faire montre de déférence à l'endroit du commissaire; l'expertise de ce dernier n'est pas en cause. La Cour ne traite pas du bien-fondé de sa décision, mais du fait de savoir s'il a exercé son pouvoir discrétionnaire en tenant compte de facteurs pertinents. L'analyse fonctionnelle et pragmatique indique que la norme de contrôle applicable est la décision correcte. C'est ce que soutient le ministre, et le commissaire n'est pas en désaccord avec lui. Je suis du même avis. Le commissaire doit avoir raison.

#### b) Analyse et conclusions

##### La question en litige n°1 : Les facteurs dont il faut tenir compte au sujet d'une prorogation de délai

[28] Dans son mémoire des faits et du droit, l'avocate du commissaire a écrit sur ce point, au paragraphe 38 :

[TRADUCTION] Le commissaire a adopté, à l'égard de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire sur les demandes d'appel tardif, une méthode d'analyse raisonnée qui inclut une évaluation des renseignements dont il dispose dans le contexte des facteurs



*Resources Development) v. Gattellaro*, 2005 FC 883. However, the application of the factors contained in *Gattellaro* must be informed by contextual factors relevant to the Review Tribunal level of appeal. [Emphasis mine.]

[29] She observed *Gattellaro*, above, concerned an extension of time to file a notice of leave to appeal to the PAB and states there are “notable differences between appeals to the Review Tribunal and appeals to the PAB, both procedurally and substantively” making the following points:

- There is a right to appeal to the Review Tribunal whereas, to appeal to the PAB, leave to appeal must be granted by a member of the PAB, normally a superior court judge.

- There is a marked difference in the rules of procedure governing these two bodies. Unlike the PAB, hearings before the Review Tribunal are informal and held in private at a location convenient to the parties.

- Unlike the PAB, the Review Tribunal does not have elaborate rules of procedure for notices of motion, consolidation and joinder, discovery of documents, subpoenas or evidence. Informality and convenience are the hallmarks of Review Tribunal procedure [*Review Tribunal Rules of Procedure*, SOR/92-19].

- The PAB rules of procedure [*Pension Appeals Board Rules of Procedure (Benefits)*, C.R.C., c. 390] specify the information which must be provided in support of an application for an extension of time including the Review Tribunal file, decision and reasons for decision. The Review Tribunal rules of procedure do not speak to such requirements.

- In 2004-2005 and 2005-2006 the PAB’s workload was 24.6% and 15.5% of that of the Review Tribunal.

relevés dans *Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) c. Gattellaro*, 2005 CF 883. Cependant, l’application des facteurs contenus dans cette décision doit être éclairée par les facteurs contextuels qui concernent le palier d’appel du tribunal de révision. [Non souligné dans l’original.]

[29] L’avocate a fait remarquer que la décision *Gattellaro*, précitée, avait trait à une prorogation du délai prescrit pour déposer un avis d’autorisation d’interjeter appel devant la CAP et, a-t-elle indiqué en faisant état des points suivants, qu’il y a [TRADUCTION] « des différences notables entre les appels interjetés devant le tribunal de révision et ceux qui le sont devant la CAP, tant sur le plan procédural que sur le plan du fond » :

- Il existe un droit d’interjeter appel auprès du tribunal de révision, alors que, pour faire appel auprès de la CAP, il faut qu’un membre de cette dernière — habituellement un juge d’une cour supérieure — donne l’autorisation de le faire.

- Il y a une différence marquée entre les règles de procédure qui régissent ces deux organismes; contrairement aux audiences de la CAP, les audiences tenues par le tribunal de révision sont informelles et tenues en privé à un endroit qui convient aux parties.

- Contrairement à la CAP, le tribunal de révision ne dispose pas de règles de procédure complexes pour ce qui est des avis de requête, des réunions et jonctions, de la communication de documents, des assignations à témoigner ou des preuves; le caractère informel et la commodité sont les caractéristiques marquantes de la procédure du tribunal de révision [*Règles de procédure des tribunaux de révision*, DORS/92-19].

- Les règles de procédure de la CAP [*Règles de procédure de la Commission d’appel des pensions (prestations)*, C.R.C., ch. 390] précisent les renseignements qu’il est nécessaire de fournir au soutien d’une demande de prorogation de délai, dont le dossier du tribunal de révision, la décision rendue, ainsi que les motifs de cette dernière; les règles de procédure du tribunal de révision ne prévoient pas de telles exigences.

- En 2004-2005 et en 2005-2006, la charge de travail de la CAP représentait 24,6 p. 100 et 15,5 p. 100, respectivement, de celle du tribunal de révision.

• The Review Tribunal is the first tribunal dealing with appellants. The PAB hears appeals from decisions of the Review Tribunal. Individuals are in different circumstances when before these two bodies.

[30] As noted, in addition to the *Gattellaro* factors, the Commissioner, when deciding to extend time, says he looks at factors specific to the Review Tribunal context. These additional factors are set out in paragraph 22 of these reasons.

[31] Reference has already been made to the Federal Court of Appeal's recent decision in *Hogervorst*, above, in connection with the collateral attack issue. Justice Létourneau who wrote the reasons for the Federal Court of Appeal in that case touched upon the proper principles to be applied on a motion to extend time. He wrote the following, at paragraphs 32 and 33 of that case:

There is no dispute as to what the correct legal test is on a motion for an extension of time to file an application for leave to appeal: see *Marshall v. Canada*, 2002 FCA 172; *Neis v. Baksa*, 2002 FCA 230. What is required is that

- a) there was and is a continuing intention on the part of the party presenting the motion to pursue the appeal;
- b) the subject matter of the appeal discloses an arguable case;
- c) there is a reasonable explanation for the defaulting party's delay; and
- d) there is no prejudice to the other party in allowing the extension.

This test is not in contradiction with the statement of this Court made more than twenty (20) years ago in *Grewal v. Canada (Min. of Employment and Immigration)*, [1985] 2 F.C. 263 that the underlying consideration in an application to extend time is to ensure that justice is done between the parties. The above stated four-pronged test is a means of ensuring the fulfillment of the underlying consideration. It ensues that an extension of time can still be granted even if one of the criteria is not satisfied: see *Grewal v. Canada*, *supra*, at pages 278-279.

• Le tribunal de révision est le premier tribunal auquel les appelants ont affaire; la CAP entend les appels des décisions que rend le tribunal de révision; lorsqu'elles comparaissent devant ces deux organismes, les personnes se trouvent dans des situations différentes.

[30] Comme je l'ai indiqué plus tôt, le commissaire dit que, lorsqu'il décide de proroger un délai, il examine, en plus des facteurs énoncés dans la décision *Gattellaro*, des facteurs qui sont propres au contexte du tribunal de révision. Ces facteurs additionnels sont exposés au paragraphe 22 des présents motifs.

[31] J'ai déjà mentionné la décision que la Cour d'appel fédérale a récemment rendue dans l'affaire *Hogervorst*, précitée, en ce qui concerne la question de la contestation incidente. Le juge Létourneau, qui a rédigé les motifs pour la Cour d'appel fédérale dans cette affaire, a traité des principes qu'il convient d'appliquer à l'égard d'une requête en prorogation de délai. Voici ce qu'il a écrit aux paragraphes 32 et 33 de cet arrêt :

Il n'y a aucun débat quant au critère juridique qui s'applique à une requête visant une prorogation de délai pour la présentation d'une demande d'autorisation d'appel; voir *Marshall c. Canada*, 2002 CAF 172; *Neis c. Baksa*, 2002 CAF 230. Ce qu'il faut, c'est :

- a) qu'il y ait eu et qu'il y ait une intention constante de la part de la partie qui présente la requête de poursuivre l'appel;
- b) que les moyens d'appel révèlent une cause défendable;
- c) qu'il y ait une explication raisonnable pour le retard de la partie défaillante;
- d) que la prorogation de délai ne cause aucun préjudice à l'autre partie.

Ce critère ne va pas à l'encontre de la déclaration formulée par la Cour il y a plus de vingt (20) ans dans l'arrêt *Grewal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1985] 2 C.F. 263, selon laquelle l'aspect fondamental à prendre en considération dans une demande de prorogation de délai consiste à s'assurer que justice est faite entre les parties. Le critère à quatre volets susmentionné sert d'appui à l'application de cet aspect fondamental. Il s'ensuit qu'une prorogation de délai peut être accordée même si l'un des volets du critère n'est pas respecté ; voir *Grewal c. Canada*, précité, aux pages 278 et 279.

[32] It is interesting to note that Justice Snider in setting out the four-part test also referred to *Grewal* [*Grewal v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 2 F.C. 263 (C.A.)], and *Baksa* [*Baksa v. Neis (c.o.b. Brookside Transport)*, 2002 FCA 230], which had been relied upon by the Minister. Justice Snider was of the view that those cases were equally applicable to the decision under review before her which concerned a decision by a member of the PAB to grant the respondent an extension of time and leave to appeal from a decision of the Review Tribunal.

[33] The *Grewal* case concerned an application to extend time to commence a judicial review proceeding from a decision of an administrative tribunal (the Immigration Appeal Board). The *Baksa* case involved an application to extend time to commence a judicial review proceeding from a labour adjudicator's decision. The *Marshall* case [*Marshall v. Canada* (2000), 289 N.R. 187 (F.C.A.)] concerned a different issue, namely, an extension of time to file a memorandum of fact and law.

[34] The message I take from Justice Létourneau's decision in *Hogervorst* is that the test in *Grewal* is a flexible one which must be geared to ensure that justice is done between the parties.

[35] This flexibility includes assigning an appropriate weight to each factor depending upon the circumstances, the granting of leave even though one of the four standard criteria are not present and the requirement of a fifth factor that is the facts of the particular case. Chief Justice Thurlow, in *Grewal*, above, cautioned it would be wrong to lay down the rules which fetter a discretionary power which Parliament has not fettered.

[36] In the case of *Metlakatla Indian Band v. Canada (Attorney General)* (2007), 65 Admin. L.R. (4th) 152 (F.C.), I had an opportunity to review the recent jurisprudence of the Federal Court of Appeal on the

[32] Il est intéressant de noter que la juge Snider, en énonçant le critère en quatre volets, a fait elle aussi référence aux arrêts *Grewal* [*Grewal c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 2 C.F. 263 (C.A.)] et *Baksa* [*Baksa c. Neis (f.a.s. Brookside Transport)*, 2002 CAF 230], sur lesquels le ministre s'était fondé. La juge Snider a exprimé l'avis que ces arrêts s'appliquaient eux aussi à la décision qu'elle soumettait à un contrôle judiciaire, laquelle avait trait à la décision d'un membre de la CAP d'accorder à l'intimée une prorogation de délai et l'autorisation de porter en appel une décision du tribunal de révision.

[33] Dans l'affaire *Grewal*, il était question d'une demande de prorogation du délai prévu pour engager une procédure de contrôle judiciaire à l'égard d'une décision d'un tribunal administratif (la Commission d'appel de l'immigration). L'affaire *Baksa* concernait une demande de prorogation du délai prévu pour introduire une procédure de contrôle judiciaire visant une décision d'un arbitre du travail. L'affaire *Marshall* [*Marshall c. Canada*, 2002 CAF 172] portait sur un point différent, soit une prorogation du délai prévu pour déposer un mémoire des faits et du droit.

[34] Le message que je tire de la décision du juge Létourneau dans l'affaire *Hogervorst* est que le critère énoncé dans l'arrêt *Grewal* est un élément souple qu'il faut appliquer de manière à ce que justice soit rendue entre les parties.

[35] Cette souplesse comprend le fait d'attribuer un poids approprié à chacun des facteurs, suivant les circonstances, l'octroi de l'autorisation, et ce, même si l'un des quatre critères ordinaires n'est pas présent et la nécessité de satisfaire un cinquième facteur, celui des faits de l'espèce. Dans l'arrêt *Grewal*, précité, le juge en chef Thurlow a prévenu qu'il serait erroné d'établir des règles qui auraient pour effet de restreindre un pouvoir discrétionnaire que le législateur n'a pas jugé bon de restreindre.

[36] Dans l'affaire *Bande indienne Metlakatla c. Canada (Procureur général)*, 2007 CF 553, j'ai eu l'occasion de passer en revue la jurisprudence récente de la Cour d'appel fédérale à propos des principes entourant

proper principles surrounding applications for extension of time to commence judicial review proceedings in this Court.

[37] I wrote the following at paragraphs 33 and 34 of that decision:

To grant or refuse a request for an extension of time to launch a judicial review application is a matter of discretion which must be exercised on proper principles. Those principles are well known with the Federal Court of Appeal's decision in *Grewal v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* [1985] 2 F.C. 263, being the seminal case.

From *Grewal*, above, and other decisions of the Federal Court of Appeal, the task at hand is as follows:

– A number of considerations or factors must be taken into account in the exercise of the discretion;

– These factors include: (1) a continuing intention to bring the application, (2) any prejudice to the parties opposite, (3) a reasonable explanation for the delay, (4) whether the application has merit i.e., discloses an arguable case (hereinafter the four-prong test) and (5) all other relevant factors particular to the case [emphasis mine], see *James Richardson International Ltd. v. Canada* [2006] FCA 180 at paragraphs 33 to 35;

– As explained in *Jakutavicius v. Canada (Attorney General)* [2004] FCA 289, these factors or consideration are not rules that fetter the discretionary power of the Court. Once the relevant consideration or factors are selected, sufficient weight must be given to each of those factors or considerations;

– The weight to be given to each of the factors or considerations will vary with the circumstance of each case (*Stanfield v. Canada*, 2005 FCA 107);

– The underlying consideration in an application to extend time is to ensure that justice is done between the parties. The usual consideration in the standard four-prong test of continuing intention, an arguable case, a reasonable explanation for the delay and prejudice to another party is a means of ensuring the fulfilment of the underlying consideration of ensuring that justice is done between the parties. An extension of time can be granted even if one of the standard criteria is not satisfied (*Minister of Human Resources Development v. Hogervorst*, 2007 FCA 41; and

les demandes de prorogation du délai prévu pour introduire une procédure de contrôle judiciaire devant la Cour.

[37] Aux paragraphes 33 et 34 de cette décision, j'ai écrit ce qui suit :

Accorder ou rejeter une demande de prorogation du délai prévu pour l'introduction d'une procédure de contrôle judiciaire relève d'un pouvoir discrétionnaire qui doit être exercé d'après les principes applicables. Ces principes sont bien établis depuis un arrêt de la Cour d'appel fédérale, *Grewal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1985] 2 C.F. 263, qui fait aujourd'hui jurisprudence.

D'après l'arrêt *Grewal* ainsi que d'autres arrêts de la Cour d'appel fédérale, la tâche à accomplir est la suivante :

– plusieurs facteurs ou considérations doivent être pris en compte dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire;

– ces facteurs sont les suivants : (1) l'intention constante de déposer la demande, (2) l'absence de préjudice pour la partie adverse, (3) le motif du délai, (4) le bien-fondé de la demande, à savoir si elle repose sur des arguments défendables (ci-après le critère en quatre volets), et (5) tous les autres facteurs pertinents propres à l'affaire [c'est moi qui souligne], voir l'arrêt *James Richardson International Ltd. c. Canada* [2006] A.C.F. 180, paragraphes 33 à 35;

– ainsi que l'expliquait la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Jakutavicius c. Canada (Procureur général)*, [2004] A.C.F. 289, ces facteurs ou considérations ne sont pas des règles qui entravent le pouvoir discrétionnaire de la Cour. Après que sont choisis les facteurs ou considérations à retenir, un poids suffisant doit être accordé à chacun d'eux;

– le poids à accorder à chacun des facteurs ou considérations variera selon chaque cas d'espèce (*Stanfield c. Canada*, 2005 CAF 107);

– le principal facteur à prendre en compte dans une demande de prorogation de délai est la nécessité de faire en sorte que justice soit rendue entre les parties. La prise en compte des facteurs accessoires compris dans le critère en quatre volets, à savoir l'intention constante de déposer la demande, l'existence d'arguments défendables, motif du délai et l'absence de préjudice pour la partie adverse, constitue un moyen de garantir l'accomplissement du critère principal, celui de faire en sorte que justice soit rendue entre les parties. Une prorogation de délai peut être accordée même si l'un des facteurs accessoires n'est pas respecté (*Ministre du Développement des ressources humaines c. Hogervorst*, 2007 CAF 41); et

– The factors in the test are not conjunctive (*Grewal*, above, at pages 11 and 13).

[38] Counsel for the Attorney General argues the Commissioner had to take into account the principled approach set out in *Gattellaro*, above, which involves a consideration of the standard four-part test of: (1) a continuing intention to bring the Court proceeding; (2) any prejudice to the parties opposite; (3) a reasonable explanation for the delay; and (4) whether the application has merit.

[39] Counsel for the Attorney General suggests the four-part test contains the exclusive factors to be considered and all four factors must be met, i.e. they are conjunctive.

[40] I find the Attorney General's argument reflects an inflexibility which the recent jurisprudence has discarded in the interest of justice. Clearly, the Federal Court of Appeal's jurisprudence indicates that the standard four-prong test is not exclusive. A decision maker on an application for an extension of time must consider all other factors relevant to a particular case and assign appropriate weight to each. This suggests a contextualized approach to such an application. Moreover, as noted, the weight to be accorded to each factor will vary in the circumstances. My appreciation of the Commissioner's affidavit is that he has embraced, as his counsel did before me, the flexible and contextual approach espoused by the Federal Court of Appeal as applied to the particular circumstances of appeals to the Review Tribunal as contrasted to those, in the different context of the PAB, which is the final internal review process in disability claims.

[41] I conclude on this point by finding that the standard four-part test stated in *Gattellaro*, above, albeit concerned with an extension of time to obtain leave to appeal to the PAB, is an equally relevant but not exclusive consideration which must be taken into account when the Commissioner decides on an application to extend time to appeal to the Review Tribunal a reconsideration

– les facteurs compris dans le critère ne sont pas conjonctifs (arrêt *Grewal*, précité, pages 11 et 13).

[38] L'avocate du procureur général fait valoir que le commissaire devait tenir compte de la méthode d'analyse raisonnée qui est exposée dans la décision *Gattellaro*, précitée, laquelle méthode consiste à prendre en considération le critère en quatre volets habituel suivant : 1) l'intention persistante d'engager la procédure devant la Cour; 2) l'absence de préjudice pour les autres parties; 3) une explication raisonnable pour le retard; et 4) si la demande est fondée.

[39] Au dire de l'avocate du procureur général, le critère en quatre volets contient les facteurs exclusifs dont il faut tenir compte et il est obligatoire d'y satisfaire; ils sont donc conjonctifs.

[40] À mon avis, l'argument du procureur général traduit un manque de souplesse que la jurisprudence récente a écarté dans l'intérêt de la justice. À l'évidence, il ressort de la jurisprudence de la Cour d'appel fédérale que le critère en quatre volets habituel n'est pas exclusif. Le décideur saisi d'une demande de prorogation de délai doit prendre en considération tous les autres facteurs qui s'appliquent à un cas particulier et attribuer à chacun le poids qui convient. Cela dénote une approche contextualisée à l'égard d'une telle demande. Par ailleurs, comme je l'ai indiqué plus tôt, le poids à accorder à chaque facteur variera suivant les circonstances. Selon moi, dans son affidavit, le commissaire a souscrit, comme son avocate devant moi, à l'approche souple et contextuelle que la Cour d'appel fédérale a adoptée à l'égard des circonstances particulières des appels interjetés devant le tribunal de révision, par contraste avec les appels interjetés dans le contexte différent de la CAP, qui représente le dernier processus d'examen interne d'une demande de prestations d'invalidité.

[41] En terminant sur ce point, je conclus que le critère en quatre volets habituel qui est énoncé dans la décision *Gattellaro*, précitée, même s'il se rapporte à une prorogation du délai prescrit pour obtenir l'autorisation d'interjeter appel devant la CAP, est un facteur tout aussi pertinent mais non exclusif dont il faut tenir compte lorsque le commissaire se prononce sur une demande de prorogation du délai prévu pour porter en appel, devant

decision by the Minister denying disability benefits under the CPP or the *Old Age Security Act*.

[42] As I see it, the essence of the jurisprudence is that the standard four-part test is relevant to all instances in which an extension of time to commence a proceeding is at stake whether it be the commencement of a proceeding in this Court or before an administrative tribunal. As I see it, the distinguishing factors advanced by counsel for the Commissioner as between the Review Tribunal and the PAB are not sufficient to lead me to conclude that the standard four-part test is not appropriate to the Commissioner's extension of time decisions on late appeals.

[43] The differentiating factors mentioned by the Commissioner and his counsel can be accommodated by the Commissioner in the weight to be assigned to each element of the standard four-part test with an arguable case and prejudice to the other side being the major elements as well as taking into account factors relevant to the particular case.

[44] In this context, the Commissioner enumerated additional considerations or additional factors which are specific to the Review Tribunal process. I agree with counsel for the Attorney General that these factors are too general and not sufficiently individualized to qualify as stand-alone factors which could be invoked on their own by the Commissioner to justify the grant of leave.

[45] This is not to say that, in a particular case, depending upon the evidence before the Commissioner, one or more of them may not be of some relevance. Whether they are will depend upon the facts of a particular case. This is where the residual factor mentioned in *Grewal*, above, comes into play. The point is that if the Commissioner is to take into account any additional factors, he must say so.

[46] Finally, counsel for the Attorney General argued that while the Commissioner stated in his affidavit that

le tribunal de révision, une décision de reconsidération par laquelle le ministre a refusé d'octroyer des prestations d'invalidité sous le régime du RPC ou de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*.

[42] Selon moi, la jurisprudence indique essentiellement que le critère en quatre volets habituel s'applique à toutes les situations dans lesquelles entre en jeu une prorogation du délai prévu pour engager une procédure, qu'il soit question de l'introduction d'une procédure devant la Cour ou devant un tribunal administratif. À mon avis, les facteurs de distinction entre le tribunal de révision et la CAP que l'avocate du commissaire a invoqués ne sont pas suffisants pour m'amener à conclure que le critère en quatre volets habituel ne s'applique pas aux décisions en matière de prorogation du délai que prend le commissaire dans le cas d'un appel tardif.

[43] Les facteurs de différenciation qu'ont mentionnés le commissaire et son avocate peuvent être pris en compte par le commissaire dans l'examen du poids à attribuer à chaque élément du critère en quatre volets habituel, le volet de la cause défendable et celui du préjudice causé à l'autre partie étant les éléments principaux, de même que le fait de tenir compte des facteurs relatifs à l'affaire en question.

[44] Dans ce contexte, le commissaire a énuméré d'autres éléments ou d'autres facteurs propres au processus que suit le tribunal de révision. Je suis d'accord avec l'avocate du procureur général que ces facteurs sont trop généraux et insuffisamment individualisés pour être considérés comme des facteurs indépendants que le commissaire pourrait invoquer séparément pour justifier d'accorder l'autorisation demandée.

[45] Cela ne veut pas dire que, dans une affaire particulière, suivant la preuve soumise au commissaire, l'un ou plusieurs de ces facteurs n'ont peut-être pas une certaine pertinence. Cela dépendra des faits de l'affaire en question. C'est là qu'intervient le facteur résiduel mentionné dans l'arrêt *Grewal*, précité. Il reste que, si le commissaire tient compte de facteurs additionnels, il doit le dire.

[46] Enfin, l'avocate du procureur général a soutenu que, même si le commissaire a déclaré dans son affidavit

he applied the *Gattellaro* test, there is no evidence in the record that he did. This argument will be considered in the context of the next issue.

[47] On the basis of the above, this Court's intervention is not warranted in connection with issue No. 1.

Issue No. 2: The duty to provide reasons which are adequate

[48] Counsel for the Minister argues the Commissioner breached the duty of fairness by providing no reasons for his decision to extend time. While it is true that when he wrote to the Minister on March 13, 2006 to inform him of his decision to extend time, the Commissioner did not provide the Minister with the reasons why he was extending time, the record shows that on March 7, 2006, Mr. Iannitti had recommended to him in writing he should extend time for three reasons which have previously been described in these reasons. The record shows that the Commissioner accepted that recommendation on March 10, 2006.

[49] Counsel for the Commissioner argued the Commissioner, being an administrative tribunal making a preliminary decision which did not decide the merits of Mr. Pentney's case, should not be burdened with the requirement to provide reasons for decision, relying on Justice Ross' decision in *West Fraser Timber Co. (c.o.b. Eurocan Pulp & Paper Co.) v. Thomson* (2001), 38 Admin. L.R. (3d) 178 (B.C.S.C.) sustained in the British Columbia Court of Appeal reported at (2002), 45 Admin. L.R. (3d) 318.

[50] Counsel for the Commissioner also refers to the Supreme Court of Canada's decision in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paragraphs 35 through 44 where Justice L'Heureux-Dubé (on behalf of the Supreme Court of Canada), discussed the requirements emphasizing that at paragraph 43 where she wrote:

In my opinion, it is now appropriate to recognize that, in certain circumstances, the duty of procedural fairness will require the provision of a written explanation for a decision.

avoir appliqué le critère énoncé dans la décision *Gattellaro*, rien dans le dossier ne prouve qu'il l'a fait. Nous examinerons cet argument dans le contexte de la question suivante.

[47] Au vu de ce qui précède, il n'est pas justifié que la Cour intervienne en ce qui concerne la question en litige n° 1.

La question en litige n°2 : l'obligation de fournir des motifs adéquats

[48] L'avocate du ministre soutient que le commissaire a manqué à l'obligation d'équité en ne motivant pas sa décision de proroger le délai. Bien qu'il soit vrai que, lorsqu'il a écrit au ministre le 13 mars 2006 pour l'informer de sa décision de proroger le délai, le commissaire ne lui a pas indiqué pourquoi il le faisait, le dossier indique que, le 7 mars 2006, M. Iannitti lui avait recommandé par écrit de proroger le délai pour trois raisons, qui sont décrites plus tôt dans les présents motifs. Il ressort du dossier que le commissaire a souscrit à cette recommandation le 10 mars 2006.

[49] L'avocate du commissaire a fait valoir que son client — un tribunal administratif ayant pris une décision préliminaire ne statuant pas sur le bien-fondé de la cause de M. Pentney — ne devrait pas avoir à supporter le fardeau d'être tenu de motiver sa décision, se fondant à cet égard sur la décision du juge Ross dans l'affaire *West Fraser Timber Co. (c.o.b. Eurocan Pulp & Paper Co.) v. Thomson* (2001), 38 Admin. L.R. (3d) 178 (C.S. C.-B.), confirmée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2002), 45 Admin. L.R. (3d) 318.

[50] L'avocate du commissaire se reporte également à l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, aux paragraphes 35 à 44, où la juge L'Heureux-Dubé (s'exprimant au nom de la Cour suprême du Canada), a analysé les exigences à remplir à cet égard, au paragraphe 43 :

À mon avis, il est maintenant approprié de reconnaître que, dans certaines circonstances, l'obligation d'équité procédurale requerra une explication écrite de la décision. Les solides

The strong arguments demonstrating the advantages of written reasons suggest that, in cases such as this where the decision has important significance for the individual, when there is a statutory right of appeal, or in other circumstances, some form of reasons should be required. This requirement has been developing in the common law elsewhere. The circumstances of the case at bar, in my opinion, constitute one of the situations where reasons are necessary. The profound importance of an H & C decision to those affected, as with those at issue in *Orlowski, Cunningham, and Doody*, militates in favour of a requirement that reasons be provided. It would be unfair for a person subject to a decision such as this one which is so critical to their future not to be told why the result was reached. [Emphasis mine.]

[51] What Justice L'Heureux-Dubé wrote in the foregoing paragraph militates in favour of the argument that the Minister should know why the Commissioner extended time and, on the other hand, why an applicant requesting an extension of time was refused that extension. In either case, they should be told why the result was reached.

[52] I conclude the Commissioner had an obligation to provide reasons for extending the time to appeal to the Review Tribunal, a decision rendered in May 2003. The length of time, in itself, calls for an explanation why an extension of time was granted in the circumstances of this case. *Hogervorst* is authority for this proposition (see paragraphs 30 and 31). I cite other relevant authority in favour of reasons in the context of the CPP.

[53] Justice Dawson in *Roy*, above, again dealing with a situation where an extension of time had been granted to the PAB at paragraph 13 of her decision held that while there is no statutory requirement to provide reasons “where a full discretionary power has been conferred upon a judicial officer, and where there is nothing on the face of the record that suggests the judicial exercise of the discretion, it is incumbent upon the judicial officer to support the exercise of discretion with reasons.”

[54] Moreover, as stated by Justice Snider in *Gattellaro* [at paragraph 10], above, where an extension of time is made *ex parte* without submission from the Minister “it seems even more critical in the interests of justice, that

arguments démontrant les avantages de motifs écrits indiquent que, dans des cas comme en l'espèce où la décision revêt une grande importance pour l'individu, dans des cas où il existe un droit d'appel prévu par la loi, ou dans d'autres circonstances, une forme quelconque de motifs écrits est requise. Cette exigence est apparue dans la common law ailleurs. Les circonstances de l'espèce, à mon avis, constituent l'une de ces situations où des motifs écrits sont nécessaires. L'importance cruciale d'une décision d'ordre humanitaire pour les personnes visées, comme celles dont il est question dans les arrêts *Orlowski, Cunningham et Doody*, milite en faveur de l'obligation de donner des motifs. Il serait injuste à l'égard d'une personne visée par une telle décision, si essentielle pour son avenir, de ne pas lui expliquer pourquoi elle a été prise. [Non souligné dans l'original.]

[51] Ce que dit la juge L'Heureux-Dubé dans le paragraphe qui précède milite en faveur de l'argument selon lequel le ministre devrait savoir pourquoi le commissaire a prorogé le délai et, par ailleurs, pourquoi une personne qui demande une prorogation de délai se la voit refuser. Dans l'un ou l'autre cas, il faudrait dire pourquoi on est arrivé à ce résultat.

[52] Je conclus que le commissaire était tenu de motiver la décision de proroger le délai prévu pour interjeter appel auprès du tribunal de révision d'une décision rendue en mai 2003. Le temps écoulé exige en lui-même qu'il soit expliqué pourquoi une prorogation a été accordée dans les circonstances de l'espèce. L'arrêt *Hogervorst* étaye cette thèse (voir les paragraphes 30 et 31). Je cite d'autres décisions jurisprudentielles pertinentes en faveur de la fourniture de motifs dans le contexte du RPC.

[53] Dans la décision *Roy*, précitée, où il était également question d'une situation dans laquelle une prorogation de délai avait été accordée à la CAP, la juge Dawson, au paragraphe 13 de sa décision, a statué que, même si la loi n'exige pas de fournir des motifs « lorsqu'un plein pouvoir discrétionnaire a été conféré à un officier de justice, et que rien dans le dossier n'indique l'exercice judiciaire du pouvoir discrétionnaire, il incombe à l'officier de justice de motiver l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire ».

[54] En outre, comme l'a déclaré la juge Snider dans la décision *Gattellaro* [au paragraphe 10], précitée, lorsque la décision de proroger le délai a été prise *ex parte* sans observations du ministre, « il est indispensable dans



the record demonstrates clearly that all of these factors have been addressed by the decision maker.”

[55] In the circumstances of this case, I am satisfied that the Commissioner gave reasons for decision. Whether those reasons are adequate is a separate question.

[56] The record before me, on this point, is similar to the one endorsed in *Baker*, above. In this case, the reasons are found in Mr. Iannitti’s written reasons for recommending to the Commissioner he extend time. In *Baker*, above, Justice L’Heureux-Dubé held the reasons requirement was fulfilled in the notes of the immigration officer. She stated, at paragraph 44: “Accepting documents, such as these notes as sufficient reasons is part of the flexibility that is necessary . . . when courts evaluate the requirements of the duty of fairness with recognition of the day-to-day realities of administrative agencies and the many ways in which the values underlying the principles of procedural fairness can be assured. It upholds the principle that individuals are entitled to fair procedures and open decision-making, but recognizes that in the administrative context, this transparency may take place in various ways.”

[57] In my view the operational realities of the Office of the Commissioner mandate the approach suggested in *Baker* holding that the recommendations of these officials constitute the Commissioner’s reasons, if accepted. This principle has been recognized in the case of other high-volume decision makers such as the Canadian Human Rights Commission where investigations are numerous, carried out by staff investigators who make recommendations to the Commission whether to dismiss or accept a complaint.

[58] The next question is whether the reasons, as reflected in the record, show that they were adequate.

[59] On this point, Justice Sexton, in *VIA Rail Canada Inc. v. National Transportation Agency*, [2001] 2 F.C. 25 (C.A.), at paragraphs 21 and 22 wrote:

l’intérêt de la justice que le dossier révèle clairement que tous ces facteurs ont été examinés par le décideur ».

[55] Dans les circonstances de l’espèce, je suis persuadé que le commissaire a motivé sa décision. Quant à la question de savoir si les motifs en question sont adéquats, c’est une autre affaire.

[56] Sur ce point, le dossier dont je suis saisi est semblable à celui auquel il a été souscrit dans l’arrêt *Baker*, précité. Dans la présente espèce, les motifs figurent dans les raisons écrites pour lesquelles M. Iannitti a recommandé au commissaire de proroger le délai. Dans *Baker*, précité, la juge L’Heureux-Dubé a décrété que les notes de l’agent d’immigration satisfaisaient à l’exigence des motifs à fournir. Comme elle l’a déclaré, au paragraphe 44 : « L’admission de documents tels que ces notes comme motifs de la décision fait partie de la souplesse nécessaire [...] quand des tribunaux évaluent les exigences de l’obligation d’équité tout en tenant compte de la réalité quotidienne des organismes administratifs et des nombreuses façons d’assurer le respect des valeurs qui fondent les principes de l’équité procédurale. Cela confirme le principe selon lequel les individus ont droit à une procédure équitable et à la transparence de la prise de décision, mais reconnaît aussi qu’en matière administrative, cette transparence peut être atteinte de différentes façons. »

[57] À mon avis, les réalités pratiques du Bureau du commissaire obligent à recourir à la démarche suggérée dans l’arrêt *Baker*, c’est-à-dire que les recommandations de ces agents constituent les motifs du commissaire, si elles sont retenues. Ce principe a été reconnu dans le cas d’autres décideurs à grand volume tels que la Commission canadienne des droits de la personne, où les enquêtes sont nombreuses et menées par des enquêteurs internes qui recommandent à la Commission de rejeter ou de retenir une plainte.

[58] La question suivante consiste à savoir si les motifs, tels qu’indiqués dans le dossier, étaient adéquats.

[59] Sur ce point, le juge Sexton a écrit ce qui suit dans la décision *VIA Rail Canada Inc. c. Office national des transports*, [2001] 2 C.F. 25 (C.A.), aux paragraphes 21 et 22 :

The duty to give reasons is only fulfilled if the reasons provided are adequate. What constitutes adequate reasons is a matter to be determined in light of the particular circumstances of each case. However, as a general rule, adequate reasons are those that serve the functions for which the duty to provide them was imposed. In the words of my learned colleague Evans J.A., “[a]ny attempt to formulate a standard of adequacy that must be met before a tribunal can be said to have discharged its duty to give reasons must ultimately reflect the purposes served by a duty to give reasons.”

The obligation to provide adequate reasons is not satisfied by merely reciting the submissions and evidence of the parties and stating a conclusion. Rather, the decision maker must set out its findings of fact and the principal evidence upon which those findings were based. The reasons must address the major points in issue. The reasoning process followed by the decision maker must be set out and must reflect consideration of the main relevant factors. [Endnotes omitted.]

[60] In the case at hand, the purpose for requiring reasons which are adequate is in order to assess whether the Commissioner had regard to all relevant considerations when deciding to extend the time. This issue, in this case, is to be examined by reference to the recommendations made by Mr. Iannitti supplemented by reference to any relevant documentation in the record which would shed light on the consideration of those relevant factors.

[61] On the face of the record, Mr. Iannitti’s written recommendations do not evidence a consideration of all of the relevant factors which must be considered and weighed for the granting of an extension of time by the Commissioner. Moreover, a review of the documentary record, such as Mr. Pentney’s request for an extension of time, show, from an evidentiary point of view, that documentation does not support a consideration of all relevant factors.

[62] This is so with respect to Mr. Pentney’s continuing intention to appeal the Minister’s decision where a contrary intention is expressed he had opted for payments from GWL and, if they had continued, would not have applied to the CPP. A reasonable explanation for the delay suffers from the same infirmities.

L’obligation de motiver une décision n’est remplie que lorsque les motifs fournis sont suffisants. Ce qui constitue des motifs suffisants est une question qui doit être tranchée en fonction des circonstances de chaque espèce. Toutefois, en règle générale, des motifs sont suffisants lorsqu’ils remplissent les fonctions pour lesquelles l’obligation de motiver a été imposée. Pour reprendre les termes utilisés par mon collègue le juge d’appel Evans [TRADUCTION]: « [t]oute tentative pour formuler une norme permettant d’établir le caractère suffisant auquel doit satisfaire un tribunal afin de s’acquitter de son obligation de motiver sa décision doit en fin de compte traduire les fins visées par l’obligation de motiver la décision ».

On ne s’acquitte pas de l’obligation de donner des motifs suffisants en énonçant simplement les observations et les éléments de preuve présentés par les parties, puis en formulant une conclusion. Le décideur doit plutôt exposer ses conclusions de fait et les principaux éléments de preuve sur lesquels reposent ses conclusions. Les motifs doivent traiter des principaux points en litige. Il faut y retrouver le raisonnement suivi par le décideur et l’examen des facteurs pertinents. [Notes en bas de page omises.]

[60] Dans la présente affaire, la raison pour laquelle il est nécessaire de fournir des motifs suffisants est d’évaluer si le commissaire a tenu compte de tous les facteurs pertinents au moment de décider de proroger le délai. Cette question, en l’espèce, doit être examinée en se reportant aux recommandations de M. Iannitti, ainsi qu’à n’importe quel document pertinent contenu dans le dossier qui jetterait un peu de lumière sur la prise en considération de ces facteurs pertinents.

[61] Au vu du dossier, les recommandations écrites de M. Iannitti ne montrent pas que l’on a tenu compte de la totalité des facteurs pertinents qui doivent être pris en compte et soupesés pour que le commissaire accorde une prorogation de délai. Par ailleurs, un examen des éléments du dossier documentaire, comme la demande de prorogation de délai de M. Pentney, montre, du point de vue de la preuve, que ces documents n’établissent pas que l’on a tenu compte de la totalité des facteurs pertinents.

[62] C’est le cas pour ce qui est de l’intention persistante de M. Pentney de porter en appel la décision du ministre, face à l’expression d’une intention contraire M. Pentney avait décidé de recevoir des paiements de GWL et, si ces derniers s’étaient poursuivis, il n’aurait pas présenté de demande au RPC. Une explication raisonnable pour le retard souffre des mêmes lacunes.

[63] In terms of arguable case and prejudice to the Minister we are left to speculate on what that arguable case or the prejudice may be, albeit, Mr. Pentney states in his request documents that he tried to work and has medical evidence which he did not provide to show that his condition, as at December 31, 2004 (the minimum contributory period), satisfies the test of disability for the purposes of obtaining disability payments under the CPP.

[64] Some of the reasons provided by Mr. Iannitti might qualify as appropriate additional contextual factors in Mr. Pentney's particular case but they are not clearly identified as such in Mr. Iannitti's recommendations nor in the documentary record.

[65] I conclude by finding that the record before me fails to disclose adequate reasons for the grant of an extension of time and this failure warrants this Court's intervention. Based on this record, this Court cannot exercise its supervisory jurisdiction to determine whether the Commissioner properly exercised his discretion to extend time on the basis of Mr. Iannitti's recommendation on the evidentiary record.

Issue No. 3 – Does the extension of time in this case constitute an impermissible collateral attack on a previous final decision of the Minister?

[66] This issue requires a consideration of the Federal Court of Appeal's decision in *Hogervorst*, above.

[67] The relevant facts of that case are:

(1) On June 6, 2005, a member of the PAB extended time and leave to appeal to the PAB a decision of the Review Tribunal rendered seven years earlier on November 4, 1997 (hereinafter referred to as RT-1).

(2) By decision RT-1, the Review Tribunal dismissed the respondent's appeal from the Minister's reconsideration

[63] Pour ce qui est des facteurs de la cause défendable et du préjudice pour le ministre, nous ne pouvons que conjecturer sur ce que cette cause défendable ou ce préjudice pourraient être; toutefois, M. Pentney déclare dans ses documents de demande qu'il a essayé de travailler et qu'il a des preuves médicales qu'il n'a pas fournies pour montrer que son état, en date du 31 décembre 2004 (la période de cotisation minimale) satisfait au critère de l'invalidité aux fins de l'obtention de prestations d'invalidité sous le régime du RPC.

[64] Certaines des raisons que M. Iannitti a données pourraient être considérées comme des facteurs contextuels additionnels dans le cas particulier de M. Pentney, mais ces raisons ne sont pas clairement identifiées en tant que telles, ni dans les recommandations de M. Iannitti, ni dans le dossier documentaire.

[65] Je conclus en disant que le dossier qui m'est soumis ne comporte pas de motifs adéquats pour accorder une prorogation de délai, et cette lacune justifie l'intervention de la Cour. Au vu du dossier, la Cour ne peut exercer sa fonction de surveillance et décider si le commissaire a exercé à bon droit son pouvoir discrétionnaire pour proroger le délai en s'appuyant sur la recommandation de M. Iannitti concernant le dossier de preuve.

La question en litige n°3 : la prorogation de délai constitue-t-elle une contestation incidente inadmissible à l'égard d'une décision définitive antérieure du ministre?

[66] Cette question exige l'examen de la décision que la Cour d'appel fédérale a rendue dans l'affaire *Hogervorst*, précitée.

[67] Les faits pertinents de cette affaire sont les suivants :

1) Le 6 juin 2005, un membre de la CAP a accordé une prorogation de délai et l'autorisation d'interjeter appel auprès de la CAP d'une décision que le tribunal de révision avait rendue sept ans plus tôt, soit le 4 novembre 1997 (décision appelée ci-après « TR-1 »).

2) Par la décision TR-1, le tribunal de révision avait rejeté l'appel de Joy Hogervorst (l'intimée) contre la

decision she was not eligible for disability payments under the CPP. The Review Tribunal informed her she could seek leave to appeal RT-1 within 90 days or such longer period as the Chairman or Vice-Chairman of the PAB might allow. The respondent did not appeal RT-1 which became final and binding under subsection 84(1) of the CPP which provides that a Review Tribunal or the PAB has the authority to determine any questions of fact and law and “the decision of a Review Tribunal, except as provided in this Act, or the decision of the Pension Appeals Board, except for judicial review under the *Federal Courts Act*, as the case may be, is final and binding for all purposes of this Act” [emphasis added] subject to subsection 84(2) which provides that: “[t]he Minister, a Review Tribunal or the Pension Appeals Board may, notwithstanding subsection (1), on new facts, rescind or amend a decision under this Act given by him, the Tribunal or the Board as the case may be” (emphasis mine).

(3) Because RT-1 was final and binding, Joy Hogervorst could be entitled to disability benefits only if she established she became disabled between November 5 and December 31, 1997, the day she last satisfied the contributory requirements.

(4) She made a second application for disability benefits in January 2000. Her application was denied by the Minister initially and upon reconsideration. She appealed to the Review Tribunal which dismissed her appeal on October 1, 2001 (hereinafter RT-2) on the grounds there were no new facts with respect to RT-1 and it was not satisfied that she had a severe and prolonged disability prior to December 31, 1997. RT-2 was not appealed to the PAB and became final and binding.

(5) On November 16, 2001, she made an application pursuant to subsection 84(2) of the CCP to reopen RT-2. Subsection 84(2) authorizes a Review Tribunal to

décision de reconsidération du ministre selon laquelle elle n’avait pas droit à des prestations d’invalidité en vertu du RPC. Le tribunal de révision l’avait informée qu’elle pouvait solliciter l’autorisation de porter en appel la décision TR-1 dans les 90 jours suivants ou dans le délai plus long que le président ou le vice-président de la CAP pouvait autoriser. L’intimée n’a pas interjeté appel de la décision TR-1, laquelle est devenue définitive et obligatoire aux termes du paragraphe 84(1) du RPC; selon cette disposition, un tribunal de révision ou la CAP a autorité pour décider des questions de droit ou de fait et «[l]a décision du tribunal de révision, sauf disposition contraire de la présente loi, ou celle de la Commission d’appel des pensions, sauf contrôle judiciaire dont elle peut faire l’objet aux termes de la *Loi sur les Cours fédérales*, est définitive et obligatoire pour l’application de la présente loi » [non souligné dans l’original], et ce, sous réserve du paragraphe 84(2), dont le texte est le suivant : « Indépendamment du paragraphe (1), le ministre, un tribunal de révision ou la Commission d’appel des pensions peut, en se fondant sur des faits nouveaux, annuler ou modifier une décision qu’il a lui-même rendue ou qu’elle a elle-même rendue conformément à la présente loi » (non souligné dans l’original).

3) La décision TR-1 étant définitive et obligatoire, Joy Hogervorst ne pouvait avoir droit à des prestations d’invalidité que si elle établissait que son invalidité avait débuté entre le 5 novembre et le 31 décembre 1997, soit la date à laquelle sa période de cotisation avait pris fin.

4) Joy Hogervorst a présenté une seconde demande de prestations d’invalidité en janvier 2000. Cette demande a été rejetée par le ministre une première fois et, ensuite, après reconsidération. Elle a fait appel auprès du tribunal de révision, qui a rejeté son appel le 1<sup>er</sup> octobre 2001 (décision appelée ci-après « TR-2 ») au motif qu’il n’y avait pas de faits nouveaux au regard de la décision TR-1 et qu’il n’était pas convaincu qu’elle souffrait d’une invalidité grave et prolongée avant le 31 décembre 1997. La décision TR-2 n’a pas été portée en appel auprès de la CAP et elle est devenue définitive et obligatoire.

5) Le 16 novembre 2001, Joy Hogervorst a présenté une demande de réouverture de la décision TR-2 en vertu du paragraphe 84(2) du RPC. Cette disposition autorise un

rescind or amend its prior decision on the basis of new facts. On March 6, 2002, the Review Tribunal found that the new evidence submitted by Joy Hogervorst did not meet the test for new facts and consequently that application was dismissed (hereinafter as RT-3).

(6) Joy Hogervorst was granted leave to appeal RT-3 to the PAB who dismissed her appeal on jurisdictional grounds that the Board had no authority to hear the appeal since there were no new facts. Her recourse was to seek judicial review which she did not do. Rather, she applied in March 2007 to a member of the PAB for an extension of time and leave to appeal RT-1. As noted, a member of the PAB granted an extension of time and leave to appeal without providing written reasons although more than seven years had elapsed since RT-1 had been rendered.

(7) The Minister unsuccessfully challenged the extension of time and leave decision by way of judicial review to the Federal Court. The Minister's application was dismissed on March 30, 2006. The Minister appealed to the Federal Court of Appeal who allowed the appeal.

[68] The Federal Court of Appeal allowed the appeal on the basis the member's decision to grant leave to appeal RT-1 amounted to a collateral attack against RT-2. Both of these decisions had concluded Joy Hogervorst was not disabled in the case of RT-1 for the period ended November 4, 1997 and for RT-2 during the one-month period between November 4, 1997 and December 31, 1997. Justice Létourneau found that RT-2 was conclusive on the issue of her disability for the period up to December 31, 1997 and [at paragraph 19] "[t]hus, an appeal against the RT-1 decision collaterally attacks the RT-2 decision that is also final and binding for all purposes of the CPP pursuant to subsection 84(1) of the CPP."

tribunal de révision à annuler ou à modifier une décision antérieure sur la foi de faits nouveaux. Le 6 mars 2002, le tribunal de révision a conclu que les nouveaux éléments de preuve soumis ne satisfaisaient pas au critère des faits nouveaux et, par conséquent, la demande a été rejetée (décision appelée ci-après « TR-3 »).

6) Joy Hogervorst a obtenu l'autorisation d'interjeter appel de la décision TR-3 auprès de la CAP, qui a rejeté son appel pour des motifs de compétence, à savoir que la Commission n'était pas compétente pour entendre l'appel puisqu'il n'y avait aucun fait nouveau. Joy Hogervorst pouvait solliciter un contrôle judiciaire, ce qu'elle n'a pas fait. Elle a plutôt demandé à un membre de la CAP, en mars 2007, une prorogation de délai et l'autorisation d'interjeter appel de la décision TR-1. Comme je l'ai indiqué plus tôt, un membre de la CAP a accordé la prorogation de délai et l'autorisation d'interjeter appel sans motifs écrits, et ce, même s'il s'était écoulé plus de sept ans depuis le prononcé de la décision TR-1.

7) Le ministre a contesté, sans succès toutefois, la décision portant sur la prorogation de délai et l'autorisation d'appel en procédant par voie de contrôle judiciaire auprès de la Cour fédérale. La demande du ministre a été rejetée le 30 mars 2006. Ce dernier a ensuite porté l'affaire en appel auprès de la Cour d'appel fédérale, qui y a fait droit.

[68] La Cour d'appel fédérale a fait droit à l'appel en se fondant sur le fait que la décision du membre de la CAP d'autoriser à interjeter appel de la décision TR-1 équivalait à une contestation incidente de la décision TR-2. Il avait été conclu dans ces deux décisions que Joy Hogervorst n'était pas invalide, dans le cas de la décision TR-1, au cours de la période prenant fin le 4 novembre 1997 et, dans le cas de la décision TR-2, au cours de la période d'un mois entre le 4 novembre et le 31 décembre 1997. Le juge Létourneau a exprimé l'avis que la décision TR-2 était concluante à propos de la question de l'invalidité de Joy Hogervorst pour la période antérieure au 31 décembre 1997 et [au paragraphe 19] « [a]insi, un appel interjeté contre la décision TR-1 conteste indirectement la décision TR-2, qui est également définitive et obligatoire à toutes fins du Régime, en vertu du paragraphe 84(1) du Régime ».

[69] Justice Létourneau [at paragraph 20] stated: “The situation here is analogous to seeking a review of an initial decision without challenging or addressing a subsequent decision reconsidering the same issue and confirming the initial decision. These are two distinct decisions and the second decision must be attacked directly, not collaterally”. He was of the view that the applications Judge at the Federal Court [2006 FC 401] should not have permitted the collateral attack to go on, citing *Budisukma Puncak Sendirian Berhad v. Canada* (2005), 338 N.R. 75 (F.C.A.), at paragraphs 61 and 62: “that collateral attacks against decisions that are final ought to be precluded in the public interest since such attacks encourage conduct contrary to the statute’s objectives and tend to undermine its effectiveness” [at paragraph 21].

[70] Moreover, Justice Létourneau [at paragraph 22] held a finding of disability, pursuant to the appeal against RT-1, would be inconsistent with, and in opposition to RT-2 and RT-3 and cited the Federal Court of Appeal’s decision in *Vidéotron Télécom Ltée v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada* (2005), 345 N.R. 130, at paragraph 13, for the proposition: “the state and stability of the law would be ill served if two potentially contradictory decisions were allowed to co-exist, involving the same parties, on the same issue” (emphasis mine). He again stated that the applications Judge should have intervened and quashed the member’s decision in order to prevent this kind of consequence.

[71] Citing once again the *Berhad* case, at paragraph 60, he stated [at paragraph 24]: “this Court reiterated the principle that a time-limit for the commencement of challenges to administrative decisions is not whimsical. ‘It exists in the public interest, in order to bring finality to administrative decisions so as to ensure their effective implementation without delay and to provide security to those who comply with the decision or enforce compliance with it, often at considerable expense’.” He concluded [at paragraph 27], the challenge to RT-1, if allowed to proceed, “can lead to an intolerable and prejudicial situation, both from the perspective of the public interest and fairness to the appellant” and found the applications Judge erred in not recognizing and giving the effect to the principle of finality in the circumstances.

[69] Le juge Létourneau a déclaré [au paragraphe 20] ce qui suit : « Il s’agit ici d’une situation analogue à une demande de révision d’une première décision sans contestation d’une décision subséquemment rendue sur la même question et confirmant la première. Voici deux décisions distinctes et la deuxième décision doit être contestée directement et non indirectement. » À son avis, le juge des requêtes, de la Cour fédérale [2006 CF 401], aurait dû mettre un frein à cette contestation indirecte, citant à cet égard l’arrêt *Budisukma Puncak Sendirian Berhad c. Canada*, 2005 CAF 267, aux paragraphes 61 et 62 : « toute contestation incidente de décisions définitives devrait être interdite dans l’intérêt public, car une telle contestation encourage un comportement contraire aux objectifs des lois et tend à miner leur efficacité » [au paragraphe 21].

[70] Par ailleurs, le juge Létourneau [au paragraphe 22] a décrété qu’un constat d’invalidité, dans le cadre de l’appel porté contre la décision TR-1, serait incompatible avec les décisions TR-2 et TR-3 et irait à leur rencontre, citant à l’appui de cette thèse la décision de la Cour d’appel fédérale dans l’affaire *Vidéotron Télécom Ltée c. Syndicat canadien des communications, de l’énergie et du papier*, 2005 CAF 90, au paragraphe 13 : « L’état et la stabilité du droit seraient mal servis si l’on permettait la coexistence de deux décisions potentiellement contradictoires” concernant les mêmes parties et la même question » (non souligné dans l’original). Il a déclaré de nouveau que le juge des requêtes aurait dû intervenir et annuler la décision du membre de la CAP pour éviter ce genre de conséquence.

[71] Citant une fois de plus l’arrêt *Berhad*, au paragraphe 60, il a déclaré [au paragraphe 24] ce qui suit : « la Cour a rappelé le principe selon lequel le délai imposé à quiconque veut contester une décision administrative n’est pas affaire de caprice. “Il existe dans l’intérêt public, afin que les décisions administratives acquièrent leur caractère définitif et puissent aussi être exécutées sans délai, apportant la tranquillité d’esprit à ceux qui observent la décision ou qui veillent à ce qu’elle soit observée, souvent à grands frais” ». Il a conclu [au paragraphe 27] que la contestation de la décision TR-1, si l’on acceptait d’y donner suite, « peut produire une situation préjudiciable intolérable tant du point de vue de l’intérêt public que de celui de l’équité pour l’appelant » et a déterminé que le juge des requêtes avait

[72] Applying the rationale of *Hogervorst* to the case before me, counsel for the Attorney General submits that, by granting leave to challenge the Minister's May 28, 2003 decision, the Commissioner has allowed Mr. Pentney to collaterally attack the January 24, 2005 decision of the Minister denying his second application for disability benefits. Counsel for the Attorney General argues Mr. Pentney did not seek a reconsideration of the Minister's decision within 90 days and states his late request to appeal the Minister's decision was refused by the Minister on February 6, 2006. Mr. Pentney did not seek judicial review of the Minister's decision refusing his request to appeal this second Minister's decision. She argues in the absence of such an application for judicial review of the February 6, 2006 refusal to consider his late request for reconsideration, the Minister's decision became final and binding citing the Federal Court of Appeal's decision in *Pincombe v. Canada (Attorney General)* (1995), 189 N.R. 197.

[73] Mr. Pentney relies upon the Commissioner's written argument on this point. The Commissioner acknowledged Mr. Pentney's second application for a disability payment under the CPP was denied by the Minister by letter dated January 24, 2005 and that this denial was not reconsidered at Mr. Pentney's request pursuant to subsection 81(2) of the CPP.

[74] Furthermore, the Commissioner acknowledged there was some initial confusion about the intended recipient of Mr. Pentney's January 11, 2006 letter due to the fact he had inadvertently addressed his letter to HRDC as opposed to the OCRT. The Commissioner states at paragraph 19 of his written memorandum: "The confusion surrounding Mr. Pentney's January 11, 2006 letter was eventually resolved, and his letter was recognized as a request by him for a late appeal of the May 28, 2003 reconsideration decision."

commis une erreur en omettant de reconnaître et de donner effet au principe du caractère définitif des décisions dans les circonstances.

[72] Appliquant à la présente espèce le raisonnement exposé dans l'affaire *Hogervorst*, l'avocate du procureur général soutient qu'en accordant l'autorisation de contester la décision du 28 mai 2003 du ministre, le commissaire a permis à M. Pentney d'entreprendre une contestation incidente de la décision datée du 24 janvier 2005 par laquelle le ministre a rejeté sa seconde demande de prestations d'invalidité. L'avocate du procureur général soutient que M. Pentney n'a pas demandé dans un délai de 90 jours que la décision du ministre soit reconsidérée et elle mentionne que sa demande tardive en vue d'interjeter appel de la décision du ministre a été refusée par ce dernier le 6 février 2006. M. Pentney n'a pas sollicité le contrôle judiciaire de la décision par laquelle le ministre a refusé sa demande d'interjeter appel de cette seconde décision du ministre. L'avocate soutient qu'en l'absence d'une telle demande de contrôle judiciaire concernant le refus signifié le 6 février 2006 d'examiner sa demande tardive de reconsidération, la décision du ministre est devenue définitive et obligatoire, citant à cet effet l'arrêt de la Cour d'appel fédérale *Pincombe c. Canada (Procureur général)*, [1995] A.C.F. n° 1320 (C.A.) (QL).

[73] M. Pentney se fonde sur l'argument écrit du commissaire sur ce point. Ce dernier reconnaît que la seconde demande de M. Pentney en vue d'obtenir des prestations d'invalidité du RPC a été rejetée par le ministre dans une lettre datée du 24 janvier 2005 et que ce refus n'a pas été reconsidéré à la demande de M. Pentney, aux termes du paragraphe 81(2) du RPC.

[74] Qui plus est, le commissaire a reconnu qu'il y avait eu au départ une certaine confusion à propos du destinataire prévu de la lettre datée du 11 janvier 2006 de M. Pentney, car ce dernier, par inadvertance, avait adressé sa lettre à DRHC plutôt qu'au BCTR. Le commissaire mentionne ce qui suit au paragraphe 19 de son mémoire : [TRADUCTION] « La confusion entourant la lettre datée du 11 janvier 2006 de M. Pentney a fini par être réglée, et sa lettre a été reconnue comme une demande de sa part concernant un appel tardif contre la décision de reconsidération datée du 28 mai 2003. »

[75] At paragraph 48 of his written memorandum, the Commissioner accepts Mr. Pentney did not make an application for judicial review of HRDC's decision to refuse his late request for a reconsideration of his second application and that HRDC's decision became final and conclusive.

[76] At paragraph 46 of his written memorandum, the Commissioner wrote:

The intervener acknowledges that Mr. Pentney's second application for CPP disability benefits may be affected by the Department's refusal to accept his late request for reconsideration. However, the intervener submits that even if this decision is found to be final and conclusive, it does not preclude Mr. Pentney from being entitled to appeal the Minister's denial of the CPP disability benefit on another prior, or subsequent application. [Emphasis mine.]

[77] Counsel for the Commissioner argues the law is well settled that a denial of a disability application by the Department, providing there is no appeal to a Review Tribunal, will not prevent a person from being entitled to the disability benefit on a subsequent application. The Commissioner states, in this regard, it has been held that the principle of *res judicata* does not apply to decisions of the Minister or decisions of the Minister's officials as these decisions are administrative rather than judicial, relying on two PAB decisions. The Commissioner further argues that by allowing an unlimited number of applications for CPP disability pension, the Commissioner's decision with respect to Mr. Pentney's late appeal on his first application is entirely consistent with the jurisprudence and the structure and the purpose of the legislation.

[78] The Commissioner argues *Hogervorst*, above, is distinguishable on its facts. There, the applicant for disability payments had the benefit of two Review Tribunal hearings which were full *de novo* hearings which resulted in final decisions on the merits. The Commissioner acknowledges that, barring an appeal to the Pension Appeals Board, a decision of the Review Tribunal is final and binding but submits that in this case there have been no decisions of the Review Tribunal and

[75] Au paragraphe 48 de son mémoire, le commissaire reconnaît que M. Pentney n'a pas présenté de demande de contrôle judiciaire à l'égard de la décision de DRHC de refuser sa demande tardive de reconsidération de sa seconde demande et que la décision de DRHC est devenue définitive et concluante.

[76] Le commissaire a écrit ce qui suit au paragraphe 46 de son mémoire :

[TRADUCTION] L'intervenant reconnaît que la seconde demande de M. Pentney en vue d'obtenir des prestations d'invalidité du RPC peut être touchée par le refus du ministère d'accepter sa demande tardive de reconsidération. Cependant, l'intervenant soutient que même s'il est conclu que cette décision est définitive et concluante, cela n'empêche pas M. Pentney d'avoir le droit d'interjeter appel du refus, par le ministre, du versement de prestations d'invalidité du RPC à la suite d'une autre demande, antérieure ou ultérieure. [Non souligné dans l'original.]

[77] L'avocate du commissaire allègue qu'il est bien établi en droit que le fait que le Ministère rejette une demande de prestations d'invalidité, pourvu qu'un appel ne soit pas interjeté auprès d'un tribunal de révision, n'empêche pas une personne d'avoir droit à des prestations d'invalidité à la suite d'une demande ultérieure. Le commissaire déclare, à cet égard, qu'il a été décrété que le principe de la chose jugée ne s'applique pas aux décisions du ministre ou à celles de ses agents car ces décisions sont de nature administrative plutôt que judiciaire, étant donné qu'elles sont fondées sur deux décisions de la CAP. Le commissaire ajoute qu'en autorisant un nombre illimité de demandes de pension d'invalidité du RPC, sa décision concernant l'appel tardif de M. Pentney contre sa première demande est parfaitement conforme à la jurisprudence ainsi qu'à la structure et à l'objet de la loi.

[78] Le commissaire soutient que l'arrêt *Hogervorst*, précité, est à distinguer de la présente espèce au vu des faits qui lui sont propres. Dans cette décision, l'intimée, qui demandait des prestations d'invalidité, a eu l'avantage de deux audiences d'un tribunal de révision, des audiences tout à fait nouvelles qui se sont soldées par des décisions définitives sur le fond. Le commissaire reconnaît qu'à moins d'un appel auprès de la Commission d'appel des pensions, une décision du tribunal de révision



that, in fact, Mr. Pentney has not yet had the opportunity to have his case heard once by a Review Tribunal, let alone three times.

[79] On the facts of this case, it is clear Mr. Pentney did not appeal to the Review Tribunal within the 90-day time limit prescribed under subsection 82(1) of the CPP the Minister's reconsideration decision of May 28, 2003 denying him a disability payment requested in his first application for a disability payment dated April 15, 2003.

[80] He was specifically advised in the May 28, 2003 decision that he had an appeal as of right to the OCRT provided he do so within 90 days. He was also told in that letter decision that if he decided not to appeal he "may wish to re-apply for a disability benefit later." He did not appeal nor did he re-apply until August 12, 2004 when he made his second disability application to HRDC.

[81] The reason he did not do so seems clear. He was receiving and continued for some time to receive disability payments from his private insurer GWL. From the record, it would appear he made his second application for disability payments after GWL terminated its disability payments to him.

[82] The record is also clear that Mr. Pentney did not seek reconsideration from the Minister when he was advised on January 24, 2005, that the Minister had initially denied his second application. Pursuant to section 81 of the CPP, he had 90 days to do so. He was advised that if he decided not to request a reconsideration he "may wish to re-apply for a disability benefit later."

[83] Rather than re-applying for a disability payment, he waited until January 11, 2006 to then ask the Commissioner "I would like to appeal (late) your denial

est définitive et exécutoire, mais il soutient qu'en l'espèce il n'y a pas eu de décisions du tribunal de révision et que, en fait, M. Pentney n'a pas encore eu l'occasion de faire entendre sa cause une première fois par un tribunal de révision, et encore moins à trois reprises.

[79] Compte tenu des faits de l'espèce, il est évident que M. Pentney n'a pas porté en appel auprès du tribunal de révision dans le délai des 90 jours suivants — prescrit par le paragraphe 82(1) du RPC — la décision de reconsidération datée du 28 mai 2003 par laquelle le ministre a refusé de lui accorder une prestation d'invalidité qu'il avait demandée dans sa première demande de prestations d'invalidité datée du 15 avril 2003.

[80] M. Pentney a été expressément informé, dans la décision datée du 28 mai 2003, qu'il pouvait interjeter appel, de plein droit, auprès du BCTR, pourvu que ce soit dans les 90 jours suivants. Dans cette lettre de décision, on lui a dit aussi que, s'il décidait de ne pas faire appel, il pouvait [TRADUCTION] « présenter plus tard une nouvelle demande de prestations d'invalidité ». Il n'a pas porté la décision en appel, et il n'a pas présenté une nouvelle demande avant le 12 août 2004, date à laquelle il a soumis sa seconde demande de prestations d'invalidité à DRHC.

[81] La raison pour laquelle il ne l'a pas fait semble évidente. Il recevait et a continué de recevoir pendant un certain temps des prestations d'invalidité de son assureur privé, GWL. Il semble, d'après le dossier, qu'il a présenté sa seconde demande de prestations d'invalidité après que GWL eut mis fin aux prestations qu'elle lui versait.

[82] Il ressort clairement aussi du dossier que M. Pentney n'a pas demandé au ministre de reconsidérer sa décision quand il a été informé, le 24 janvier 2005, que le ministre avait rejeté à prime abord sa seconde demande. Selon l'article 81 du RPC, M. Pentney avait 90 jours pour le faire. On l'a informé que s'il décidait de ne pas demander une reconsidération, il pouvait [TRADUCTION] « présenter plus tard une nouvelle demande de prestations d'invalidité. »

[83] Plutôt que de présenter une nouvelle demande de prestations d'invalidité, M. Pentney a attendu jusqu'au 11 janvier 2006 avant de demander au commissaire :

of my request for *CPP* disability benefits of April 15, 2003” [emphasis added].

[84] Why he did so appears from his undated letter to the Commissioner received by the Commissioner’s office on March 2, 2006, where he writes that he has been without any income for a year and a half; he called the government Web site “to get help with this appeal and they advised me that I could appeal the 2003 decision instead of the 2005 decision and possibly get some back payments for the time I have been without.” Referring to the February 6, 2006 decision made by an HRDC official, Mr. Pentney continued informing the Commissioner: “As you can see from my file, when I tried to do this, they just denied this appeal as it was more than 90 days old.”

[85] In parenthesis, HRDC’s February 6, 2006 letter to Mr. Pentney was a denial to reconsider the Minister’s January 24, 2005 decision which, as will be recalled was the Minister’s initial denial of this second application for disability payment dated August 12, 2004.

[86] In his undated letter to the Commissioner, Mr. Pentney pleaded: “Would you please allow me to appeal late for the 2003 decision, due to these extenuating circumstances, to allow me the additional benefits? At least I have saved the government several years of expense.”

[87] I have reviewed Justice Létourneau’s decision in *Hogervorst*, above, in which he made extensive reference to the Federal Court of Appeal’s decision in *Berhad*, where he emphasized the finality principle writing, at paragraph 60, as follows:

In my view, the most important reason why a shipowner who is aggrieved by the result of a ship safety inspection ought to exhaust the statutory remedies before asserting a tort claim is the public interest in the finality of inspection decisions. The importance of that public interest is reflected in the relatively

[TRADUCTION] « Je souhaiterais interjeter appel (en retard) du fait que vous avez refusé ma demande de prestations d’invalidité du RPC du 15 avril 2003 [non souligné dans l’original].

[84] La raison pour laquelle il a agi ainsi ressort de la lettre non datée qu’il a envoyée au commissaire et que le bureau de ce dernier a reçue le 2 mars 2006, et dans laquelle il écrit qu’il est sans revenus depuis un an et demi; il a communiqué avec le site Web du gouvernement [TRADUCTION] « afin d’obtenir de l’aide pour le présent appel et on m’a conseillé de porter en appel la décision de 2003 plutôt que celle de 2005 et, peut-être, d’obtenir quelques paiements rétroactifs pour le temps depuis lequel je ne reçois rien ». Se reportant à la décision datée du 6 février 2006 qu’un agent de DRHC avait prise, M. Pentney a continué d’informer le commissaire de ce qui suit : [TRADUCTION] « Comme vous pouvez le voir dans mon dossier, quand j’ai essayé de le faire, on a tout simplement rejeté cet appel parce qu’il s’était écoulé plus de 90 jours. »

[85] Entre parenthèses, la lettre datée du 6 février 2006 que DRHC a envoyée à M. Pentney était un refus de reconsidérer la décision datée du 24 janvier 2005 du ministre qui, rappelons-le, était le rejet initial, par le ministre, de la seconde demande de prestations d’invalidité datée du 12 août 2004.

[86] Dans sa lettre non datée à l’intention du commissaire, M. Pentney a demandé ceci : [TRADUCTION] « Pourriez-vous m’autoriser à présenter un appel tardif concernant la décision de 2003 en raison de ces circonstances atténuantes, afin que je puisse recevoir les prestations additionnelles? Au moins, j’ai fait économiser au gouvernement plusieurs années de dépenses. »

[87] J’ai passé en revue la décision du juge Létourneau dans l’affaire *Hogervorst*, précitée, où ce dernier fait abondamment référence à l’arrêt de la Cour d’appel fédérale *Berhad*, où l’on insiste, au paragraphe 60, sur le principe du caractère définitif :

À mon avis, la raison primordiale pour laquelle un armateur qui s’estime lésé par les conclusions d’une inspection de sécurité de son navire doit épuiser les recours prévus par la loi avant d’intenter une action en responsabilité civile est l’intérêt public dans le caractère définitif des décisions qui font suite

short time limits for the commencement of challenges to administrative decisions—within 30 days from the date on which the decision is communicated, or such further time as the Court may allow on a motion for an extension of time. That time limit is not whimsical. It exists in the public interest, in order to bring finality to administrative decisions so as to ensure their effective implementation without delay and to provide security to those who comply with the decision or enforce compliance with it, often at considerable expense. In this case, the decision of the Chairman was not challenged until, a year and a half after it was made, the respondents filed their claim for damages.

[88] On the facts of this case, I would hold that both the principle against collateral attacks and the principle of finality of an administrative decision have been breached affecting the integrity of the scheme mandated by the CPP.

[89] In these circumstances, Mr. Pentney should not be allowed to impair the Minister's denial of his second application for disability payments *via* an extension of time through a grant of leave to extend time to challenge the denial of his first application of disability payments.

[90] Mr. Pentney has a remedy. He can re-apply for disability benefits. He may also invoke subsection 66(4) [as am. by S.C. 1991, c. 44, s. 17; 1995, c. 33, s. 31] of the CPP for the reasons mentioned in his affidavit.

[91] In the circumstances, there is no point in sending the matter back to the Commissioner for a new determination on whether an extension of time should be granted to challenge the May 28, 2003 decision denying him disability benefits (see *Hogervorst*, above, at paragraph 48). The Attorney General did not seek costs against Mr. Pentney and none are awarded.

aux inspections. L'importance de cet intérêt public est reflétée dans les délais relativement brefs qui sont imposés à quiconque veut contester une décision administrative — un délai de 30 jours à compter de la date à laquelle la décision est communiquée, ou tel autre délai que la Cour peut accorder sur requête en prorogation de délai. Ce délai n'est pas capricieux. Il existe dans l'intérêt public, afin que les décisions administratives acquièrent leur caractère définitif et puissent aussi être exécutées sans délai, apportant la tranquillité d'esprit à ceux qui observent la décision ou qui veillent à ce qu'elle soit observée, souvent à grands frais. En l'espèce, la décision du président n'a été contestée qu'un an et demi après qu'elle a été rendue, lorsque les intimées ont déposé leur action en dommages-intérêts.

[88] Au vu des faits de la présente espèce, j'estime qu'il y a eu manquement au principe interdisant les contestations incidentes ainsi qu'au principe du caractère définitif d'une décision administrative, ce qui a une incidence sur l'intégrité du régime que prescrit le RPC.

[89] Dans ces circonstances, il ne faudrait pas que M. Pentney puisse faire obstacle au refus, par le ministre, de sa seconde demande de prestations d'invalidité en lui accordant une prorogation du délai prescrit pour contester le refus de sa première demande de prestations d'invalidité.

[90] M. Pentney dispose d'un recours. Il peut présenter une nouvelle demande de prestations d'invalidité. Il peut aussi invoquer le paragraphe 66(4) [mod. par L.C. 1991, ch. 44, art. 17; 1995, ch. 33, art. 31] du RPC pour les raisons mentionnées dans son affidavit.

[91] Dans les circonstances, il n'est nul besoin de renvoyer l'affaire au commissaire afin qu'il se prononce à nouveau sur la question de savoir s'il convient d'accorder une prorogation de délai pour contester la décision, datée du 28 mai 2003, par laquelle la demande de prestations d'invalidité de M. Pentney a été refusée. Voir la décision *Hogervorst*, précitée, au paragraphe 48. Le procureur général n'a pas réclamé de dépens à l'encontre de M. Pentney, et aucuns ne sont adjugés.

## JUDGMENT

THIS COURT ORDERS AND ADJUDGES that this judicial review application is allowed. The Commissioner's decision to extend time to appeal to the Review Tribunal the Minister's May 28, 2003 decision is quashed. No costs are awarded.

## JUGEMENT

LA COUR STATUE que la présente demande de contrôle judiciaire est accueillie. La décision du commissaire de proroger le délai prescrit pour interjeter appel auprès du tribunal de révision de la décision datée du 28 mai 2003 du ministre est annulée. Aucuns dépens ne sont adjugés.

T-531-06  
2007 FC 1024

T-531-06  
2007 CF 1024

**Attorney General of Canada** (*Applicant*)

**Procureur général du Canada** (*demandeur*)

v.

c.

**Information Commissioner of Canada** (*Respondent*)

**Commissaire à l'information du Canada** (*défendeur*)

*INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. CANADA (INFORMATION COMMISSIONER) (F.C.)*

*RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCEUREUR GÉNÉRAL) c. CANADA (COMMISSAIRE À L'INFORMATION) (C.F.)*

Federal Court, de Montigny J.—Ottawa, April 26; October 5, 2007.

Cour fédérale, juge de Montigny—Ottawa, 26 avril; 5 octobre 2007.

*Access to Information — Confidentiality Orders — Judicial review of decision of Deputy Information Commissioner of Canada (Deputy Commissioner) confirming confidentiality orders made against government witnesses, counsel representing witnesses in investigation against Department of Indian and Northern Affairs Development into denial of information requested under Access to Information Act (Act) — However, confidentiality orders rescinded against government witnesses because had already testified — Act providing Commissioner with broad, effective discretionary powers to investigate complaints, determine procedure to be followed in performance of duties or functions, be master of own procedure — Act, s. 34 authorizing Commissioner to issue confidentiality orders directed both at witnesses, counsel — When imposing confidentiality order on counsel, Commissioner must consider solicitor-client privilege, which is to remain as absolute as possible to maintain relevance, ensure confidence therein — Interference with privilege absolutely necessary herein to achieve Act's public policy goals — Deputy Commissioner issued orders against counsel in part because of potential conflict of interests since counsel representing witnesses also representing both Attorney General, head of government institution whose decision being investigated — Solicitor-client relationship between employee, counsel must prevail over solicitor-client relationship between counsel, Crown, and between counsel other employees — Because not interfering with solicitor-client privilege of Crown more than needed, confidentiality orders perfectly legitimate.*

*Accès à l'information — Ordonnances de confidentialité — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le sous-commissaire à l'information du Canada (le sous-commissaire) a confirmé les ordonnances de confidentialité prononcées contre les témoins du gouvernement et les avocats représentant les témoins dans le cadre d'une enquête au sujet du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien relativement au rejet d'une demande d'information présentée en application de la Loi sur l'accès à l'information (la Loi) — Cependant, les ordonnances de confidentialité prononcées contre les témoins du gouvernement ont été révoquées parce qu'ils avaient déjà témoigné — La Loi confère au commissaire des pouvoirs discrétionnaires vastes et efficaces pour enquêter sur les plaintes et établir la procédure à suivre dans l'exercice de ses pouvoirs et fonctions et pour être maître de sa propre procédure — L'art. 34 de la Loi autorise le commissaire à prononcer des ordonnances de confidentialité qui visent tant les témoins que les avocats — Lorsqu'il prononce une ordonnance de confidentialité contre un avocat, le commissaire doit prendre en considération le privilège du secret professionnel de l'avocat, qui doit demeurer aussi absolu que possible pour qu'il demeure utile et qu'il inspire confiance — En l'espèce, il était absolument nécessaire de porter atteinte au secret professionnel de l'avocat pour atteindre les objectifs d'ordre public visés par la Loi — Le sous-commissaire a prononcé des ordonnances contre les avocats en partie en raison du risque de conflit d'intérêts découlant du fait que les avocats représentant les témoins représentaient aussi à la fois le procureur général et le responsable de l'institution fédérale dont la décision faisait l'objet d'une enquête — La relation avocat-client qui existe entre l'employé et son avocat doit avoir préséance sur la relation avocat-client qui existe entre l'avocat et Sa Majesté et entre l'avocat et les autres employés — Les ordonnances de confidentialité étaient parfaitement légitimes parce qu'elles ne violaient pas plus le secret professionnel de l'avocat de Sa Majesté que nécessaire.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Fundamental Freedoms — Judicial review of decision of Deputy Information Commissioner of Canada confirming confidentiality orders made against government witnesses, counsel representing witnesses in investigation against Department of Indian and Northern Affairs Development into denial of information requested under Access to Information Act (Act) — Although confidentiality orders limiting freedom of expression guaranteed by Charter, s. 2(b), limit justified under s. 1 thereof — Because orders, decisions sufficiently limited in scope (not precluding individuals from forever disclosing information regarding testimony, appearance before Commissioner) minimal impairment requirement met.*

This was an application for judicial review of the decision of the Deputy Information Commissioner of Canada (Deputy Commissioner) confirming confidentiality orders made in an investigation against the Department of Indian and Northern Affairs Development (DIAND) regarding a request for information made under the *Access to Information Act* (Act). After being refused access to a copy of a report by a management consulting firm that was to be provided to DIAND, the requester lodged a complaint under subsection 30(1) of the Act and an *in camera* investigation was commenced. During the investigation, a number of government employees were subpoenaed to provide evidence under oath. The Deputy Commissioner issued confidentiality orders as a result of his concern about counsel for the Department of Justice representing both the witnesses and the Crown. On a motion to rescind, the Deputy Commissioner confirmed the orders against government witnesses but rescinded them since the oral evidence had been completed. However, the orders and decision against counsel were not rescinded. The main issues were whether the impugned orders and decisions (1) impermissibly interfered with the solicitor-client privilege; and (2) violated the right to freedom of expression as guaranteed by paragraph 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and if so, whether that restriction was justified under section 1 thereof.

*Held*, the application should be dismissed.

(1) Because the order and decision against the individual witnesses in the investigation were rescinded by the Deputy Commissioner, they were not at issue on judicial review.

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le sous-commissaire à l'information du Canada a confirmé les ordonnances de confidentialité prononcées contre les témoins du gouvernement et les avocats représentant les témoins dans le cadre d'une enquête au sujet du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien relativement au rejet d'une demande d'information présentée en application de la Loi sur l'accès à l'information (la Loi) — Bien que les ordonnances de confidentialité restreignent la liberté d'expression garantie par l'art. 2b) de la Charte, cette restriction était justifiée en vertu de l'article premier — Comme les ordonnances et les décisions étaient suffisamment limitées (elles n'empêchaient pas une personne de communiquer pour toujours tous les renseignements se rapportant à son témoignage et à sa comparution devant le commissaire), elles satisfaisaient au critère de l'atteinte minimale.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le sous-commissaire à l'information du Canada (le sous-commissaire) a confirmé les ordonnances de confidentialité prononcées dans le cadre d'une enquête au sujet du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien (le MAINC) relativement à une demande d'information présentée en application de la *Loi sur l'accès à l'information* (la Loi). Après s'être vu refuser une copie d'un rapport établi par une société de conseil en gestion qui devait être remis au MAINC, l'auteur de la demande a porté plainte en vertu du paragraphe 30(1) de la Loi et une enquête à huis clos a été entreprise. Pendant l'enquête, plusieurs employés du gouvernement ont été assignés à comparaître pour témoigner sous serment. Le sous-commissaire a prononcé des ordonnances de confidentialité parce qu'il était préoccupé par le fait que les avocats du ministère de la Justice représentaient à la fois les témoins et Sa Majesté. Dans le cadre d'une requête en révocation, le sous-commissaire a confirmé les ordonnances prononcées contre des témoins du gouvernement, mais les a révoquées parce que les dépositions étaient terminées. Cependant, les ordonnances et la décision prononcées contre les avocats n'ont pas été révoquées. Les principales questions litigieuses étaient celles de savoir si les ordonnances et décisions contestées 1) portaient atteinte de manière inacceptable au secret professionnel de l'avocat; et 2) portaient atteinte à la liberté d'expression garantie par l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, si cette restriction se justifiait par application de l'article premier de la Charte.

*Jugement* : la demande doit être rejetée.

1) Parce que le sous-commissaire a révoqué l'ordonnance et la décision prononcées contre les témoins individuels dans le cadre de l'enquête, elles n'entraient pas en jeu dans le cadre du contrôle judiciaire.

The confidentiality requirements found in the Act are no more than a *quid pro quo* for the broad right of access given to the Commissioner. The Commissioner's obligation of confidentiality is imposed under section 35 which must be read together with section 62. The Act provides the Commissioner with broad and effective discretionary powers to investigate complaints and determine the procedure to be followed in the performance of any of his duties or functions and be master of his own procedure. In order to enable the Commissioner to fulfill his mandate, Parliament clearly and unequivocally conferred upon the Commissioner almost unlimited powers. Section 34 of the Act authorizes the Commissioner to issue confidentiality orders directed both at witnesses and counsel, subject to some restrictions to ensure that they are appropriately tailored to the specific circumstances of each case. In the context of a confidentiality order imposed on counsel, one of the constraints the Commissioner must obviously take into account in framing it is the solicitor-client privilege. The privilege is to remain as absolute as possible in order to maintain relevance and to ensure confidence therein. In the present instance, given the public policy goals sought to be achieved by Parliament in adopting the Act, interference with solicitor-client privilege was absolutely necessary to achieve the ends sought. The Deputy Commissioner issued the orders against counsel in part because of the potential conflict of interests arising from the fact that counsel representing the witnesses also represented both the Attorney General and the head of the government institution whose decision was being investigated. If the spirit of the Act is to be upheld and if the Commissioner's investigations are to ensure openness and accountability in the management of information collected and generated by government, the solicitor-client relationship between the employee and his counsel must prevail over the solicitor-client relationship between counsel and the Crown and between counsel and other employees. Therefore, it was perfectly legitimate for the Deputy Commissioner to issue the impugned confidentiality orders, which did not interfere with the solicitor-client privilege of the Crown more than was necessary.

(2) Although an order from an officer who exercises statutory power limits the freedom of expression guaranteed by paragraph 2(b) of the Charter to the extent that it prevents counsel appearing on behalf of witnesses before the Commissioner to disclose the content of their clients' confidential testimony, that limit was justified under section 1. A number of relevant contextual considerations mentioned in *Canada (Attorney General) v. Canada (Information Commissioner)* (i.e. facilitation of democracy, investigation independent of government and conducted in private, representation by same counsel of multiple entities, rank of Crown servants testifying at investigation) were applied to determine the conformity of the confidentiality

Les exigences de confidentialité énoncées dans la Loi ne sont rien de plus que le prix que le commissaire doit payer pour le droit d'accès étendu qui lui est conféré. L'obligation de confidentialité du commissaire lui est imposée par l'article 35 de la Loi, qui doit être lu de concert avec l'article 62. La Loi confère au commissaire des pouvoirs discrétionnaires vastes et efficaces pour enquêter sur les plaintes dont il est saisi et pour établir la procédure à suivre dans l'exercice de ses pouvoirs et fonctions et pour être maître de sa propre procédure. Pour permettre au commissaire de remplir son mandat, le législateur fédéral a conféré dans les termes les plus nets au commissaire des pouvoirs presque illimités. L'article 34 de la Loi autorise le commissaire à prononcer des ordonnances de confidentialité qui visent tant les témoins que les avocats, sous réserve de certaines restrictions pour s'assurer de tenir compte des faits propres à chaque cas. Dans le contexte d'une ordonnance de confidentialité imposée à un avocat, une des contraintes dont le commissaire doit de toute évidence tenir compte lorsqu'il la libelle est le secret professionnel de l'avocat. Le privilège du secret professionnel de l'avocat doit demeurer aussi absolu que possible si l'on veut qu'il demeure utile et qu'il inspire confiance. En l'espèce, compte tenu des objectifs d'ordre public que le législateur fédéral visait en adoptant la Loi, il était absolument nécessaire de porter atteinte au secret professionnel de l'avocat pour atteindre les objectifs visés par la Loi. Le sous-commissaire a prononcé les ordonnances contre les avocats en partie en raison du risque de conflit d'intérêts découlant du fait que les avocats représentant les témoins représentaient aussi à la fois le procureur général et le responsable de l'institution fédérale dont la décision faisait l'objet d'une enquête. Si l'on veut respecter l'esprit de la Loi et s'assurer que les enquêtes du commissaire soient transparentes et qu'elles garantissent l'obligation de rendre des comptes en ce qui concerne la gestion des renseignements recueillis et générés par le gouvernement, la relation avocat-client qui existe entre l'employé et son avocat doit avoir préséance sur la relation avocat-client qui existe entre l'avocat et Sa Majesté et entre l'avocat et les autres employés. Par conséquent, il était parfaitement légitime de la part du sous-commissaire de prononcer les ordonnances de confidentialité contestées, qui ne violaient pas plus le secret professionnel de l'avocat de Sa Majesté que nécessaire.

2) Bien que l'ordonnance émanant d'un fonctionnaire qui exerce des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi restreint la liberté d'expression garantie par l'alinéa 2b) de la Charte dans la mesure où elle empêche les avocats qui comparaissent pour le compte de témoins devant le commissaire de divulguer le contenu du témoignage confidentiel de leurs clients, cette restriction était justifiée en vertu de l'article premier. Un certain nombre de facteurs contextuels pertinents énoncés dans l'affaire *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire à l'information)* (c'est-à-dire la facilitation de la démocratie, l'enquête qui doit être indépendante du gouvernement et qui doit être secrète, les avocats qui représentent de nombreuses

orders with section 1 of the Charter. The confidentiality orders and decisions were limited in scope since they related solely to “questions asked,” “answers given,” and “exhibits used” and the witnesses were free at any time to authorize their counsel to disclose the information at issue. Therefore, they could not be assimilated to a blanket regime precluding individuals from forever disclosing any information regarding their testimony and appearance before the Commissioner and met the minimal impairment requirement.

entités et le rang des fonctionnaires qui témoignent dans le cadre de l'enquête) ont été appliqués pour établir la conformité des ordonnances de confidentialité avec l'article premier de la Charte. Les ordonnances de confidentialité et les décisions avaient une portée limitée parce qu'elles se rapportaient uniquement aux « questions posées, aux réponses données et aux pièces utilisées » et que les témoins étaient libres en tout temps d'autoriser leur avocat à divulguer les renseignements en cause. Par conséquent, les ordonnances de confidentialité ne pouvaient pas être assimilées à un régime général qui empêche une personne de communiquer pour toujours tous les renseignements se rapportant à son témoignage et à sa comparution devant le commissaire et elles satisfaisaient au critère de l'atteinte minimale.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 2(1), 30(1) (as am. by S.C. 1992, c. 21, s. 4), 34, 35 (as am. by S.C. 2007, c. 15, ss. 10, 12(F)), 36 (as am. by S.C. 2006, c. 9, s. 153), 37, 61, 62, 63 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 187; S.C. 2006, c. 9, s. 157), 64, 65 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 187).

*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, 2(b).

*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).

*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 1), 303(2), 312, 317 (as am. by SOR/2002-417, s. 19; 2006-219, s. 11(F)), 318.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Canada (Attorney General) v. Canada (Information Commissioner)*, [2004] 4 F.C.R. 181; (2004), 15 Admin. L.R. (4th) 58; 32 C.P.R. (4th) 464; 255 F.T.R. 46; 2004 FC 431; revd [2005] 4 F.C.R. 673; (2005), 253 D.L.R. (4th) 590; 32 Admin. L.R. (4th) 8; 40 C.P.R. (4th) 97; 335 N.R. 8; 2005 FCA 199.

##### DISTINGUISHED:

*Canada (Attorney General) v. Canada (Information Commissioner)*, [2004] 4 F.C.R. 181; (2004), 15 Admin. L.R. (4th) 58; 32 C.P.R. (4th) 464; 255 F.T.R. 46; 2004 FC 431; revd [2005] 4 F.C.R. 673; (2005), 253 D.L.R. (4th) 590; 32 Admin. L.R. (4th) 8; 40 C.P.R. (4th) 97; 335 N.R. 8; 2005 FCA 199 (as to facts).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 2b).

*Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 2(1), 30(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 21, art. 4), 34, 35 (mod. par L.C. 2007, ch. 15, art. 10, 12(F)), 36 (mod. par L.C. 2006, ch. 9, art. 153), 37, 61, 62, 63 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 27, art. 187; L.C. 2006, ch. 9, art. 157), 64, 65 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 27, art. 187).

*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).

*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 1), 303(2), 312, 317 (mod. par DORS/2002-417, art. 19; 2006-219, art. 11(F)), 318.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION APPLIQUÉE :

*Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire à l'information)*, [2004] 4 R.C.F. 181; 2004 CF 431; inf. par [2005] 4 R.C.F. 673; 2005 CAF 199.

##### DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire à l'information)*, [2004] 4 R.C.F. 181; 2004 CF 431; inf. par [2005] 4 R.C.F. 673; 2005 CAF 199 (quant aux faits).



## CONSIDERED:

*Dumbrava v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 101 F.T.R. 230; 31 Imm. L.R. (2d) 76 (F.C.T.D.); *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; 70 C.C.C. (2d) 385; 28 C.R. (3d) 289; 1 C.R.R. 318; 44 N.R. 462; *Goodis v. Ontario (Ministry of Correctional Service)*, [2006] 2 S.C.R. 32; (2006), 271 D.L.R. (4th) 407; 350 N.R. 154; 2006 SCC 31; *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403; (1997), 148 D.L.R. (4th) 385; 46 Admin. L.R. (2d) 155; 213 N.R. 161; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)* (1999), 240 N.R. 244 (F.C.A.); *Canada (Attorney General) v. Canada (Information Commissioner)*, [2002] 3 F.C. 630; (2002), 41 Admin. L.R. (3d) 237; 13 C.P.R. (4th) 110; 216 F.T.R. 247; 2002 FCT 128.

## REFERRED TO:

*Mazhero v. Canada (Industrial Relations Board)* (2002), 292 N.R. 187; 2002 FCA 295; *Taylor v. Canada (Public Service Commission)*, 2003 FCT 566; *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445; (2001), 195 D.L.R. (4th) 513; 151 C.C.C. (3d) 321; 40 C.R. (5th) 1; 80 C.R.R. (2d) 217; 266 N.R. 275; 142 O.A.C. 201; 2001 SCC 14; *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455; (1999), 169 D.L.R. (4th) 385; [1999] 8 W.W.R. 364; 120 B.C.A.C. 161; 62 B.C.L.R. (3d) 209; 132 C.C.C. (3d) 225; 22 C.R. (5th) 203; 236 N.R. 201; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; (1979), 105 D.L.R. (3d) 745; 50 C.C.C. (2d) 495; 16 C.R. (3d) 294; 30 N.R. 380; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*; *White, Ottenheimer & Baker v. Canada (Attorney General)*; *R. v. Fink*, [2002] 3 S.C.R. 209; (2002), 312 A.R. 201; 217 Nfld. & P.E.I.R. 183; 216 D.L.R. (4th) 257; [2002] 11 W.W.R. 191; 4 Alta. L.R. (4th) 1; 167 C.C.C. (3d) 1; 3 C.R. (6th) 209; 96 C.R.R. (2d) 189; [2002] 4 C.T.C. 143; 2002 DTC 7267; 292 N.R. 296; 164 O.A.C. 280; 2002 SCC 61; *Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)*, [2004] 1 S.C.R. 809; (2004), 238 D.L.R. (4th) 1; 12 Admin. L.R. (4th) 171; 33 C.C.E.L. (3d) 1; 19 C.R. (6th) 203; 47 C.P.C. (5th) 203; 319 N.R. 322; 187 O.A.C. 1; 2004 SCC 31.

## AUTHORS CITED

Canada. Treasury Board Secretariat. *Policy on the Indemnification of and Legal Assistance for Crown Servants*, June 1, 2001.

Law Society of Upper Canada. *Rules of Professional Conduct*. Adopted by convocation on June 22, 2000, as amended to June 28, 2002.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Dumbrava c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 1238 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; *Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)*, [2006] 2 R.C.S. 32; 2006 CSC 31; *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, [1999] A.C.F. n° 522 (C.A.) (QL); *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire à l'information)*, [2002] 3 C.F. 630; 2002 CFPI 128.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Mazhero c. Canada (Conseil canadien des relations industrielles)*, 2002 CAF 295; *Taylor c. Canada (Commission de la fonction publique)*, 2003 CFPI 566; *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445; 2001 CSC 14; *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*; *White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général)*; *R. c. Fink*, [2002] 3 R.C.S. 209; 2002 CSC 61; *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [2004] 1 R.C.S. 809; 2004 CSC 31.

## DOCTRINE CITÉE

Barreau du Haut-Canada. *Code de déontologie*. Adopté par le conseil le 22 juin 2000, modifié jusqu'au 28 juin 2002.

Canada. Secrétariat du Conseil du Trésor. *Politique sur l'indemnisation des fonctionnaires de l'État et sur la prestation de services juridiques à ces derniers*, 1<sup>er</sup> juin 2001.

APPLICATION for judicial review of the decision of the Deputy Information Commissioner of Canada confirming confidentiality orders and decisions against counsel representing those witnesses in an investigation against the Department of Indian and Northern Affairs Development into a request for information made under the *Access to Information Act* that was denied. Application dismissed.

## APPEARANCES:

*Christopher M. Rupar* for applicant.  
*Daniel Brunet* and *Raynold Langlois, Q.C.* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant.  
*Office of the Information Commissioner of Canada, Ottawa, and Langlois Kronström Desjardins LLP, Montréal,* for respondent.

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

[1] DE MONTIGNY J.: This matter deals with the relationship between the Information Commissioner of Canada (the Commissioner) and the Attorney General of Canada (the Attorney General) when Crown servants, represented by lawyers from the Department of Justice, are compelled to give evidence before the Commissioner in the course of an investigation of a complaint made under the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 (the Act). It raises questions about the scope of the Commissioner's authority — particularly, whether the Commissioner improperly ordered confidentiality orders against government witnesses and their Department of Justice counsel.

[2] The Commissioner is named as respondent as it is his decision (or that of his delegate) that is under review and, in these circumstances, there is no other reasonable respondent. The alternative would be to name the

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le sous-commissaire à l'information du Canada a confirmé les ordonnances de confidentialité et les décisions prononcées contre les avocats représentant les témoins dans le cadre d'une enquête au sujet du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien relativement au rejet d'une demande d'information présentée en application de la *Loi sur l'accès à l'information*. Demande rejetée.

## ONT COMPARU :

*Christopher M. Rupar* pour le demandeur.  
*Daniel Brunet* et *Raynold Langlois, c.r.* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Le sous-procureur général du Canada* pour le demandeur.  
*Commissariat à l'information du Canada, Ottawa, et Langlois Kronström Desjardins S.E.N.C.R.L., Montréal,* pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE DE MONTIGNY : La présente affaire concerne les rapports qui existent entre le commissaire à l'information du Canada (le commissaire) et le procureur général du Canada (le procureur général) lorsque des fonctionnaires de la Couronne, représentés par des avocats du ministère de la Justice, sont forcés de témoigner devant le commissaire au cours d'une enquête menée à la suite d'une plainte portée en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 (la Loi). Elle soulève des questions au sujet de l'étendue des pouvoirs du commissaire et notamment la question de savoir si le commissaire a agi de façon irrégulière en prononçant des ordonnances de confidentialité contre des témoins du gouvernement et leurs avocats du ministère de la Justice.

[2] En l'espèce, le commissaire est désigné comme défendeur car c'est la décision que ce dernier a rendu qui fait l'objet d'un contrôle, et il était défendeur dans la décision à l'examen qu'il (ou son délégué) a prise. Dans

Attorney General of Canada as the respondent pursuant to subsection 303(2) of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 [r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)] (the Rules). However, as noted by this Court in *Canada (Attorney General) v. Canada (Information Commissioner)*, [2004] 4 F.C.R. 181 (the *Hartley* decision), that would lead to the absurd result of having the Attorney General as both applicant and respondent. To avoid that result, and as both parties are in agreement as to the standing of the Commissioner, I therefore grant leave as requested in the notice of application for the Commissioner to be the respondent in this application.

## BACKGROUND

[3] The facts underlying this application are not in dispute. The Commissioner commenced an investigation against the Department of Indian and Northern Affairs Development (DIAND) in respect of a request made under the Act. The person making the request sought a copy of a report by a management consulting firm that was to be provided to DIAND. Upon the refusal of DIAND to provide the report, the person who made the request lodged a complaint with the Commissioner, pursuant to subsection 30(1) [as am. by S.C. 1992, c. 21, s. 4] of the Act. The Deputy Information Commissioner (the Deputy Commissioner), Mr. Alan Leadbeater, began an *in camera* investigation.

[4] During the course of his investigation, the Deputy Commissioner subpoenaed a number of government employees to provide evidence under oath. Counsel from the Department of Justice accompanied the individuals to the examinations. At the beginning of the first hearing, on February 7, 2006, Mr. Leadbeater raised his concern with respect to the fact that counsel for the Department of Justice were representing both the witness and the Crown. He made the following comment (transcript of hearing of Andrew Lieff, applicant's record, at page 26):

This is an *in camera* process and it causes some bit of difficulty when we have a Justice counsel representing a witness because

ces conditions, il n'y a pas d'autre défendeur acceptable. La solution de rechange consisterait à désigner le procureur général du Canada à titre de défendeur conformément au paragraphe 303(2) des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 [règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)] (les Règles). Toutefois, ainsi que notre Cour l'a fait observer dans le jugement *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire à l'information)*, [2004] 4 R.C.F. 181 (le jugement *Hartley*), une telle façon de procéder mènerait à un résultat absurde puisque le procureur général serait à la fois demandeur et défendeur. Pour éviter ce résultat et comme les deux parties s'entendent sur la qualité du commissaire, j'accorde donc l'autorisation demandée dans l'avis de demande et je constitue donc le commissaire défendeur dans la présente instance.

## FAITS À L'ORIGINE DU LITIGE

[3] Les faits à l'origine de la présente demande ne sont pas contestés. Saisi d'une demande présentée en vertu de la Loi, le commissaire a ouvert une enquête au sujet du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien (le MAINC). L'auteur de la demande cherchait à obtenir une copie d'un rapport établi par une société de conseil en gestion qui devait être remis au MAINC. À la suite du refus du MAINC de lui communiquer le rapport en question, l'auteur de la demande a porté plainte devant le commissaire en vertu du paragraphe 30(1) [mod. par L.C. 1992, ch. 21, art. 4] de la Loi. Le sous-commissaire à l'information (le sous-commissaire), M. Alan Leadbeater, a ouvert une enquête à huis clos.

[4] Au cours de son enquête, le sous-commissaire a assigné à comparaître plusieurs employés du gouvernement en vue de les faire témoigner sous serment. Des avocats du ministère de la Justice accompagnaient ces personnes lors de leur interrogatoire. À l'ouverture de la première audience, le 7 février 2006, M. Leadbeater s'est dit préoccupé par le fait que les avocats du ministère de la Justice représentaient à la fois les témoins et Sa Majesté. Voici les propos qu'il a tenus (transcription de l'audience d'Andrew Lieff, dossier du demandeur, à la page 26) :

[TRADUCTION] Il s'agit d'une audience à huis clos, ce qui crée certaines difficultés lorsqu'un avocat du ministère de la Justice

we feel that there are two people in the room then; there's the witness and then there's the witness's employer is [*sic*] in the room. Also it's compounded a bit by the fact that the Justice counsel represents multiple witnesses.

[5] As a result of this concern, the Deputy Commissioner issued two sets of confidentiality orders. The first set was directed at individual witnesses (orders (witnesses)) and provided that each witness (applicant's record, at pages 12-15):

[...] shall not disclose the questions asked, answers given and exhibits used during his/her appearance before the Deputy Information Commissioner on [date], in any manner to anyone until the taking of evidence by the Deputy Information Commissioner from other employees of Indian and Northern Affairs Canada is complete, except to his/her counsel....

[6] The second set of confidentiality orders was directed at counsel representing these individual witnesses (orders (counsel)) and provided that each counsel (applicant's record, at pages 16-20):

[...] shall not disclose the questions asked, answers given and exhibits used ... during [the witness] testimony before the Deputy Information Commissioner on [date], in any manner to anyone, except on the lawful instruction of [the witness].

[7] Counsel representing the first witness immediately raised an objection to the confidentiality orders, and drew to the attention of the Deputy Commissioner the *Hartley* decision of this Court. Counsel read to the Deputy Commissioner numerous excerpts from that decision, and concluded that there was no need for these confidentiality orders since his clients were professionals prepared to give an honest and full account, and that they had already discussed this issue at length in a preliminary manner: applicant's record, at pages 30-38. The same objection was made by counsel at the commencement of the examination of all four witnesses.

[8] At the end of these submissions, the Deputy Commissioner indicated that he would reserve and give a written decision later. In the meantime, his confidentiality

représente un témoin parce que nous avons alors le sentiment qu'il y a deux personnes dans la salle : il y a le témoin et il y a l'employeur du témoin. Le problème est également quelque peu aggravé par le fait que l'avocat du ministère de la Justice représente de multiples témoins.

[5] Par suite de cette intervention, le sous-commissaire a prononcé deux séries d'ordonnances de confidentialité. La première visait les témoins individuels (les ordonnances (témoins)). Elle interdisait à chaque témoin (dossier du demandeur, aux pages 12 à 15) :

[TRADUCTION] [...] de divulguer les questions posées, les réponses données et les pièces utilisées lors de sa comparution devant le sous-commissaire à l'information le [date] de quelque façon que ce soit et à qui que ce soit tant que le sous-commissaire à l'information n'aura pas terminé de recueillir la déposition des autres employés du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, sauf son avocat [...]

[6] La seconde série d'ordonnances de confidentialité visait les avocats qui représentaient les témoins individuels en question (les ordonnances (avocats)). Elle interdisait à chaque avocat (dossier du demandeur, aux pages 16 à 20) :

[TRADUCTION] [...] de divulguer les questions posées, les réponses données et les pièces utilisées [...] au cours des témoignages entendus par le sous-commissaire à l'information le [date] de quelque façon que ce soit et à qui que ce soit, sauf instructions légitimes contraires [du témoin].

[7] L'avocat qui représentait le premier témoin s'est opposé sur-le-champ aux ordonnances de confidentialité, et a appelé l'attention du sous-commissaire sur le jugement *Hartley* de notre Cour. L'avocat a donné lecture au sous-commissaire de nombreux extraits de ce jugement et a conclu que les ordonnances de confidentialité en question étaient inutiles, car ses clients étaient des professionnels qui étaient disposés à témoigner de façon complète et honnête et que cette question avait déjà été débattue à fond à l'étape préliminaire (dossier du demandeur, aux pages 30 à 38). L'avocat a formulé la même objection au début de l'interrogatoire de chacun des quatre témoins.

[8] Après avoir entendu ces observations, le sous-commissaire a expliqué qu'il rendrait une décision par écrit plus tard. Dans l'intervalle, ses ordonnances de

orders were to remain in effect: applicant's record, at page 39.

#### THE IMPUGNED DECISION

[9] In his written reasons dated February 21, 2006 concerning the objection to the confidentiality restrictions imposed on the witnesses (the decision (witnesses)), the Deputy Commissioner essentially confirmed the orders (witnesses) but considering that the oral evidence of the associated witnesses had been completed, rescinded the orders. He stated:

Having taken this matter under advisement, it is my conclusion that the attached orders are necessary to protect the integrity of the investigation and are minimally invasive of the **Charter** right of free expression. I conclude from the nature of this complaint and investigative evidence received prior to the issuance of the orders that the investigation process should take into account the possibility of tailoring of evidence. The orders are of limited duration and were made in the context of gathering evidence from witnesses associated, or formerly associated, in the same workplace.

Given the purpose for which the orders were made, and given that the oral evidence of the associated witnesses has been given, the orders attached of confidentiality issued on February 7 and 8, 2006, with respect to Ms. C. Davis, Ms. M.D. Chartrand, Mr. A. Lieff and Ms. M. Pesant, are hereby rescinded and, from this date, are of no further force and effect.

[10] In another set of reasons, also dated February 21, 2006, concerning the objection to the confidentiality restrictions imposed on counsel for the witnesses (the decision (counsel)), the Deputy Commissioner denied the motion to rescind the orders. He wrote:

Having taken this matter under advisement, it is my conclusion that the orders are necessary, appropriate and lawful. In particular, in light of the requirements of section 35 of the **Access to Information Act**, I consider it necessary by these orders to establish the primacy of the individual solicitor-client relationship between a witness and his counsel on the one hand, over the solicitor-client relationship between the counsel and the Attorney General of Canada in his role as representative of the Crown, and over the relationship between the counsel and

confidentialité devaient demeurer en vigueur (dossier du demandeur, à la page 39).

#### LA DÉCISION CONTESTÉE

[9] Dans ses motifs écrits du 21 février 2006 concernant l'objection aux restrictions relatives à la confidentialité imposées aux témoins (la décision (témoins)), le sous-commissaire a essentiellement confirmé les ordonnances (témoins) mais, compte tenu du fait que les témoins associés avaient terminé leur déposition, il a révoqué les ordonnances. Il a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] Après avoir reporté le prononcé de la présente décision, j'en arrive à la conclusion que les ordonnances ci-jointes sont nécessaires pour assurer l'intégrité de l'enquête et qu'elles portent atteinte de façon minimale à la liberté d'expression garantie par la **Charte**. Je conclus, d'après la nature de la présente plainte et des éléments de preuve recueillis lors de l'enquête avant le prononcé des ordonnances, que la procédure d'enquête devrait tenir compte de la possibilité de faire concorder les divers témoignages. Les ordonnances ont une durée limitée et elles ont été prononcées en vue de recueillir les dépositions des témoins associés ou anciennement associés oeuvrant dans le même milieu de travail.

Compte tenu du but dans lequel les ordonnances ont été prononcées, et compte tenu des témoignages donnés par les témoins associés, les ordonnances de confidentialité ci-jointes prononcées les 7 et 8 février 2006 relativement à M<sup>me</sup> C. Davis, M<sup>me</sup> M.D. Chartrand, M. A. Lieff et M<sup>me</sup> M. Pesant, sont par les présentes révoquées et n'ont plus d'effet à compter de cette date.

[10] Dans une autre série de motifs, également datés du 21 février 2006, concernant l'objection aux restrictions relatives à la confidentialité imposées aux avocats des témoins (la décision (avocats)), le sous-commissaire a rejeté la requête en révocation des ordonnances. Il écrit ce qui suit :

[TRADUCTION] Après avoir reporté le prononcé de la présente décision, j'en arrive à la conclusion que les ordonnances sont nécessaires, appropriées et légitimes. En particulier, compte tenu des exigences de l'article 35 de la **Loi sur l'accès à l'information**, j'estime nécessaire, par ces ordonnances, de réaffirmer la préséance de la relation personnelle entre le témoin et son avocat d'une part, sur la relation entre l'avocat et le Procureur général du Canada en sa qualité de représentant de Sa Majesté et sur la relation entre l'avocat et les autres

their other witness clients, on the other hand. This distinction is vital to ensuring that witnesses are not put in the position of giving their evidence in the presence of their employer's representative or in the presence of other witnesses also represented by their counsel. Moreover, the witness clients are free at any time, from this date, to waive solicitor-client privilege and, thus, authorize their counsel to disclose their evidence, in whole or in part, to others.

For these reasons, I deny the motion to rescind the attached orders.

[11] On March 23, 2006, the applicant applied for judicial review of these decisions and sought an order setting them aside as being in excess of the Commissioner's jurisdiction. The Attorney General also requested, pursuant to rule 317 [as am. by SOR/2002-417, s. 19; 2006-219, s. 11(F)] of the Rules, that the Commissioner send a certified copy of the following material:

1. All material which the Information Commissioner's delegate considered in issuing the decisions of February 21, 2006, including, but without limiting the full and general request above, all correspondence, internal briefing notes, emails and other related documents, records, impressions, advice or communications; and,

2. All portions of the transcripts of the proceedings before the Information Commissioner's delegate of February 7, 2006, February 8, 2006 or any other date relating to the issuing of the decisions of February 21, 2006.

[12] The Commissioner objected to the applicant's request, pursuant to rule 318 of the Rules, except for portions of these transcripts of proceedings relating to representations made and reasons given with respect to the originating confidentiality orders and which are relevant to the decisions made on February 21, 2006. It was alleged that the remaining portions of the transcripts requested by the applicant are irrelevant or otherwise privileged under the Act by a statutory duty of secrecy and privilege relating to: (a) the secrecy of the investigation of these complaints (section 35 [as am. by S.C. 2007, c. 15, ss. 10, 12(F)]); (b) the confidentiality and the inadmissibility of any evidence, information and representations received or made during the investigation of this matter and of their existence (sections 36 [as am.

témoins clients, d'autre part. Cette distinction est vitale si l'on veut s'assurer que les témoins ne soient pas mis dans la position de devoir témoigner en présence du représentant de leur employeur ou d'autres témoins également représentés par leur avocat. Par ailleurs, il sera loisible aux témoins clients à compter de la présente date de renoncer en tout temps au privilège du secret professionnel de l'avocat et d'autoriser en conséquence leur avocat à divulguer en tout ou en partie leur témoignage à autrui.

Pour ces motifs, je rejette la requête en révocation des ordonnances ci-jointes.

[11] Le 23 mars 2006, le demandeur a présenté une demande de contrôle judiciaire des décisions en question et a réclamé une ordonnance annulant les ordonnances en question au motif qu'elles outrepassaient la compétence du commissaire. Le procureur général a également demandé, en vertu de la règle 317 [mod. par DORS/2002-417, art. 19; 2006-219, art. 11(F)] des Règles, que le commissaire envoie une copie certifiée conforme des pièces suivantes :

[TRADUCTION] 1. Toutes les pièces dont le délégué du commissaire à l'information a tenu compte pour rendre les décisions du 21 février 2006, y compris notamment toute la correspondance, ainsi que les notes d'information internes, courriels et autres documents, dossiers, impressions, avis ou communications connexes;

2. Tous les extraits de la transcription des débats qui ont eu lieu devant le délégué du commissaire à l'information les 7 et 8 février 2006 ou à toute autre date et qui se rapportent au prononcé des décisions du 21 février 2006.

[12] Le commissaire s'est opposé à la requête du demandeur en vertu de la règle 318 des Règles, sauf en ce qui concerne les extraits de la transcription des débats se rapportant aux observations formulées et aux motifs exposés relativement aux ordonnances de confidentialité originales et qui avaient trait aux décisions du 21 février 2006. Les extraits restants de la transcription réclamés par le demandeur ne seraient pas pertinents ou seraient par ailleurs protégés, en vertu de la Loi, par une obligation au secret et un privilège se rapportant : a) au secret des enquêtes menées sur ces plaintes (article 35 [mod. par L.C. 2007, ch. 15, art. 10, 12(F)]); b) à la confidentialité et à l'inadmissibilité des éléments de preuve, renseignements et observations reçus ou faits au cours de l'enquête et de leur existence (articles 36 [mod. par

by S.C. 2006, c. 9, s. 153] and 37); (c) the fact that the Commissioner is not a competent or compellable witness with respect to the information requested by the applicant (sections 63 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 187; S.C. 2006, c. 9, s. 157] and 65 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 187]); (d) the statutory prohibition for the Commissioner to disclose any information and material as requested by the applicants, except when it is necessary for the conduct of his investigations (sections 61, 62 and 64); (e) the common law “deliberative secrecy” privilege; and (f) the solicitor-client privilege. These claims of privilege by the Commissioner were not challenged by the applicant.

[13] A few days before the hearing, the Commissioner filed a motion for an order granting leave to file a supplementary affidavit and directing that affidavit to be filed on a confidential basis, with a public version (with the exhibits redacted) for the public record. The additional documentation appended as exhibits to this supplementary affidavit consists of letters between main counsel for the witnesses and the Deputy Commissioner generated in the course of the Commissioner’s investigation. This correspondence postdates the filing of the parties’ respective memoranda of fact and law. According to the respondent, this additional documentation would illustrate whether the witnesses’ counsel have been authorized to disclose the witnesses’ evidence. The Commissioner claims the letters, to the extent that they may have been protected by solicitor-client privilege, have been communicated to him by the Attorney General. He further argues that they are directly relevant to determining whether or not this application is moot. In light of the confidentiality requirements imposed by the Act, the Commissioner nevertheless submits that the material sought to be filed should be made subject to an order that seals it from the public record.

## THE ISSUES

[14] This application for judicial review raises three preliminary questions as well as two substantive issues. They can be framed as follows:

a. Are the affidavit and supplementary affidavit of Ms. Poirier filed by the respondent admissible?

L.C. 2006, ch. 9, art. 153] et 37); c) au fait que le commissaire n’ait pas qualité pour témoigner et ne peut y être contraint au sujet des renseignements réclamés par le demandeur (articles 63 [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 27, art. 187; L.C. 2006, ch. 9, art. 157] et 65 [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 27, art. 187]); d) à l’interdiction faite par la loi au commissaire de communiquer les renseignements ou les pièces réclamés par les demandeurs, sauf dans la mesure où cela est nécessaire au déroulement de ses enquêtes (articles 61, 62 et 64); e) au privilège de common law relatif au « secret du délibéré »; f) au privilège du secret professionnel de l’avocat. Le demandeur n’a pas contesté les privilèges en question réclamés par le commissaire.

[13] Quelques jours avant l’audience, le commissaire a déposé une requête visant à obtenir une ordonnance lui accordant l’autorisation de déposer un affidavit complémentaire et prévoyant le dépôt d’un affidavit, sous le sceau de la confiance, avec une version publique (dont les pièces seraient retranchées) à verser au dossier public. Les pièces complémentaires annexées à cet affidavit supplémentaire consistent en la correspondance échangée au cours de l’enquête du commissaire entre l’avocat principal des témoins et le sous-commissaire. Cette correspondance est postérieure au dépôt du mémoire respectif des parties. Suivant le défendeur, ces pièces supplémentaires illustreraient si les avocats des témoins ont été autorisés à divulguer le témoignage des témoins. Le commissaire prétend que les lettres, dans la mesure où elles étaient protégées par le secret professionnel de l’avocat, lui ont été communiquées par le procureur général. Il soutient en outre qu’elles sont directement pertinentes pour déterminer si la présente demande est théorique ou non. Le commissaire affirme néanmoins que, vu les exigences de confidentialité imposées par la Loi, les documents à déposer devraient faire l’objet d’une ordonnance de confidentialité.

## QUESTIONS EN LITIGE

[14] La présente demande de contrôle soulève trois questions préliminaires ainsi que deux questions de fond. On peut les formuler comme suit :

a. L’affidavit et l’affidavit supplémentaire de M<sup>me</sup> Poirier déposés par le défendeur sont-ils admissibles?

b. Is this judicial review application time barred?

c. Is the relief sought moot?

d. Was the Commissioner empowered to issue the impugned orders and decisions? More specifically, do they impermissibly interfere with the solicitor-client privilege?

e. Do the impugned orders and decisions violate the right to freedom of expression as guaranteed by paragraph 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (the Charter) and if so, is this restriction justified pursuant to section 1 of the Charter?

#### ANALYSIS

(a) The admissibility of Ms. Poirier's affidavits

[15] The two affidavits sworn by Ms. Poirier, a paralegal with the Office of the Commissioner, raise different issues and I shall therefore deal with them separately. Starting with the first affidavit, it is essentially a means to introduce correspondence between counsel which postdates the application for judicial review, as well as to introduce an affidavit and cross-examination in earlier legal proceedings. The respondent contends that the correspondence is filed to show that, although given the opportunity to do so, the applicant opted not to put any evidence before this Court as to whether or not the witnesses had authorized their counsel to disclose their *in camera* evidence. As for the affidavit and cross-examination, the respondent submits that they would be relevant to circumscribe the *Hartley* decision and to show that the matter of multiple representations by lawyers of the Department of Justice representing the Crown interests and Crown servants and the mutual sharing of information is a controversial issue even within the Department of Justice. In short, counsel for the respondent argues that all the documents appended to the affidavit are general background information and should therefore be admissible.

b. La présente demande de contrôle judiciaire est-elle prescrite?

c. La réparation sollicitée est-elle théorique?

d. Le commissaire était-il habilité à prononcer les ordonnances et les décisions contestées? Plus précisément, ces mesures portent-elles atteinte de manière inacceptable au secret professionnel de l'avocat?

e. Les ordonnances et les décisions contestées portent-elles atteinte à la liberté d'expression garantie par l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la Charte) et, dans l'affirmative, cette restriction se justifie-t-elle par application de l'article premier de la Charte?

#### ANALYSE

a) Admissibilité des affidavits de M<sup>me</sup> Poirier

[15] Les deux affidavits souscrits par M<sup>me</sup> Poirier, une technicienne juridique travaillant au Commissariat, soulèvent des questions distinctes. Je vais donc les traiter séparément. Pour ce qui est tout d'abord du premier affidavit, il s'agit essentiellement d'un moyen d'introduire des lettres échangées entre les avocats qui sont postérieures à la demande de contrôle judiciaire et d'introduire un affidavit et un contre-interrogatoire se rapportant à une instance judiciaire antérieure. Le défendeur soutient que la correspondance en question est déposée pour démontrer que, bien que la possibilité lui en ait été offerte, le demandeur a choisi de ne pas soumettre d'éléments de preuve à notre Cour au sujet de la question de savoir si les témoins avaient autorisé ou non leur avocat à divulguer la preuve présentée à huis clos. En ce qui concerne l'affidavit et le contre-interrogatoire, le défendeur soutient qu'ils seraient pertinents pour délimiter la portée du jugement *Hartley* et pour démontrer que le fait que les avocats du ministère de la Justice qui défendent les intérêts de Sa Majesté et des préposés de la Couronne représentent plusieurs clients et s'échangent des renseignements est une question controversée même à l'intérieur du ministère



[16] This argument is flawed in more than one respect. First of all, it is well established that judicial review of a decision maker's order or decision is based on the record before the decision maker at the time the impugned decision was made. The Attorney General made a request pursuant to rule 317 of the Rules for the material before the Deputy Commissioner when the decisions of February 21, 2006 were made. Some material was provided in response to that request. If any of the exhibits in the Poirier affidavit were before the decision maker, they should have been included in the rule 317 material filed by the Commissioner.

[17] It is true that general background information or evidence that goes to the jurisdiction of the decision maker should be admissible. I do not think, however, that any of the exhibits in the first Poirier affidavit fit within this exception. First of all, the correspondence between counsels has no bearing on the jurisdictional issue and could at best demonstrate that the orders (counsel) and decision (counsel) are not of any practical effect anymore. But that evidence, *per se*, would not be determinative of the mootness issue. More importantly, the applicant cannot be compelled to answer counsel for the respondent's letter, as the information sought (i.e. whether the witnesses have authorized their counsel to disclose or use their testimonies) is protected by solicitor-client privilege. I therefore fail to see the relevance or usefulness of this correspondence.

[18] As to the affidavit of Mr. Saunders and his cross-examination, they were generated in the context of a different proceeding dealing with different orders issued by the Deputy Commissioner in 2001. I am not convinced that they are essential to properly circumscribe the proper scope of the *Hartley* decision; the reasons of my colleague

de la Justice. En bref, l'avocat du défendeur soutient que tous les documents annexés à l'affidavit constituent des renseignements généraux qui devraient de ce fait être admissibles.

[16] Cet argument est mal fondé à plusieurs égards. Tout d'abord, il est de jurisprudence constante que le contrôle judiciaire d'une ordonnance ou d'une décision s'effectue sur le fondement du dossier dont disposait l'auteur de la décision à la date de la décision contestée. Le procureur général a réclamé en vertu de la règle 317 des Règles les documents et éléments matériels dont disposait le sous-commissaire lorsque les décisions du 21 février 2006 ont été prises. Certains de ces documents et éléments matériels ont été communiqués en réponse à cette demande. Si des annexes jointes à l'affidavit de M<sup>me</sup> Poirier avaient été portées à l'attention de l'auteur de la décision, elles auraient dû faire partie des documents et éléments matériels déposés par le commissaire conformément à la règle 317 des Règles.

[17] Il est vrai que les renseignements généraux et les éléments de preuve qui portent sur la compétence de l'auteur de la décision devraient être admissibles. Je ne crois cependant pas que les annexes jointes au premier affidavit de M<sup>me</sup> Poirier tombent sous le coup de cette exception. En tout premier lieu, la correspondance échangée entre les avocats n'a aucune incidence sur la question de la compétence et elle pourrait au mieux démontrer que les ordonnances (avocats) et la décision (avocats) n'ont plus aucun effet pratique. Mais, en eux-mêmes, ces éléments de preuve ne permettraient pas de trancher la question du caractère théorique. Mais surtout, on ne peut contraindre le demandeur à répondre à la lettre de l'avocat du défendeur, car les renseignements réclamés (en l'occurrence la question de savoir si les témoins ont autorisé leur avocat à divulguer ou à utiliser leur témoignage) sont protégés par le secret professionnel de l'avocat. Je ne vois donc pas la pertinence ou l'utilité de cette correspondance.

[18] Quant à l'affidavit et au contre-interrogatoire de M. Saunders, ils ont été générés dans le cadre d'une instance différente portant sur des ordonnances différentes prononcées par le sous-commissaire en 2001. Je ne suis pas convaincu qu'ils sont essentiels pour bien cerner la portée du jugement *Hartley*; les motifs de ma collègue la

Justice Dawson are quite elaborate and thorough, and do not require extrinsic material to be understood both in terms of the findings and of the underlying rationale. The fact that there may be different views within the Department of Justice as to the matter of multiple representations is equally irrelevant for the purpose of determining whether the Commissioner could validly make the orders and decisions that are the subject of this judicial review. For all of these reasons, I am therefore of the opinion that the first affidavit of Ms. Poirier should be struck and disregarded.

[19] The second affidavit of Ms. Poirier, brought on motion by the respondent on April 23, 2007, raises similar issues. At the hearing, I indicated that I would grant the motion, not so much because I was convinced the documents were clearly relevant, but in order to make sure the record was as comprehensive as possible. I came to that conclusion after counsel for the Attorney General conceded that he would not be taken by surprise, and after having explicitly stated that the applicant was under no obligation to file this material. Having now had a chance to review more closely these documents as well as the parties' submissions, I am definitely of the view that this material is at best of marginal relevance to the issues raised in this proceeding.

[20] As previously mentioned, the additional documentation sought to be introduced in evidence consists of correspondence between counsel generated in the course of the Commissioner's ongoing investigation and which postdates the application for judicial review by the applicant. To the extent that these letters purported to demonstrate what instructions have been provided to counsel in respect of the decisions at issue, they are quite clearly inadmissible as they would interfere with the solicitor-privilege between the witnesses and their counsel.

[21] Furthermore, I find the timing of this motion curious. The respondent has been aware of the letters for many months yet has waited until mere days before the hearing of the application to bring the motion. A motion pursuant to rule 312 of the Rules should not deal with

juge Dawson sont fort détaillés et complets, et il n'est pas nécessaire de recourir à des éléments extrinsèques pour comprendre les conclusions qu'elle a tirées ou pour suivre le fil de son raisonnement. Le fait qu'il puisse exister diverses opinions au sein du ministère de la Justice sur la question du cumul des mandats juridiques n'est pas davantage pertinente pour décider si le commissaire pouvait valablement rendre les ordonnances et les décisions qui font l'objet du présent contrôle judiciaire. Pour tous ces motifs, je suis par conséquent d'avis que le premier affidavit de M<sup>me</sup> Poirier devrait être écarté et radié.

[19] Le second affidavit de M<sup>me</sup> Poirier, qui était annexé à la requête présentée par le défendeur le 23 avril 2007, soulève des questions analogues. À l'audience, j'ai précisé que je ferais droit à la requête, non pas tant parce que j'étais convaincu que les documents étaient de toute évidence pertinents que pour m'assurer que le dossier soit aussi complet que possible. J'en suis arrivé à cette conclusion après que l'avocat du procureur général eut admis qu'il ne serait pas pris au dépourvu, et après avoir déclaré expressément que le demandeur n'était nullement tenu de produire ces documents. Comme j'ai eu depuis l'occasion d'examiner de plus près ces documents ainsi que les arguments des parties, je suis sans hésitation d'avis que ces pièces sont, au mieux, d'une utilité négligeable pour trancher les questions soulevées dans le cadre de la présente instance.

[20] Ainsi que je l'ai déjà mentionné, les documents supplémentaires que l'on cherche à déposer en preuve consistent en la correspondance qui a été échangée entre les avocats dans le cadre de l'enquête en cours menée par le commissaire et qui est postérieure à la demande de contrôle judiciaire du demandeur. Dans la mesure où ces lettres sont censées démontrer quelles instructions ont été données aux avocats en ce qui a trait aux décisions en question, elles ne sont manifestement pas admissibles, car elles porteraient atteinte au secret professionnel qui lie l'avocat aux témoins.

[21] Qui plus est, je trouve curieux le moment choisi pour présenter cette requête. Le défendeur était au courant de l'existence de ces lettres depuis des mois et pourtant, il a attendu quelques jours avant l'instruction de la demande pour présenter sa requête. Une requête fondée

material that could have been made available at an earlier date: *Mazhero v. Canada (Industrial Relations Board)* (2002), 292 N.R. 187 (F.C.A.), at paragraph 5.

[22] Finally, I agree with the applicant that the letters the respondent wishes to file in the Court record are at best of marginal relevance. As already indicated, they cannot be determinative of the mootness issue. Moreover, the confidentiality orders and decisions against counsel who represented the witnesses before the Deputy Commissioner have not been rescinded. Since it is the jurisdiction to make these confidentiality orders and decisions and to make them contingent on a waiver of the solicitor-client privilege by the witnesses that is at stake, the issue necessarily survives the subsequent actions of the parties; even if the parties were to waive the privilege, the jurisdiction of the Deputy Commissioner to make the orders and decision in the first place would still be very much alive. Indeed, the effectiveness of the Deputy Commissioner's decisions would be spent as a result of the fulfillment of a condition the imposition of which is itself challenged. For all of these reasons, I would therefore dismiss the applicant's motion and exclude the second affidavit of Ms. Poirier from the record if I were to look at it afresh. But having granted the motion at the hearing, I am not prepared to vary my decision, if only because I made it clear from the outset that the additional documentation was at best of marginal relevance. In any event, it does not make much difference whether the motion is granted or not, as the documentation adduced can only have a minimal impact on the result of this application for judicial review.

(b) Is this application for judicial review time-barred?

[23] The respondent argues that the true purpose of the judicial review application is to quash the confidentiality orders issued by the Deputy Commissioner on February 7th and 8th, as it is these orders which impose the alleged

sur la règle 312 des Règles ne devrait pas porter sur des documents qui auraient pu être communiqués à une date antérieure (*Mazhero c. Canada (Conseil canadien des relations industrielles)*, 2002 CAF 295, au paragraphe 5).

[22] Enfin, je suis d'accord avec le demandeur pour dire que les lettres que le défendeur souhaite verser au dossier de la Cour sont, au mieux, d'une utilité négligeable. Ainsi que je l'ai déjà expliqué, elles ne permettent pas de trancher la question du caractère théorique. De plus, les ordonnances de confidentialité et les décisions prises contre les avocats qui représentaient les témoins devant le sous-commissaire n'ont pas été révoquées. Comme le débat porte sur la compétence pour rendre ces ordonnances de confidentialité et ces décisions et sur la compétence pour rendre ces ordonnances conditionnelles à une renonciation, par les témoins, au privilège du secret professionnel de l'avocat, la question en litige continue nécessairement à se poser indépendamment des agissements ultérieurs des parties. Ainsi, même si les parties devaient renoncer au privilège, la question de la compétence du sous-commissaire pour prononcer au départ les ordonnances et les décisions continuerait à se poser avec tout autant d'acuité. D'ailleurs, la décision du sous-commissaire perdrait toute efficacité en cas de réalisation de la condition dont l'imposition est elle-même contestée. Pour tous ces motifs, je rejetterais par conséquent la requête du demandeur et j'écarterais le second affidavit de M<sup>me</sup> Poirier du dossier si je devais en reprendre l'examen à partir du début. Mais, comme j'ai fait droit à la requête à l'audience, je ne suis pas disposé à revenir sur ma décision, ne serait-ce que parce que j'ai bien précisé dès le début que les documents supplémentaires avaient au mieux une utilité négligeable. En tout état de cause, le fait d'accueillir ou de rejeter la requête ne change pas vraiment grand-chose, puisque les pièces produites ne peuvent avoir qu'une incidence minimale sur le sort de la présente demande de contrôle judiciaire.

b) La présente demande de contrôle judiciaire est-elle prescrite?

[23] Le défendeur soutient que l'objet véritable de la demande de contrôle judiciaire est de faire annuler les ordonnances de confidentialité prononcées par le sous-commissaire les 7 et 8 février, car ce sont ces ordonnances

undue interference or restrictions. The decisions of February 21, 2006 are merely the written reasons or confirmation of the orders, according to this argument. Since judicial review applications must be commenced within 30 days after the time the “decision or order was first communicated,” pursuant to subsection 18.1(2) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)] (the *Federal Courts Act*), the application should be dismissed as it was filed on March 23, 2006.

[24] Having considered the orders and the decisions, I do not think the latter can be characterized as mere confirmations of the February 7th and 8th orders. Rather, it appears from the transcript of the hearing (applicant’s record, at page 39) that the Deputy Commissioner was asked to decide whether or not to rescind the original orders. Even if he eventually confirmed his original orders in his February 21st decisions, I believe the orders and the decisions are separate “decisions” for the purpose of section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act*.

[25] This Court dealt at length with this question in *Dumbrava v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 101 F.T.R. 230 (F.C.T.D.). After reviewing the case law, Justice Noël (as he then was) wrote (at paragraph 15):

Whenever a decision-maker who is empowered to do so agrees to reconsider a decision on the basis of new facts, a fresh decision will result whether or not the original decision is changed, varied or maintained. What is relevant is that there be a fresh exercise of discretion, and such will always be the case when a decision-maker agrees to reconsider his or her decision by reference to facts and submissions which were not on the record when the original decision was reached. [Footnote omitted.]

See also: *Taylor v. Canada (Public Service Commission)*, 2003 FCT 566.

qui se traduisent par l’ingérence indue ou par les restrictions reprochées. Selon cet argument, les décisions du 21 février 2006 ne seraient que la motivation écrite ou la confirmation des ordonnances. Comme toute demande de contrôle judiciaire doit, aux termes du paragraphe 18.1(2) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)] (la *Loi sur les Cours fédérales*), être présentée dans les 30 jours « qui suivent la première communication, par l’office fédéral, de sa décision ou de son ordonnance », la demande doit être rejetée, étant donné qu’elle a été présentée le 23 mars 2006.

[24] Après examen des ordonnances et des décisions, je ne crois pas qu’on puisse qualifier celles-ci de simples confirmations des ordonnances des 7 et 8 février. Il ressort plutôt de la transcription de l’audience (dossier du demandeur, à la page 39) que le sous-commissaire était appelé à se prononcer sur l’opportunité de révoquer ou non les ordonnances initiales. Même s’il a finalement confirmé ses ordonnances initiales dans ses décisions du 21 février, j’estime que les ordonnances et les décisions constituent des « décisions » distinctes au sens de l’article 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[25] Notre Cour a examiné cette question à fond dans l’affaire *Dumbrava c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 1238 (1<sup>re</sup> inst.) (QL). Après avoir passé en revue la jurisprudence, le juge Noël (maintenant juge à la Cour d’appel) a écrit ce qui suit (au paragraphe 15) :

Chaque fois qu’une autorité décisionnaire qui y est habilitée accepte de revoir une décision à la lumière de faits nouveaux, il en résultera une nouvelle décision, que la décision initiale soit changée, modifiée ou maintenue. La question qui se pose est de savoir s’il y a un nouvel exercice du pouvoir discrétionnaire, et il en sera toujours ainsi lorsque l’autorité décisionnaire accepte de revoir sa décision à la lumière de faits et d’arguments dont elle n’avait pas été saisie au moment de la décision initiale. [Note de bas de page omise.]

Voir également : *Taylor c. Canada (Commission de la fonction publique)*, 2003 CFPI 566.

[26] Accordingly, I am not prepared to dismiss this application for judicial review on the basis that it was filed too late. The orders and the decisions may have been related, but they were separate even if the decisions eventually confirmed the previous orders.

(c) Is the application for judicial review moot?

[27] Counsel for the respondent contended that this Court should refuse to entertain this application for judicial review because it is moot, unnecessary and improper. While this may be so with respect to the orders (witnesses) and the decision (witnesses), it is clearly not the case as for the orders (counsel) and decision (counsel).

[28] It will be recalled that in his decision of February 21, 2006 the Deputy Commissioner rescinded the confidentiality orders imposing confidentiality restrictions on the witnesses. In light of the fact that these orders were made in the context of gathering evidence from witnesses associated, or formerly associated, in the same workplace, the Deputy Commissioner was of the view that the orders were no more necessary once the oral evidence of the associated witnesses had been given. I would therefore agree with the respondent that there cannot possibly be any useful purpose, practical effect or benefit to pursuing the judicial review application in this respect.

[29] The same cannot be said, however, of the orders and decision pertaining to counsel. In his February 21, 2006 decision, the Deputy Commissioner maintained his orders and refused to rescind them as he believed they were essential to ensure the witnesses would not be put in the position of giving their evidence in the presence of their employer's representative or in the presence of other witnesses also represented by the same counsel. To be furthered, this objective called for the permanent nature of his previous orders, unless the witnesses were prepared to waive solicitor-client privilege.

[26] En conséquence, je ne suis pas disposé à rejeter la présente demande de contrôle judiciaire pour cause de tardivité. Les ordonnances et les décisions étaient peut-être reliées, mais elles étaient distinctes et ce, même si les décisions ont finalement confirmé les ordonnances précédentes.

c) La demande de contrôle judiciaire est-elle théorique?

[27] Les avocats du défendeur soutiennent que la Cour devrait refuser d'entendre la présente demande de contrôle judiciaire parce qu'elle est théorique, inutile et irrecevable. Bien que cela puisse être vrai en ce qui concerne les ordonnances (témoins) et la décision (témoins), on ne peut certainement pas en dire autant dans le cas des ordonnances (avocats) et de la décision (avocats).

[28] On se souviendra que, dans sa décision du 21 février 2006, le sous-commissaire a révoqué les ordonnances de confidentialité qui imposaient aux témoins certaines restrictions en ce qui concerne la confidentialité. Compte tenu du fait que ces ordonnances ont été prononcées dans le contexte de la cueillette d'éléments de preuve auprès de témoins qui étaient associés ou avaient été associés dans le même milieu de travail, le sous-commissaire s'est dit d'avis que les ordonnances n'étaient plus nécessaires une fois que la déposition des témoins associés avait été recueillie. Je suis en conséquence d'accord avec le défendeur pour affirmer que la poursuite de la demande de contrôle judiciaire ne saurait comporter la moindre utilité, effet pratique ou avantage concret.

[29] On ne saurait toutefois en dire autant des ordonnances et de la décision visant les avocats. Dans sa décision du 21 février 2006, le sous-commissaire a confirmé ses ordonnances et a refusé de les révoquer, car il estimait qu'elles étaient essentielles pour s'assurer que les témoins ne soient pas forcés de témoigner en présence du représentant de leur employeur ou d'autres témoins représentés par le même avocat. Pour atteindre cet objectif, il était nécessaire que ses ordonnances antérieures soient permanentes, à moins que les témoins ne soient disposés à renoncer au privilège du secret professionnel de l'avocat.

[30] It is true that there is no evidence on the record as to whether counsel has or has not been authorized by the witnesses to disclose the evidence. Contrary to the respondent's contention, this is not material to the resolution of the issue raised by the applicant. If the Deputy Commissioner does not have the jurisdiction to subject counsel to such a restriction, the fact that it has been complied with does not cure the potential defect of the orders. Had it not been for those orders, counsel would have been able to share the evidence with other witnesses and with their employer without the consent of their clients. Even if counsel were eventually able to share the evidence as a result of the witnesses waiving the solicitor-client privilege, one could argue that counsel was still governed by the orders in securing the waiver.

[31] I am therefore of the opinion that this issue is far from being moot, as the orders are of an ongoing nature. Even if counsel were eventually authorized to share the information, it would still be in furtherance of the orders. Moreover, the jurisdiction of the Deputy Commissioner to make such an order has been fully debated by counsel, both orally and in writing. It is certainly not an inappropriate use of judicial resources to decide the issue in that context, to the extent that it will most likely arise again in other cases involving a Department of Justice counsel representing one or more employees in an investigation conducted pursuant to the Act.

(d) Do the orders (counsel) and decision (counsel) impermissibly impinge on the solicitor-client privilege?

[32] Before embarking upon an analysis of the Deputy Commissioner's power and of the validity of the impugned orders and decision, the Court must determine the applicable standard of review. Counsel for both parties appropriately agreed that correctness is the appropriate standard, at least with respect to the jurisdictional issue. My colleague Justice Dawson came

[30] Il est vrai que le dossier ne renferme pas d'éléments de preuve permettant de savoir si l'avocat a été autorisé ou non par les témoins à divulguer la preuve. Contrairement à ce qu'affirme le défendeur, cet aspect n'est pas essentiel pour pouvoir trancher la question soulevée par le demandeur. Si le sous-commissaire n'a pas la compétence pour assujettir les avocats à pareille restriction, le fait que celle-ci a été respectée ne purge pas l'éventuel défaut dont les ordonnances seraient entachées. N'eut été de ces ordonnances, les avocats auraient été en mesure de communiquer la preuve à d'autres témoins et à leur employeur sans le consentement de leurs clients. Même si l'avocat était éventuellement en mesure de communiquer la preuve par suite de la renonciation, par les témoins, au privilège du secret professionnel de l'avocat, on pourrait soutenir que l'avocat serait quand même régi par les ordonnances pour ce qui est de la nécessité d'obtenir la renonciation.

[31] J'estime par conséquent que cette question est loin d'être théorique, étant donné que les ordonnances sont permanentes. Même si l'avocat était finalement autorisé à communiquer les renseignements en question, il favoriserait quand même l'exécution des ordonnances. Qui plus est, la compétence du sous-commissaire pour prononcer une telle ordonnance a été débattue en long et en large par les avocats, tant oralement que par écrit. On ne ferait certainement pas un mauvais usage des ressources judiciaires si l'on se prononçait sur cette question dans ce contexte, dans la mesure où cette question sera fort probablement soulevée de nouveau dans d'autres affaires mettant en cause un avocat du ministère de la Justice représentant un ou plusieurs employés dans le cadre d'une enquête menée sous le régime de la Loi.

d) Les ordonnances (avocats) et la décision (avocats) portent-elle atteinte de façon inacceptable au privilège du secret professionnel de l'avocat?

[32] Avant de se lancer dans une analyse des pouvoirs du sous-commissaire et du bien-fondé des ordonnances et de la décision contestée, la Cour doit déterminer la norme de contrôle applicable. Les avocats des deux parties ont convenu, à juste titre, que la norme appropriée est celle de la décision correcte, du moins en ce qui a trait à la question de la compétence. Ma collègue la juge

to the same conclusion in the *Hartley* decision, after having applied the four factors of the pragmatic and functional approach. While the issue in that case was the jurisdiction of the Deputy Commissioner to issue confidentiality orders directed at the witnesses, I can see no reason why her reasoning would not be equally applicable to the question at bar, that is, whether the Commissioner was empowered to issue confidentiality orders directed at counsel.

[33] In his written submissions, counsel for the respondent argued that the Commissioner and his delegates nevertheless should be entitled to considerable deference with respect to the conduct of the investigation, and that his conclusions respecting the concerns raised by the multiple representations of counsel for the Department of Justice and their impact on his decision to issue confidentiality orders should be reviewed on the patently unreasonable standard. This is no doubt true, assuming the Commissioner has the authority to make the orders in the first place. But if the orders are of such a nature as to unnecessarily infringe on the solicitor-client privilege, or if it contravenes the Charter, no deference will be owed to the Commissioner. This is precisely the issue in the case at bar.

[34] Both parties agree on the importance of preserving solicitor-client privilege. Not surprisingly, however, they don't see eye to eye on the consequences to be drawn from this recognition and come to a different interpretation of the Deputy Commissioner's orders. Counsel for the applicant repeatedly stressed the fundamental nature of this privilege and relied on a number of Supreme Court cases for the proposition that solicitor-client privilege can be infringed only when it is "absolutely necessary" to do so to achieve the ends of the enabling legislation: see, for example, *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445; *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455; *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860 (*Descôteaux*); *Solosky*

Dawson est arrivée à la même conclusion dans le jugement *Hartley*, après avoir appliqué les quatre facteurs de l'analyse pragmatique et fonctionnelle. Bien que la question en litige dans cette affaire fût celle de la compétence du sous-commissaire pour prononcer des ordonnances de confidentialité visant les témoins, je ne vois aucune raison pour laquelle le raisonnement de la juge Dawson ne s'appliquerait pas tout aussi bien à la question qui nous occupe en l'espèce, en l'occurrence la question de savoir si le commissaire était habilité à prononcer des ordonnances de confidentialité visant les avocats.

[33] Dans ses observations écrites, l'avocat du défendeur fait valoir que le commissaire et ses délégués devraient quand même avoir droit à un degré élevé de retenue de notre part en ce qui a trait au déroulement de l'enquête. L'avocat a ajouté que les conclusions tirées par le commissaire au sujet des réserves exprimées au sujet du cumul de mandats de la part des avocats du ministère de la Justice et de l'incidence de ce cumul sur sa décision de prononcer des ordonnances de confidentialité devraient faire l'objet d'un contrôle selon la norme de la décision manifestement déraisonnable. L'avocat du défendeur a sans doute raison, si l'on part du principe que le commissaire est effectivement habilité au départ à prononcer ce type d'ordonnance. Mais si les ordonnances sont d'une nature telle qu'elles portent inutilement atteinte au secret professionnel de l'avocat, ou si elles contreviennent à la Charte, il n'y a pas lieu de faire preuve de retenue envers les décisions du commissaire. C'est précisément la question en litige dans le cas qui nous occupe.

[34] Les deux parties s'entendent sur l'importance que revêt la protection du secret professionnel de l'avocat. On ne sera toutefois pas étonné d'apprendre que les parties divergent d'opinion sur les conséquences qu'entraîne cette reconnaissance et sur le fait qu'elles interprètent différemment les ordonnances du sous-commissaire. L'avocat du demandeur insiste sur la nature fondamentale de ce privilège et invoque plusieurs arrêts de la Cour suprême à l'appui de la proposition qu'on ne peut porter atteinte au secret professionnel de l'avocat que lorsque cela est « absolument nécessaire » pour réaliser les objectifs de la loi habilitante (voir, par exemple, l'arrêt *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445;

*v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*; *White, Ottenheimer & Baker v. Canada (Attorney General)*; *R. v. Fink*, [2002] 3 S.C.R. 209 (*Lavallee, Rackel & Heintz*); *Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)*, [2004] 1 S.C.R. 809.

[35] According to the applicant's submission, the Deputy Commissioner has interfered with the solicitor-client relationship of the individuals (and of the federal Crown) and their counsel by setting the terms of a solicitor-client relationship of another party, by interfering with the communications that may pass between counsel and client, and by making a link between the order that constrains solicitor-client privilege and the waiver of that privilege. As a result, the privilege would no longer be absolute, but rather be in the hands of a party who is a stranger to the relationship. Yet, there is nothing in the common law nor in the Act authorizing the Commissioner or his delegates to create such an exception to the privilege. Nor is there any evidence to support the presumption that Department of Justice counsel would be in a conflict of interest, torn between their loyalty to the individual witnesses and the Crown.

[36] Counsel for the respondent, on the other hand, placed a lot of emphasis on the public policy underlying the Act, on the role of the Commissioner in carrying out his mandate, and on the private and *ex parte* nature of the investigations. In that context, it was argued that the Commissioner can impose a confidentiality order to ensure that the rights of the witnesses are protected and that the Attorney General is excluded from the proceeding. If the Attorney General had a *de facto* right to attend all hearings simply by providing counsel to the witnesses compelled to give evidence, it was submitted, the investigatory process would simply be unworkable and profoundly undermined.

[37] Considering this potential conflict of interest between Crown servants and the Attorney General, and

*Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455; *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860 (*Descôteaux*); *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*; *White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général)*; *R. c. Fink*, [2002] 3 R.C.S. 209 (*Lavallee, Rackel & Heintz*); *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [2004] 1 R.C.S. 809).

[35] Suivant l'argument du demandeur, le sous-commissaire s'est ingéré dans la relation avocat-client qui existait entre les personnes physiques en cause (et la Couronne fédérale) et leurs avocats en définissant les modalités de la relation avocat-client d'une autre personne, en s'immisçant dans les communications qui peuvent être échangées entre un avocat et son client et en établissant un lien entre l'ordonnance qui restreint le privilège du secret professionnel de l'avocat et la renonciation à ce privilège. Le privilège ne pourrait donc plus être absolu : il serait à la merci d'un tiers étranger à la relation. Pourtant, il n'y a rien dans la common law ou dans la Loi qui autorise le commissaire ou ses délégués à créer une telle exception au privilège. Et il n'y a pas non plus d'éléments de preuve qui appuient la présomption que les avocats du ministère de la Justice se trouveraient en conflit d'intérêts, déchirés entre leur loyauté envers, d'une part, les témoins et, d'autre part, la Couronne.

[36] En revanche, les avocats du défendeur tablent fortement sur les considérations d'ordre public sous-jacentes à la Loi, sur le rôle que le commissaire est appelé à jouer dans l'exécution de son mandat, et sur le caractère privé et *ex parte* des enquêtes. Dans ce contexte, les avocats du défendeur soutiennent que le commissaire peut imposer une ordonnance de confidentialité pour s'assurer que les droits des témoins soient protégés et pour garantir que le procureur général soit tenu à l'écart de la procédure. Le défendeur fait valoir que, si le procureur général avait un droit *de facto* de participer à toutes les audiences simplement en offrant les services d'un avocat aux témoins contraints de témoigner, la procédure d'enquête serait tout simplement impraticable, en plus d'être dangereusement perturbée.

[37] Compte tenu du conflit d'intérêts éventuel qui existe entre les préposés de la Couronne et le procureur



to ensure that witnesses will remain in control of the disclosure of their testimonies notwithstanding the fact they are represented by counsel who also represent the Attorney General and the head of the government institution whose decision to refuse disclosure is being investigated, the Commissioner must therefore be empowered to make the impugned confidentiality orders, so the argument goes. Indeed, counsel for the Commissioner submitted that the effect of the orders was simply to reiterate the basic principle of solicitor-client privilege given the many hats worn by counsel from the Department of Justice.

[38] Many of the arguments raised by the parties have been canvassed at length by Justice Dawson in the *Hartley* decision (reversed on appeal, [2005] 4 F.C.R. 673, but not on this ground), and counsel referred extensively to that ruling in their oral and written submissions. At issue in that case were, among other things, confidentiality orders prohibiting persons who had given evidence before the Commissioner from revealing any information disclosed during his or her testimony. All of these persons were represented by the same four lawyers of the same law firm, which also represented the Government of Canada, the Attorney General and the Prime Minister.

[39] Each of these confidentiality orders (1) required the witnesses “not to reveal ‘any information disclosed during my confidential testimony in this matter including the evidence given by me’;” (2) “authorized each [witness] to disclose to [their lawyers] information disclosed during his or her confidential testimony, once each of those lawyers had executed an undertaking not to reveal to any person information disclosed during that particular witness’ confidential testimony;” and (3) “required each [witness] to acknowledge that the confidentiality order would apply until such time as the [witness] was released from the terms of the order by the Commissioner.” When issuing these confidentiality orders, the Deputy Commissioner also ordered that the witnesses’ counsel undertake not to reveal information disclosed during the individual witness’ testimony with other individuals who counsel also represented.

général, et pour s’assurer que les témoins gardent le contrôle de la divulgation de leur témoignage malgré le fait qu’ils sont représentés par un avocat qui représente aussi le procureur général et le responsable d’une institution fédérale dont la décision de refuser la communication fait l’objet d’une enquête, le commissaire doit par conséquent être habilité à rendre les ordonnances de confidentialité contestées. C’est du moins ce qu’affirme le défendeur. D’ailleurs, l’avocat du commissaire soutient que les ordonnances ont simplement pour effet de reprendre le principe fondamental du secret professionnel de l’avocat, vu les divers rôles que jouent les avocats du ministère de la Justice.

[38] Bon nombre des arguments soulevés par les parties ont été analysés en profondeur par la juge Dawson dans le jugement *Hartley* (infirmé en appel, [2005] 4 R.C.F. 673, mais pas sur ce motif), et les avocats ont cité abondamment cette décision tant dans leurs plaidoiries que dans leurs observations écrites. Dans cette affaire, le débat portait notamment sur le bien-fondé d’ordonnances de confidentialité interdisant aux personnes ayant témoigné devant le commissaire de révéler les renseignements communiqués au cours de leur témoignage. Toutes ces personnes étaient représentées par les quatre mêmes avocats du même cabinet qui représentaient également le gouvernement du Canada, le procureur général et le premier ministre.

[39] Chacune de ces ordonnances de confidentialité : 1) interdisait aux témoins de « révéler les renseignements divulgués au cours du témoignage confidentiel présenté dans l’affaire, y compris la preuve soumise »; 2) « autorisait chaque [témoin] à communiquer à [son avocat] les renseignements divulgués au cours de ce témoignage, moyennant l’engagement écrit des avocats de ne pas révéler les renseignements ainsi divulgués » ; 3) « enjoignait à chaque [témoin] de reconnaître que l’ordonnance de confidentialité s’appliquait jusqu’à ce que le commissaire le libère des conditions de l’ordonnance ». En rendant les ordonnances de confidentialité, le sous-commissaire a également ordonné à l’avocat du demandeur de s’engager à ne pas révéler aux autres personnes qu’il représente les renseignements divulgués au cours du témoignage de son client.

[40] Interestingly, the reasons provided by the Deputy Commissioner for issuing the confidentiality orders are quite similar to those advanced in the present case. Justice Dawson, in the *Hartley* decision, summarized those reasons in the following way (at paragraph 138):

(a) The Commissioner has a statutory obligation to insure the privacy of his investigations.

(b) The Commissioner is obliged to protect the integrity of his investigations by encouraging the candour of witnesses. In order to encourage candour the Commissioner must provide an environment which assures privacy so as to prevent the possible tainting of evidence, whether that tainting is conscious or unconscious.

(c) The Commissioner's ongoing investigations would be compromised if witnesses were permitted to communicate questions asked and answers given during the course of the Commissioner's private investigation to other persons, including persons who were potential witnesses in the same investigations.

(d) The Commissioner must be mindful of the potential implications of witnesses' reporting relationships. The integrity of the Commissioner's investigations are potentially compromised where witnesses are represented by counsel who simultaneously represent the witnesses' superiors and ultimate employer. Crown employees may feel embarrassed, reluctant, inhibited or intimidated when a representative of their employer is present to hear their evidence. Employees may fear recrimination and reprisal, particularly where their counsel also represents the Crown.

[41] In the case at bar, counsel for the respondent once again relied extensively on sections 35, 36 and 62 to 65 of the Act. These provisions read as follows:

**35.** (1) Every investigation of a complaint under this Act by the Information Commissioner shall be conducted in private.

(2) In the course of an investigation of a complaint under this Act by the Information Commissioner, a reasonable opportunity to make representations shall be given to

(a) the person who made the complaint,

(b) the head of the government institution concerned, and

[40] Fait intéressant, les motifs invoqués par le sous-commissaire pour justifier le prononcé des ordonnances de confidentialité ressemblent beaucoup à ceux qui ont été avancés dans le cas qui nous occupe. Dans le jugement *Hartley*, la juge Dawson les résume de la façon suivante (au paragraphe 138) :

a) Le commissaire a une obligation imposée par la loi d'assurer le caractère secret de ses enquêtes;

b) Le commissaire est tenu de protéger l'intégrité de ses enquêtes en encourageant les témoins à être francs. Afin d'encourager la franchise, le commissaire doit fournir un environnement qui assure le secret, de façon à empêcher que la preuve soit entachée d'un vice, consciemment ou non;

c) Les enquêtes continues du commissaire seraient compromises si les témoins étaient autorisés à communiquer à d'autres personnes, et notamment aux personnes qui pourraient être appelées à déposer dans les mêmes enquêtes, les questions posées et les réponses données au cours de l'enquête secrète menée par le commissaire,

d) Le commissaire doit songer aux effets possibles des rapports hiérarchiques des témoins. L'intégrité des enquêtes du commissaire pourrait être compromise si les témoins étaient représentés par des avocats qui représentent en même temps leurs supérieurs et leur employeur. Les employés de la Couronne peuvent se sentir embarrassés, réticents, intimidés ou assujettis à une entrave lorsqu'un représentant de leur employeur est présent pour entendre leur déposition. Ils peuvent craindre les critiques et les représailles, en particulier si leur avocat représente également la Couronne.

[41] Dans le cas qui nous occupe, les avocats du défendeur citent de nouveau abondamment les articles 35 et 36 et 62 à 65 de la Loi. Ces dispositions sont ainsi libellées :

**35.** (1) Les enquêtes menées sur les plaintes par le Commissaire à l'information sont secrètes.

(2) Au cours de l'enquête, les personnes suivantes doivent avoir la possibilité de présenter leurs observations au Commissaire à l'information, nul n'ayant toutefois le droit absolu d'être présent lorsqu'une autre personne présente des observations au Commissaire à l'information, ni d'en recevoir communication ou de faire des commentaires à leur sujet :

a) la personne qui a déposé la plainte;

b) le responsable de l'institution fédérale concernée;

(c) a third party if

(i) the Information Commissioner intends to recommend the disclosure under subsection 37(1) of all or part of a record that contains — or that the Information Commissioner has reason to believe might contain — trade secrets of the third party, information described in paragraph 20(1)(b) or (b.1) that was supplied by the third party or information the disclosure of which the Information Commissioner can reasonably foresee might effect a result described in paragraph 20(1)(c) or (d) in respect of the third party, and

(ii) the third party can reasonably be located.

However no one is entitled as of right to be present during, to have access to or to comment on representations made to the Information Commissioner by any other person.

**36. ...**

(3) Except in a prosecution of a person for an offence under section 131 of the *Criminal Code* (perjury) in respect of a statement made under this Act, in a prosecution for an offence under section 67, in a review before the Court under this Act or in an appeal from such proceedings, evidence given by a person in proceedings under this Act and evidence of the existence of the proceedings is inadmissible against that person in a court or in any other proceedings.

...

**62.** Subject to this Act, the Information Commissioner and every person acting on behalf or under the direction of the Commissioner shall not disclose any information that comes to their knowledge in the performance of their duties and functions under this Act.

**63.** (1) The Information Commissioner may disclose or may authorize any person acting on behalf or under the direction of the Commissioner to disclose information

(a) that, in the opinion of the Commissioner, is necessary to

(i) carry out an investigation under this Act, or

(ii) establish the grounds for findings and recommendations contained in any report under this Act; or

(b) in the course of a prosecution for an offence under this Act, a prosecution for an offence under section 131 of the

c) un tiers, s'il est possible de le joindre sans difficultés, dans le cas où le Commissaire à l'information a l'intention de recommander, aux termes du paragraphe 37(1), la communication de tout ou partie d'un document qui contient ou est, selon lui, susceptible de contenir des secrets industriels du tiers, des renseignements visés aux alinéas 20(1)b) ou b.1) qui ont été fournis par le tiers ou des renseignements dont la communication risquerait, selon lui, d'entraîner pour le tiers les conséquences visées aux alinéas 20(1)c) ou d).

**36. [...]**

(3) Sauf dans les cas de poursuites pour infraction à l'article 131 du *Code criminel* (parjure) se rapportant à une déclaration faite en vertu de la présente loi ou pour infraction à l'article 67, ou sauf dans les cas de recours en révision prévus par la présente loi devant la Cour ou les cas d'appel de la décision rendue par la Cour, les dépositions faites au cours de toute procédure prévue par la présente loi ou le fait de l'existence de telle procédure ne sont pas admissibles contre le déposant devant les tribunaux ni dans aucune autre procédure.

[...]

**62.** Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le Commissaire à l'information et les personnes agissant en son nom ou sous son autorité sont tenus au secret en ce qui concerne les renseignements dont ils prennent connaissance dans l'exercice des pouvoirs et fonctions que leur confère la présente loi.

**63.** (1) Le Commissaire à l'information peut divulguer, ou autoriser les personnes agissant en son nom ou sous son autorité à divulguer, les renseignements :

a) qui, à son avis, sont nécessaires pour :

(i) mener une enquête prévue par la présente loi,

(ii) motiver les conclusions et recommandations contenues dans les rapports et comptes rendus prévus par la présente loi;

b) dont la divulgation est nécessaire, soit dans le cadre des procédures intentées pour infraction à la présente loi ou pour

*Criminal Code* (perjury) in respect of a statement made under this Act, a review before the Court under this Act or an appeal therefrom.

(2) The Information Commissioner may disclose to the Attorney General of Canada information relating to the commission of an offence against a law of Canada or a province by a director, an officer or an employee of a government institution if, in the Commissioner's opinion, there is evidence of such an offence.

64. In carrying out an investigation under this Act and in any report made to Parliament under section 38 or 39, the Information Commissioner and any person acting on behalf or under the direction of the Information Commissioner shall take every reasonable precaution to avoid the disclosure of, and shall not disclose,

(a) any information or other material on the basis of which the head of a government institution would be authorized to refuse to disclose a part of a record requested under this Act; or

(b) any information as to whether a record exists where the head of a government institution, in refusing to give access to the record under this Act, does not indicate whether it exists.

65. The Information Commissioner or any person acting on behalf or under the direction of the Commissioner is not a competent or compellable witness, in respect of any matter coming to the knowledge of the Commissioner or that person as a result of performing any duties or functions under this Act during an investigation, in any proceedings other than a prosecution for an offence under this Act, a prosecution for an offence under section 131 of the *Criminal Code* (perjury) in respect of a statement made under this Act, a review before the Court under this Act or an appeal therefrom.

[42] Contrary to the Commissioner's submission, these provisions do not empower him to make confidentiality orders. It does not follow from the fact that every investigation must be conducted in private that the Commissioner may determine the rights and obligations of witnesses appearing before him or his delegates. The confidentiality requirements found in the Act are no more than a *quid pro quo* for the broad right of access given to the Commissioner. Justice Dawson explicitly

une infraction à l'article 131 du *Code criminel* (parjure) se rapportant à une déclaration faite en vertu de la présente loi, soit lors d'un recours en révision prévu par la présente loi devant la Cour ou lors de l'appel de la décision rendue par celle-ci.

(2) Si, à son avis, il existe des éléments de preuve touchant la perpétration d'une infraction fédérale ou provinciale par un administrateur, un dirigeant ou un employé d'une institution fédérale, le Commissaire à l'information peut faire part au procureur général du Canada des renseignements qu'il détient à cet égard.

64. Lors des enquêtes prévues par la présente loi et dans la préparation des rapports au Parlement prévus aux articles 38 ou 39, le Commissaire à l'information et les personnes agissant en son nom ou sous son autorité ne peuvent divulguer et prennent toutes les précautions pour éviter que ne soient divulgués :

a) des renseignements qui, par leur nature, justifient, en vertu de la présente loi, un refus de communication totale ou partielle d'un document;

b) des renseignements faisant état de l'existence d'un document que le responsable d'une institution fédérale a refusé de communiquer sans indiquer s'il existait ou non.

65. En ce qui concerne les questions venues à leur connaissance dans l'exercice, au cours d'une enquête, des pouvoirs et fonctions qui leur sont conférés en vertu de la présente loi, le Commissaire à l'information et les personnes qui agissent en son nom ou sur son ordre n'ont qualité pour témoigner ou ne peuvent y être contraints que dans les procédures intentées pour infraction à la présente loi ou pour une infraction à l'article 131 du *Code criminel* (parjure) se rapportant à une déclaration faite en vertu de la présente loi, ou que lors d'un recours en révision prévu par la présente loi devant la Cour ou lors de l'appel de la décision rendue par celle-ci.

[42] Contrairement à ce que le commissaire prétend, ces dispositions ne l'habilitent pas à rendre des ordonnances de confidentialité. Ce n'est pas parce que les enquêtes qu'il mène sont secrètes qu'il s'ensuit que le commissaire ou ses délégués peuvent pour autant définir les droits et les obligations des témoins qui comparaissent devant eux. Les exigences en matière de confidentialité que la Loi lui impose ne sont rien de plus que le prix que le commissaire doit payer pour le droit d'accès étendu qui

dealt with this contention in the *Hartley* decision and stated (at paragraphs 149-151):

The Act does not expressly impose confidentiality requirements upon persons other than the Commissioner and his staff, presumably because those in government with access to confidential information are subject to an already existing government regime for the keeping of its confidences (for example, the oath of office required under the *Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33, fiduciary or contractual obligations and legislation such as the *Security of Information Act*, R.S.C., 1985, c. O-5).

Put another way, the confidentiality regime required by the Act is a regime that will ensure that information communicated to the Commissioner remains protected to the same extent as if not disclosed to the Commissioner. It is consistent with that scheme that the confidentiality requirements are requirements imposed only upon the Commissioner.

I believe that Parliament manifested this intention in section 62 of the Act where it wrote “[S]ubject to this Act, the Information Commissioner and every person acting on behalf or under the direction of the Commissioner shall not disclose any information that comes to their knowledge in the performance of their duties and functions under this Act”... The confidentiality obligation is only directed to the Commissioner and his delegates. Parliament could have expressly enacted a confidentiality provision which applied to witnesses, but did not. [Emphasis in original.]

[43] In addition, the Federal Court of Appeal has confirmed that section 35 of the Act must be read together with section 62 and that the obligation of confidentiality under section 35 is imposed on the Commissioner. As noted by the Court of Appeal, the rationale for this is simply to promote the objective of full disclosure by the government during the investigation by the Commissioner. This interpretation of section 35 of the Act undermines the rationale of the Deputy Commissioner that section 35 can serve as a basis for making a confidentiality order. Such an order would impose obligations beyond those inherent in section 35 of the Act.

[44] That being said, does it necessarily follow that the Commissioner is without jurisdiction to make a

lui est conféré. La juge Dawson s’est penchée explicitement sur cet argument dans le jugement *Hartley* où elle déclare (aux paragraphes 149 à 151) :

La Loi n’impose pas expressément d’exigences en matière de confidentialité à des personnes autres que le commissaire et son personnel, probablement parce que les personnes au sein de l’administration qui ont accès à des renseignements confidentiels sont assujetties à un régime existant en ce qui concerne des renseignements confidentiels (comme le serment professionnel exigé en vertu de la *Loi sur l’emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33, les obligations fiduciaires ou contractuelles et des lois telles que la *Loi sur la protection de l’information*, L.R.C. (1985), ch. O-5).

Autrement dit, le régime de confidentialité exigé par la Loi est un régime qui assure que les renseignements communiqués au commissaire continuent à être protégés de la même façon que s’ils n’étaient pas divulgués au commissaire. Conformément à ce régime, les exigences en matière de confidentialité sont uniquement imposées au commissaire.

Je crois que le législateur a manifesté cette intention à l’article 62 de la Loi : « Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le commissaire à l’information et les personnes agissant en son nom ou sous son autorité sont tenus au secret en ce qui concerne les renseignements dont ils prennent connaissance dans l’exercice des pouvoirs et fonctions que leur confère la présente loi ». L’obligation de confidentialité vise uniquement le commissaire et ses représentants. Le législateur aurait expressément pu édicter une disposition applicable aux témoins en matière de confidentialité, mais il ne l’a pas fait. [Souligné dans l’original.]

[43] De surcroît, la Cour d’appel fédérale a confirmé que l’article 35 de la Loi doit être rapproché de l’article 62 et que c’est sur le commissaire que repose l’obligation de confidentialité prévue à l’article 35. Ainsi que la Cour d’appel l’a fait observer, la raison pour laquelle il en est ainsi est simplement que l’on vise à favoriser une divulgation intégrale de la part du gouvernement au cours de l’enquête du commissaire. Cette interprétation de l’article 35 de la Loi ébranle le raisonnement du sous-commissaire suivant lequel l’article 35 peut servir de fondement au prononcé d’une ordonnance de confidentialité. Pareille ordonnance imposerait des obligations qui iraient au delà de celles qui sont inhérentes à l’article 35 de la Loi.

[44] Ceci étant dit, est-ce qu’il s’ensuit nécessairement que le commissaire n’a pas compétence pour prononcer

confidentiality order? Not necessarily. The Act provides the Commissioner with broad and effective discretionary powers to investigate complaints and determine the procedure to be followed in the performance of any of his duties or functions. In other words, the Commissioner is to be master of his own procedure:

34. Subject to this Act, the Information Commissioner may determine the procedure to be followed in the performance of any duty or function of the Commissioner under this Act.

[45] I agree with the respondent that the Commissioner is invested with a broad discretion when determining the process of an investigation. In order to enable the Commissioner to fulfill his mandate, Parliament has clearly and unequivocally conferred upon the Commissioner almost unlimited powers. Considering the object of the Act, the wording of that section and the need to give that quasi-constitutional statute a liberal and purposive construction, I am prepared to accept (as did Justice Dawson in the *Hartley* decision, at paragraph 172) that section 34 of the Act authorizes the Commissioner to issue confidentiality orders directed both at witnesses and counsel, subject to some restrictions to ensure that they are appropriately tailored to the specific circumstances of each case.

[46] In the context of a confidentiality order imposed on counsel, one of the constraints the Commissioner must obviously take into account in framing it is the solicitor-client privilege. The importance of solicitor-client privilege and the need to guard against its infringement have been recognized numerous times by the Supreme Court of Canada, and both parties are in agreement that the upholding of this privilege is essential for the functioning of an effective legal system. In *Lavallee, Rackel & Heintz*, above, Justice Arbour noted that this privilege is to remain as absolute as possible in order to maintain relevance and to ensure confidence in the privilege. The most recent statement about solicitor-client privilege was made by the Supreme Court in *Goodis v. Ontario (Ministry of Correctional Services)*, [2006] 2 S.C.R. 32, where Justice Rothstein, for the Court, held that solicitor-client privilege can be infringed only when it is “absolutely necessary” to do so to achieve the ends of the enabling legislation.

une ordonnance de confidentialité? Pas nécessairement. La Loi confère au commissaire des pouvoirs discrétionnaires vastes et efficaces pour enquêter sur les plaintes dont il est saisi et pour établir la procédure à suivre dans l'exercice de ses pouvoirs et fonctions. En d'autres termes, le commissaire est maître de sa propre procédure :

34. Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le Commissaire à l'information peut établir la procédure à suivre dans l'exercice de ses pouvoirs et fonctions.

[45] Je suis d'accord avec le défendeur pour dire que le commissaire est investi d'un vaste pouvoir discrétionnaire lorsqu'il s'agit de déterminer le déroulement de l'enquête. Pour permettre au commissaire de remplir son mandat, le législateur fédéral a conféré dans les termes les plus nets au commissaire des pouvoirs presque illimités. Compte tenu de l'objet de la Loi, du libellé de cet article et de la nécessité de donner à cette loi quasi-constitutionnelle une interprétation libérale fondée sur l'objet visé, je suis prêt à accepter (comme la juge Dawson l'a fait dans le jugement *Hartley*, au paragraphe 172) que l'article 34 de la Loi autorise le commissaire à prononcer des ordonnances de confidentialité qui visent tant les témoins que les avocats, sous réserve de certaines restrictions pour s'assurer de tenir compte des faits propres à chaque cas.

[46] Dans le contexte d'une ordonnance de confidentialité imposée à un avocat, une des contraintes dont le commissaire doit de toute évidence tenir compte lorsqu'il la libelle est le secret professionnel de l'avocat. L'importance du secret professionnel de l'avocat et la nécessité d'éviter qu'on y porte atteinte ont été reconnues à de nombreuses reprises par la Cour suprême du Canada, et les deux parties sont d'accord pour dire qu'il est essentiel de respecter ce privilège si l'on veut assurer l'efficacité de la justice. Dans l'arrêt *Lavallee, Rackel & Heintz*, précité, la juge Arbour a signalé que le privilège du secret professionnel de l'avocat doit demeurer aussi absolu que possible si l'on veut qu'il demeure utile et qu'il inspire confiance. L'énoncé le plus récent sur le secret professionnel de l'avocat a été formulé par la Cour suprême dans l'arrêt *Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)*, [2006] 2 R.C.S. 32, dans lequel, sous la plume du juge Rothstein, la Cour rappelle qu'on ne peut porter atteinte au secret professionnel de

[47] This privilege, which has evolved into a fundamental and substantive rule of law, has been described in the following way by Justice Lamer [as he then was] in *Descôteaux*, above, at page 875:

1. The confidentiality of communications between solicitor and client may be raised in any circumstances where such communications are likely to be disclosed without the client's consent.

2. Unless the law provides otherwise, when and to the extent that the legitimate exercise of a right would interfere with another person's right to have his communications with his lawyer kept confidential, the resulting conflict should be resolved in favour of protecting the confidentiality.

3. When the law gives someone the authority to do something which, in the circumstances of the case, might interfere with that confidentiality, the decision to do so and the choice of means of exercising that authority should be determined with a view to not interfering with it except to the extent absolutely necessary in order to achieve the ends sought by the enabling legislation.

4. Acts providing otherwise in situations under paragraph 2 and enabling legislation referred to in paragraph 3 must be interpreted restrictively.

[48] Can it be said, in the present instance, that interference with solicitor-client privilege is absolutely necessary to achieve the ends sought by the legislation? Or, to put it another way, is the public interest in limiting the privilege greater than that of maintaining the privilege? Considering the public policy goals sought to be achieved by Parliament in adopting the Act, I believe the answer to both of these questions is positive.

[49] Subsection 2(1) enunciates the purpose of the Act in the following terms:

2. (1) The purpose of this Act is to extend the present laws of Canada to provide a right of access to information in records under the control of a government institution in accordance with the principles that government information should be available to the public, that necessary exceptions to the right of access should be limited and specific and that decisions on the

l'avocat que dans la mesure « absolument nécessaire » à la réalisation des fins recherchées par la loi habilitante.

[47] Ce privilège, qui a graduellement été élevé au rang de règle de droit fondamentale et substantielle, a été défini de la manière suivante par le juge Lamer [tel était alors son titre] dans l'arrêt *Descôteaux*, précité, à la page 875 :

1. La confidentialité des communications entre client et avocat peut être soulevée en toutes circonstances où ces communications seraient susceptibles d'être dévoilées sans le consentement du client;

2. À moins que la loi n'en dispose autrement, lorsque et dans la mesure où l'exercice légitime d'un droit porterait atteinte au droit d'un autre à la confidentialité de ses communications avec son avocat, le conflit qui en résulte doit être résolu en faveur de la protection de la confidentialité;

3. Lorsque la loi confère à quelqu'un le pouvoir de faire quelque chose qui, eu égard aux circonstances propres à l'espèce, pourrait avoir pour effet de porter atteinte à cette confidentialité, la décision de le faire et le choix des modalités d'exercice de ce pouvoir doivent être déterminés en regard d'un souci de n'y porter atteinte que dans la mesure absolument nécessaire à la réalisation des fins recherchées par la loi habilitante;

4. La loi qui en disposerait autrement dans les cas du deuxième paragraphe ainsi que la loi habilitante du paragraphe trois doivent être interprétées restrictivement.

[48] Peut-on dire, en l'espèce, qu'il est absolument nécessaire de porter atteinte au secret professionnel de l'avocat pour atteindre les objectifs visés par la loi? Ou, pour exprimer la question d'une autre manière, l'intérêt qu'a le public à limiter le privilège est-il plus grand que celui de protéger le privilège? Compte tenu des objectifs d'ordre public que le législateur fédéral visait en adoptant la Loi, j'estime qu'il faut répondre par l'affirmative à l'une et à l'autre de ces questions.

[49] Le paragraphe 2(1) énonce de la façon suivante l'objet de la Loi :

2. (1) La présente loi a pour objet d'élargir l'accès aux documents de l'administration fédérale en consacrant le principe du droit du public à leur communication, les exceptions indispensables à ce droit étant précises et limitées et les décisions quant à la communication étant susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif.

disclosure of government information should be reviewed independently of government.

[50] In *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403, at paragraph 61, Justice La Forest held that:

The overarching purpose of access to information legislation ... is to facilitate democracy. It does so in two related ways. It helps to ensure first, that citizens have the information required to participate meaningfully in the democratic process, and secondly, that politicians and bureaucrats remain accountable to the citizenry.

[51] The role of the Commissioner in achieving these objectives is central. As an officer of Parliament, the Commissioner is charged with the duties to receive and investigate any complaint made to him pursuant to subsection 30(1) of the Act and to report thereon to the complainant and the appropriate government institution pursuant to section 37 of the Act. Parliament has provided that the final decision of a head of a government institution to refuse to disclose information is to be made only after that person has had the opportunity to review the Commissioner's findings and recommendations. The importance of the Commissioner's investigation was highlighted by the Federal Court of Appeal as follows (*Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)* (1999), 240 N.R. 244, at paragraph 27):

The investigation the Commissioner must conduct is the cornerstone of the access to information system. It represents an informal method of resolving disputes in which the Commissioner is vested not with the power to make decisions, but instead with the power to make recommendations to the institution involved. The importance of this investigation is reinforced by the fact that it constitutes a condition precedent to the exercise of the power of review, as provided in sections 41 and 42 of the Act.

[52] One of the rationales underlying the Deputy Commissioner's confidentiality orders *vis-à-vis* counsel is the potential conflict of interests arising from the fact that counsel representing the witnesses also represent both the Attorney General and the head of the government institution whose decision is being investigated. The

[50] Dans l'arrêt *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403, au paragraphe 61, le juge La Forest s'est exprimé comme suit :

La loi en matière d'accès à l'information a donc pour objet général de favoriser la démocratie, ce qu'elle fait de deux manières connexes. Elle aide à garantir, en premier lieu, que les citoyens possèdent l'information nécessaire pour participer utilement au processus démocratique, et, en second lieu, que les politiciens et bureaucrates demeurent comptables envers l'ensemble de la population.

[51] Le rôle que joue le commissaire en ce qui concerne l'atteinte de ces objectifs est capital. En tant que haut fonctionnaire du Parlement, le commissaire est chargé de recevoir les plaintes dont il est saisi en vertu du paragraphe 30(1) de la Loi, de faire enquête sur ces plaintes et de rendre compte des conclusions de son enquête au plaignant et au responsable de l'institution fédérale compétente, conformément à l'article 37 de la Loi. Le législateur a prévu que la décision finale du responsable de l'institution fédérale de refuser la communication des renseignements ne peut être prise qu'après que l'intéressé a eu la possibilité d'examiner les conclusions et recommandations du commissaire. La Cour d'appel fédérale souligne de la façon suivante l'importance que revêt l'enquête du commissaire (*Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, [1999] A.C.F. n° 522 (C.A.) (QL), au paragraphe 27) :

L'enquête que doit mener le Commissaire est la pierre angulaire du système d'accès à l'information. Elle représente une méthode informelle de résolution des conflits où l'institution fédérale se voit investie non pas d'un pouvoir décisionnel, mais bien d'un pouvoir de recommandation auprès de l'institution concernée. L'importance de cette enquête est soulignée par le fait qu'elle constitue un préalable à l'exercice du pouvoir de révision, selon que le prévoient les articles 41 et 42 de la Loi.

[52] Un des motifs invoqués pour justifier les ordonnances de confidentialité visant les avocats prononcées par le sous-commissaire est le risque de conflit d'intérêts découlant du fait que les avocats représentant les témoins représentent aussi à la fois le procureur général et le responsable de l'institution fédérale dont la



investigation being held in private and *ex parte*, the Commissioner felt that it was necessary to ensure the candour of witnesses so as to give precedence to the individual solicitor-client relationship over the Crown solicitor-client relationship.

[53] Counsel for the applicant countered that there is absolutely no factual or evidentiary foundation for the proposition that such a conflict of interest exists or is even likely to come up in the present circumstances, and that the decision and orders are therefore founded on speculation and unsubstantiated assumptions. The only reason that the individuals were subpoenaed by the Deputy Commissioner was on account of their activities on behalf of the Crown. Since they were not examined in their personal capacity but rather in their professional capacity as Crown servants and employees, there can be no conflict of interest in this proceeding between the individuals and the Crown, according to the applicant's argument.

[54] I must confess that I am somewhat troubled by this automatic and necessary assimilation of the Crown's and the employees' interests. As a general rule, I am prepared to concede that it is unlikely the employees' views with respect to the disclosure of a document will differ from those of the senior management of the Department involved. But the possibility cannot be ruled out entirely, especially when the employees subpoenaed by the Commissioner are not in the higher ranks of the Department but rather at the lower level. Similarly, I can easily envisage situations where there is no conflict at the outset but conflict develops as the questioning proceeds and the investigation unfolds. It is in those kinds of circumstances that employees must have the assurance that they will remain in control of the disclosure of their testimonies notwithstanding the fact that their counsel play a dual role.

[55] I agree with the respondent that the investigatory process would simply be unworkable and profoundly undermined if the Attorney General had a *de facto* right to attend all hearings simply by providing a counsel to

décision fait l'objet d'une enquête. Comme l'enquête est secrète et qu'elle a lieu *ex parte*, le commissaire estimait qu'il était nécessaire de s'assurer que les témoins témoignent en toute franchise pour donner préséance à la relation individuelle avocat-client sur la relation avocat-client de Sa Majesté.

[53] L'avocat du demandeur rétorque qu'il n'y a absolument aucun fondement factuel ou probatoire pour établir l'existence ou même la probabilité d'un tel conflit d'intérêts dans les circonstances actuelles. L'avocat ajoute que la décision et les ordonnances reposent donc sur des spéculations et des hypothèses non vérifiées. La seule raison pour laquelle les personnes concernées ont été assignées à comparaître par le sous-commissaire s'expliquait par les activités qu'elles exerçaient pour le compte de Sa Majesté. Comme elles n'ont pas été interrogées à titre personnel mais bien à titre professionnel en leur qualité de préposés et d'employés de la Couronne, il ne peut y avoir dans le cas qui nous occupe de conflit d'intérêts entre ces personnes et Sa Majesté, si l'on suit l'argument du demandeur.

[54] Je dois avouer que je suis quelque peu troublé par cette assimilation automatique et nécessaire des intérêts de Sa Majesté à ceux de ses employés. En principe, je suis prêt à admettre qu'il est peu probable que l'opinion des employés au sujet de la communication d'un document diffère de celle de la haute direction du ministère en cause. Mais on ne peut écarter entièrement cette possibilité, d'autant plus que les employés assignés par le commissaire n'occupent pas les échelons les plus élevés au sein du ministère mais se trouvent plutôt aux niveaux inférieurs. Dans le même ordre d'idées, je peux aisément envisager des situations dans lesquelles il n'y aurait aucun conflit d'intérêts au départ mais où un tel conflit surgirait au fur et à mesure que l'interrogatoire se déroule et que l'enquête progresse. C'est dans ce genre de situation que les employés doivent avoir l'assurance qu'ils conserveront le contrôle de la divulgation de leur témoignage malgré le fait que leur avocat joue un double rôle.

[55] Je suis d'accord avec le défendeur pour dire que la procédure d'enquête serait tout simplement impraticable et qu'elle serait gravement perturbée si le procureur général avait un droit *de facto* de participer à

the witnesses compelled to give evidence. This would clearly circumvent Parliament's intent that the investigations be conducted in private and the Commissioner's decision that it be held *ex parte*. After all, the investigation conducted by the Commissioner is meant to be independent of the government.

[56] In the *Hartley* decision, Justice Dawson acknowledged that the existence of multiple representations by the same lawyer was a relevant consideration in assessing whether the confidentiality order infringed the Charter. She wrote (at paragraph 204):

Finally, the fact that almost all of the government actors were represented by the same lawyers is a further contextual factor. This is so because counsel who represent multiple entities in the same matter are generally required to share information amongst their clients. To the extent some witnesses were represented by counsel with the Department of Justice, Crown servants are generally required to waive solicitor-client privilege in favour of the Crown.

[57] Contrary to the applicant's allegation, Justice Dawson did not reject the "employer in the room" argument, but merely found this argument to be insufficient to justify the unlimited time duration of the confidentiality orders at issue in that case. This decision is consistent with a previous decision from this Court in the same file, refusing the Commissioner's motion to remove counsel. The Commissioner had sought to remove counsel as solicitors of record for the Attorney General and for the individual applicants on the basis that they were represented by the same lawyers. In that case, it was mainly because of the safeguards which were provided by the confidentiality orders directed at counsel and the parallel undertakings of confidentiality of counsel that Justice McKeown decided that counsel for the Attorney General and for the individual applicants was allowed to remain as solicitors of record, notwithstanding its multiple representations: *Canada (Attorney General) v. Canada (Information Commissioner)*, [2002] 3 F.C. 630 (T.D.), at paragraphs 20, 26 and 32.

toutes les audiences simplement en offrant les services d'un avocat aux témoins contraints de témoigner. Une telle façon de faire irait de toute évidence à l'encontre de la volonté du législateur suivant laquelle les enquêtes doivent être secrètes, et de la décision du Commissaire qu'elle se déroule *ex parte*. Après tout, l'enquête menée par le commissaire est censée être indépendante du gouvernement.

[56] Dans le jugement *Hartley*, la juge Dawson a reconnu que le cumul de mandats par le même avocat constitue un facteur pertinent pour décider si l'ordonnance de confidentialité viole la Charte. Elle écrit (au paragraphe 204) :

Enfin, le fait que presque tous les acteurs de l'État étaient représentés par les mêmes avocats constitue un autre facteur contextuel, et ce, parce que les avocats qui représentent de nombreuses entités dans une affaire sont généralement obligés de partager des renseignements entre leurs clients. Dans la mesure où certains témoins sont représentés par des avocats du ministère de la Justice, les préposés de la Couronne sont généralement tenus de renoncer, en faveur de la Couronne, au secret professionnel de l'avocat.

[57] Contrairement à ce que le demandeur allègue, la juge Dawson n'a pas rejeté l'argument de l'« employeur présent dans la salle », mais a simplement estimé que cet argument n'était pas suffisant pour justifier la durée illimitée des ordonnances de confidentialité en litige dans cette affaire. Cette décision va dans le même sens que celle déjà rendue dans le même dossier par laquelle notre Cour avait rejeté la requête présentée par le commissaire en vue de forcer l'avocat à cesser d'occuper. Le commissaire avait demandé que les avocats qui représentaient le procureur général et les personnes physiques demanderesses se retirent du dossier parce que ces personnes étaient représentées par les mêmes avocats. Dans cette affaire, c'était surtout en raison des garanties données par les ordonnances de confidentialité visant les avocats et des engagements parallèles de confidentialité donnés par les avocats que le juge McKeown avait décidé que les avocats du procureur général et des personnes physiques demanderesses pouvaient continuer à occuper pour leurs clients, malgré le fait qu'ils cumulaient plusieurs mandats : *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire à l'information)*, [2002] 3 C.F.

[58] As it also appears from that same case, confidentiality orders are required in the context of multiple representations considering rule 2.04(6) of the *Rules of Professional Conduct* of the Law Society of Upper Canada. This rule provides that, absent a confidentiality order, in the case of a joint retainer, no information received in connection with the matter from one client can be treated as confidential so far as any of the other clients are concerned.

[59] If this was not sufficient, and to remove any remaining ambiguity, the *Policy on the Indemnification of and Legal Assistance for Crown Servants* of the Treasury Board of Canada explicitly refers to the possibility that Crown servants represented by Crown counsel be required to waive solicitor-client privilege in favour of the Crown. This policy specifically acknowledges the potential for conflict of interest between Crown servants and the Attorney General and provides that counsel's obligation towards the Crown is paramount.

[60] In light of all this, I am inclined to think that it was perfectly legitimate for the Commissioner to issue the impugned confidentiality orders. If the spirit of the Act is to be upheld, and if the Commissioner's investigations are to ensure openness and accountability in the management of information collected and generated by government, the solicitor-client relationship between the employee and his counsel must prevail over the solicitor-client relationship between counsel and the Crown and between counsel and other employees. The employee testifying before the Commissioner must have the last word as to who will have access to what he said. He or she may decide to waive privilege; but it should be his or her decision, not that of the government.

630 (1<sup>re</sup> inst.), aux paragraphes 20, 26 et 32.

[58] Ainsi qu'il ressort également de cette même décision, il y a lieu de prononcer une ordonnance de confidentialité lorsque l'avocat représente plusieurs parties, compte tenu du paragraphe 2.04(6) du *Code de déontologie* du Barreau du Haut-Canada, qui prévoit qu'à défaut d'ordonnance de confidentialité, lorsque des clients confèrent un mandat conjoint à un avocat, aucun des renseignements communiqués à ce dernier ne saurait être tenu pour confidentiel à l'égard des autres parties qu'il représente.

[59] Si cela ne suffisait pas, et pour dissiper toute ambiguïté qui pourrait subsister, la *Politique sur l'indemnisation des fonctionnaires de l'État et la prestation de services juridiques à ces derniers* du Conseil du Trésor du Canada évoque expressément la possibilité d'obliger les fonctionnaires de l'État représentés par un procureur de la Couronne à renoncer au secret professionnel de l'avocat en faveur de Sa Majesté. Cette politique reconnaît expressément le risque de conflits d'intérêts pouvant exister entre les fonctionnaires de l'État et le procureur général et prévoit que c'est la loyauté des avocats envers Sa Majesté qui doit l'emporter.

[60] Vu tout ce qui précède, je suis porté à penser qu'il était parfaitement légitime de la part du commissaire de prononcer les ordonnances de confidentialité contestées. Si l'on veut respecter l'esprit de la Loi et s'assurer que les enquêtes du commissaire soient transparentes et qu'elles garantissent l'obligation de rendre des comptes en ce qui concerne la gestion des renseignements recueillis et générés par l'administration, la relation avocat-client qui existe entre l'employé et son avocat doit avoir préséance sur la relation avocat-client qui existe entre l'avocat et Sa Majesté et entre l'avocat et les autres employés. L'employé qui témoigne devant le commissaire doit avoir le dernier mot en ce qui concerne les personnes qui auront accès à ce qu'il a dit. Il peut décider de renoncer au privilège du secret, mais c'est à lui, et non au gouvernement, qu'il appartient de prendre cette décision.

[61] For all of the foregoing reasons, I find that the impugned orders interfere with the solicitor-client privilege of the Crown no more than is necessary, and is perfectly consistent with the objectives of the Act. If, as the applicant submits, there is no conflict of interest, the employee can always waive his or her privilege. This requirement is a small price to pay in order to ensure that the employee is fully protected and that his or her testimony will be as candid and transparent as possible.

(e) Do the decision (counsel) and orders (counsel) violate the Charter?

[62] I do not think it can seriously be disputed that an order from an officer who exercises statutory powers falls within the ambit of the Charter. Similarly, it is equally beyond dispute that such an order limits the freedom of expression guaranteed by paragraph 2(b) of the Charter to the extent that it prevents counsel appearing on behalf of witnesses before the Commissioner to disclose “the questions asked, the answers given and exhibits used” during their clients’ testimony. The only real issue is whether such a limit can be justified pursuant to section 1 of the Charter.

[63] Courts are generally reluctant to embark on a Charter enquiry in the absence of a sufficient evidentiary record. Contrary to the situation in the *Hartley* decision, the parties in the present instance have filed very little evidence. There is nothing before this Court, for example, with respect to the investigation that prompted the impugned Deputy Commissioner’s orders and decision, nor was this Court provided with any background information as to how and on what terms the Justice counsel were representing the witnesses. It is therefore with these caveats in mind that I proceed with an assessment of the reasonableness of the limit imposed on counsel’s freedom of expression by the orders and decision issued by the Deputy Commissioner.

[64] In the *Hartley* decision, Madam Justice Dawson mentioned a number of relevant contextual considerations

[61] Pour tous les motifs que je viens d’exposer, je conclus que les ordonnances contestées ne violent pas plus le secret professionnel de l’avocat de Sa Majesté que nécessaire et j’estime qu’elles sont parfaitement compatibles avec les objets de la Loi. Si, comme le demandeur l’affirme, il n’y a pas de conflit d’intérêts, l’employé peut toujours renoncer à son privilège. Cette exigence est un prix peu élevé à payer pour s’assurer que l’employé est parfaitement protégé et que son témoignage sera aussi franc et transparent que possible.

e) La décision (avocats) et les ordonnances (avocats) violent-elles la Charte?

[62] Je ne crois pas qu’on puisse sérieusement contester que l’ordonnance émanant d’un fonctionnaire qui exerce des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi tombe sous le coup de la Charte. De même, il est indéniable qu’une telle ordonnance restreint la liberté d’expression garantie par l’alinéa 2b) de la Charte dans la mesure où elle empêche les avocats qui comparaissent pour le compte des témoins devant le commissaire de divulguer [TRADUCTION] « les questions posées, les réponses données et les pièces utilisées » au cours du témoignage de leurs clients. La seule véritable question qui se pose est celle de savoir si cette restriction peut se justifier en vertu de l’article premier de la Charte.

[63] Les tribunaux répugnent, en principe, à entreprendre une analyse fondée sur la Charte faute de preuves suffisantes. Contrairement à la situation qui existait dans l’affaire *Hartley*, les parties dans la présente instance ont déposé très peu d’éléments de preuve. Notre Cour ne dispose, par exemple, d’aucun élément au sujet de l’enquête à l’origine des ordonnances et de la décision du sous-commissaire, et on n’a soumis à notre Cour aucun renseignement général sur la façon dont les avocats du ministère de la Justice représentaient les témoins et à quelles conditions. C’est donc en tenant compte de ces réserves que je passe maintenant à l’évaluation du caractère raisonnable de la limite imposée à la liberté d’expression par les ordonnances et la décision prononcées par le sous-commissaire.

[64] Dans le jugement *Hartley*, la juge Dawson a mentionné un certain nombre de facteurs contextuels

before determining the conformity of the confidentiality orders with section 1 of the Charter. I believe many of these factors are equally applicable here, and I therefore adopt the following ones (at paragraphs 194-196, 200 and 204):

First, the investigation is conducted in furtherance of the quasi-constitutional right of access that has as its purpose the facilitation of democracy.

Second, the investigation conducted by the Commissioner is an investigation that is to be independent of government.

Third, the investigation is to be conducted in private.

...

The fifth contextual factor is that there have been instances where members of a government department have taken steps to frustrate the right of access under the Act....

...

Finally, the fact that almost all of the government actors were represented by the same lawyers is a further contextual factor. This is so because counsel who represent multiple entities in the same matter are generally required to share information amongst their clients. To the extent some witnesses were represented by counsel with the Department of Justice, Crown servants are generally required to waive solicitor-client privilege in favour of the Crown.

[65] I would only add to these the fact that the witnesses involved in the investigation underlying this application for judicial review were not high-ranking officials or senior exempt staff people like the Prime Minister's chief of staff, but four Crown servants who have been involved in one capacity or another with the initial request made under the Act.

[66] Taking into account the contextual factors that she had identified as being relevant to her section 1 analysis, Justice Dawson had no difficulty concluding that the objective sought to be achieved by the confidentiality order at stake in the *Hartley* decision (i.e., protecting the integrity of the investigations and ensuring that confidential information is not improperly disclosed) related to pressing and substantial concerns in a free and democratic society. As a result, she was prepared to

pertinents avant de se prononcer sur la conformité des ordonnances de confidentialité avec l'article premier de la Charte. J'estime que bon nombre de ces facteurs sont également applicables ici, et j'adopte donc les suivants (aux paragraphes 194 à 196, 200 et 204) :

Premièrement, l'enquête est menée de façon à renforcer le droit quasi constitutionnel d'accès dont l'objet est de faciliter la démocratie.

Deuxièmement, l'enquête menée par le commissaire doit être indépendante du gouvernement.

Troisièmement, l'enquête doit être secrète.

[...]

Le cinquième facteur contextuel se rapporte au fait que, dans certains cas, les membres d'un ministère ont pris des mesures en vue de faire obstacle au droit d'accès prévu par la Loi [...]

[...]

Enfin, le fait que presque tous les acteurs de l'État étaient représentés par les mêmes avocats constitue un autre facteur contextuel, et ce, parce que les avocats qui représentent de nombreuses entités dans une affaire sont généralement obligés de partager des renseignements entre leurs clients. Dans la mesure où certains témoins sont représentés par des avocats du ministère de la Justice, les préposés de la Couronne sont généralement tenus de renoncer, en faveur de la Couronne, au secret professionnel de l'avocat.

[65] J'ajouterais seulement que les témoins visés par l'enquête sous-jacente à la présente demande de contrôle judiciaire n'étaient pas des hauts fonctionnaires ou des membres du personnel exonérés comme le chef d'état-major du premier ministre, mais quatre fonctionnaires de l'État qui ont agi à un titre ou à un autre pour ce qui est de la première demande présentée en vertu de la Loi.

[66] Tenant compte des facteurs contextuels qui, selon elle, sont pertinents dans le cas d'une analyse fondée sur l'article premier, la juge Dawson a conclu sans hésiter que l'objectif visé par l'ordonnance de confidentialité en jeu dans l'affaire *Hartley* (c.-à-d. protéger l'intégrité des enquêtes et s'assurer que des renseignements confidentiels ne soient pas irrégulièrement divulgués) se rapportait à des préoccupations urgentes et réelles au sein d'une société libre et démocratique. Elle était en conséquence

accept that the objectives were of sufficient importance as to warrant a limit to freedom of expression.

[67] She was similarly satisfied that the first step in establishing the proportionality of the measure *vis-à-vis* the objective to be pursued was successfully met. I recognize that the confidentiality order in that case was directed to the witnesses themselves and affected counsel only indirectly, to the extent that the witnesses were authorized to reveal to their four lawyers information disclosed during their confidential testimony, once each of those lawyers had executed an undertaking not to reveal to any person information disclosed during each particular applicant's confidential testimony. I nevertheless find that her reasons for accepting that there is a rational connection between the imposition of a confidentiality order and the protection of both the integrity of the investigations and the confidentiality of the information which might otherwise not be protected, holds true in the case at bar. Here is what she had to say in that respect (at paragraphs 211-212):

The reasons of the Commissioner's delegate shed light on how the orders are viewed to function in order to protect the integrity of the investigations. First, if witnesses could communicate questions asked and answers given on their examination before the Commissioner's delegate, the delegate is less likely to obtain a witness' own independent recollection of events. Second, the orders ensure that a witness may speak freely without fear of employment repercussions. Third, the automatic imposition of a confidentiality order is said to prevent any stigma attaching to a witness who is bound by such an order. The Commissioner says that there would exist a possibility of suspicion attaching to a witness who requested a confidentiality order.

With respect to the object of protecting the confidentiality of government information, the confidentiality orders are said to reflect the Commissioner's obligation to take every reasonable precaution to avoid the disclosure of exempt information. The orders also allow some portion of one witness' evidence to be put to another witness for the purpose of advancing the investigation.

prête à accepter que les objectifs revêtaient une importance suffisante pour justifier de restreindre la liberté d'expression.

[67] Elle s'est par ailleurs également dite convaincue qu'on avait franchi avec succès la première étape à suivre pour vérifier si la mesure était proportionnelle à l'objectif poursuivi. Je reconnais qu'en l'espèce, l'ordonnance de confidentialité visait les témoins eux-mêmes et qu'elle ne touchait qu'indirectement les avocats, dans la mesure où les témoins étaient autorisés à révéler à leurs quatre avocats des renseignements divulgués au cours de leur témoignage confidentiel, une fois que chacun des avocats en question s'était engagé par écrit à ne pas révéler à qui que ce soit les renseignements divulgués au cours du témoignage confidentiel de chacun des demandeurs. Je conclus néanmoins que les motifs invoqués par la juge Dawson pour conclure à l'existence d'un lien rationnel entre l'imposition d'une ordonnance de confidentialité et la protection de l'intégrité des enquêtes et de la confidentialité des renseignements qui pourraient par ailleurs ne pas être protégés s'appliquent au cas qui nous occupe. Voici ce qu'elle a dit à cet égard (aux paragraphes 211 et 212) :

Les motifs fournis par le représentant du commissaire jettent la lumière sur la façon dont on considère que les ordonnances fonctionnent en vue de protéger l'intégrité des enquêtes. Premièrement, si les témoins pouvaient communiquer les questions posées et les réponses données lorsqu'ils ont été interrogés par le représentant du commissaire, il serait plus difficile pour celui-ci d'obtenir d'un témoin son propre compte rendu indépendant des événements. Deuxièmement, les ordonnances visent à assurer qu'un témoin puisse parler en toute liberté sans craindre de répercussions sur le plan professionnel. Troisièmement, il est soutenu que l'imposition automatique d'une ordonnance de confidentialité empêche le témoin qui est lié par une telle ordonnance d'être stigmatisé. Le commissaire affirme que si le témoin demandait une ordonnance de confidentialité, la chose pourrait bien éveiller des soupçons.

En ce qui concerne la protection de la confidentialité des renseignements de l'administration, il est affirmé que les ordonnances de confidentialité montrent que le commissaire est tenu de prendre toutes les précautions raisonnables pour éviter la divulgation de renseignements visés par une exception. Les ordonnances permettent également la divulgation d'une partie de la preuve d'un témoin à un autre témoin aux fins de l'avancement de l'enquête.

[68] Having found that the confidentiality order met the rational connection test, Justice Dawson nevertheless quashed it on the ground that it did not impair the witnesses' freedom of expression as little as possible. After noting that it is always more difficult to justify a complete ban on a form of expression than a partial ban, and that confidentiality orders are to be restricted as much as possible, she opined that the Commissioner's delegate had failed to justify the breadth of his order. A careful reading of her reasons shows that the unlimited duration of the confidentiality order was a key factor in her assessment that it was overbroad and unjustified.

[69] In the present case, the confidentiality orders and decision are of a more limited extent. First, they are somewhat limited in scope, as the restrictions imposed relate solely to "questions asked," "answers given," and "exhibits used." More importantly, the witnesses are free at any time to authorize their counsel to disclose the information at issue. As a result, the confidentiality orders cannot be assimilated to a "blanket regime which precludes a person from communicating for all time any information touching upon their testimony and appearance before the Commissioner" (*Hartley*, at paragraph 154; [emphasis in original]).

[70] I am prepared to accept that other factors, in addition to the duration factor, led Justice Dawson to the conclusion that the orders were overly broad. She mentioned, for example, the lack of evidence that witnesses would be tainted, that a stigma would attach to witnesses not subject to a confidentiality order, or that the release of information such as the manner in which the proceedings were conducted, the role of counsel, objections to questions and rulings, would impair the integrity of the investigation. She also noted that the level of seniority of at least some of the witnesses dictated that it was virtually impossible to presume they would be susceptible to coercion.

[68] Après avoir conclu qu'elle satisfaisait au critère du lien rationnel, la juge Dawson a néanmoins annulé l'ordonnance de confidentialité au motif qu'elle ne portait pas le moins possible atteinte à la liberté d'expression des témoins. Après avoir fait remarquer qu'il est toujours plus difficile de justifier l'interdiction totale d'une forme d'expression que l'interdiction partielle et qu'il faut restreindre le plus possible les ordonnances de confidentialité, la juge Dawson s'est dite d'avis que le délégué du commissaire n'avait pas justifié la portée de son ordonnance. Une lecture attentive de ses motifs démontre que la durée illimitée de l'ordonnance de confidentialité était un des facteurs clés de sa conclusion que l'ordonnance avait une portée trop large et était injustifiée.

[69] Dans le cas qui nous occupe, les ordonnances de confidentialité et la décision ont une portée moins large. Premièrement, leur champ d'application est quelque peu limité, car les restrictions imposées se rapportent uniquement aux [TRADUCTION] « questions posées, aux réponses données et aux pièces utilisées ». Mais surtout, les témoins sont libres en tout temps d'autoriser leur avocat à divulguer les renseignements en cause. Par conséquent, les ordonnances de confidentialité ne peuvent être assimilées à un « régime général qui empêche une personne de communiquer pour toujours tous les renseignements se rapportant à son témoignage et à sa comparution devant le commissaire » (*Hartley*, au paragraphe 154 [souligné dans l'original]).

[70] Je suis disposé à accepter que d'autres facteurs, hormis celui de la durée, ont conduit la juge Dawson à conclure que les ordonnances avaient une portée trop large. Elle a mentionné, par exemple, l'absence d'éléments de preuve démontrant que la preuve d'un témoin était viciée, le fait que les témoins faisant l'objet d'une ordonnance de confidentialité seraient stigmatisés, que la façon dont les procédures étaient menées, le rôle que les avocats étaient autorisés à avoir, la nature des objections soulevées par les avocats et les décisions rendues en réponse à pareilles objections porteraient atteinte à l'intégrité des enquêtes. Elle a également fait remarquer que le rang occupé au sein de la hiérarchie par au moins une partie des témoins faisait en sorte qu'il était pratiquement impossible de présumer qu'ils pouvaient être assujettis à de la coercition.

[71] However, once again, many of these considerations do not apply with equal strength here. Not only are the decision and the orders in the present instance much less absolute than they were in the *Hartley* decision, but they also aim at protecting public officials of a much lower rank. While there is no hard evidence that these officials' interests diverge from those of the government, or that they might feel pressured to go along with the stated position of their Department, it is not a great leap of logic or common sense to acknowledge that they could be more vulnerable and less prone to be fully transparent were they not protected from the divulcation of their testimony to their employer via their counsel.

[72] It is revealing and even disturbing that, although the individual witnesses are the main beneficiaries of the protection afforded by the solicitor-client privilege, none of these individual witnesses are a party to the application. Similarly, the fact that the applicant is complaining that counsel cannot unilaterally decide to disclose information gained solely in their capacity as counsel for the witnesses, as if not subject to the same loyalty and confidentiality obligations as any other solicitor towards his/her clients, goes a long way in showing that the rights of the individual witnesses indeed required fostering.

[73] At the end of the day, the Deputy Commissioner chose to uphold the solicitor-client privilege between the witness and his or her counsel, and to give it precedence over the privilege between counsel and the Attorney General. Indeed, counsel appeared with the individual witnesses before the Commissioner only after it was made clear that such appearance was solely as legal counsel for the witness in question, and not as legal counsel for any other party, and more particularly, for the Attorney General. Considering the limited scope of the orders and of the decision, and the possibility for the witnesses to waive the privilege and to authorize at any time their counsel to disclose the information at issue, I am of the view that they meet the minimal impairment requirement and that the limit on freedom of expression is therefore justified pursuant to section 1 of the Charter.

[71] Cependant, encore une fois, bon nombre de ces considérations ne s'appliquent pas avec la même force dans le cas qui nous occupe. Non seulement la décision et les ordonnances en cause en l'espèce sont-elles beaucoup moins absolues que dans l'affaire *Hartley*, mais elles visent aussi à protéger des fonctionnaires publics d'un rang bien moins élevé. Bien qu'il n'y ait pas de preuves tangibles tendant à démontrer que les intérêts de ces fonctionnaires divergent de ceux du gouvernement ou qu'ils pourraient se sentir contraints de se plier à la position déclarée de leur ministère, je ne crois pas qu'il faille un trop grand effort de logique pour admettre qu'ils seraient plus vulnérables et moins enclins à être tout à fait transparents s'ils n'étaient pas protégés contre la divulcation de leur témoignage à leur employeur par le biais de leurs avocats.

[72] Il est révélateur, et même troublant, de constater que, même si les témoins sont les principaux bénéficiaires de la protection accordée par le secret professionnel de l'avocat, aucun de ces témoins n'est partie à la demande. Dans le même ordre d'idées, le fait que le demandeur se plaigne que les avocats n'aient pas le loisir de décider unilatéralement de divulguer les renseignements qu'ils ont obtenus exclusivement en leur qualité d'avocats des témoins, comme s'ils n'étaient pas tenus envers leurs clients aux mêmes obligations de loyauté et de confidentialité que tout autre avocat, montre bien qu'il y a lieu de protéger les droits des personnes physiques qui témoignent.

[73] En fin de compte, le sous-commissaire a choisi de protéger le secret professionnel qui lie le témoin à son avocat et de le faire primer sur le privilège existant entre l'avocat et le procureur général. D'ailleurs, les avocats n'ont comparu avec les témoins devant le commissaire qu'après avoir bien précisé qu'ils ne comparaissent qu'en qualité d'avocats-conseils des témoins en question, et non en tant qu'avocats-conseils de qui que ce soit d'autre et plus particulièrement du procureur général. Vu la portée limitée des ordonnances et de la décision et vu la possibilité offerte aux témoins de renoncer au privilège et d'autoriser en tout temps leur avocat à divulguer les renseignements en litige, je suis d'avis que les ordonnances en question satisfont au critère de l'atteinte minimale et que la limite imposée à la liberté d'expression est par conséquent justifiée en vertu de l'article premier de la Charte.



[74] More particularly, I agree with counsel for the respondent that the orders and the decision directed at counsel go no further than required to (1) enhance the truth-finding function of the Commissioner's investigation, which investigation is conducted in furtherance of the quasi-constitutional right of access; (2) maintain the integrity of the investigation; (3) ensure that a witness's testimony would not be tainted by knowledge of the evidence given by another witness; (4) maintain the *ex parte* nature of the investigation, which investigation has to be independent of government pursuant to Parliament's specific intent prescribed in the Act; (5) address the uniqueness of the multiple representations by counsel from the Department of Justice, and (6) maintain the private nature of the investigation and ensure the protection of any specific confidential information.

[75] For all of the foregoing reasons, this application for judicial review is therefore dismissed, with costs.

#### ORDER

THIS COURT ORDERS that this application for judicial review is dismissed, with costs.

[74] Plus particulièrement, je suis d'accord avec les avocats du défendeur pour dire que les ordonnances et la décision visant les avocats ne vont pas plus loin que ce qui est nécessaire pour : 1) favoriser la recherche de la vérité à laquelle visent les enquêtes du commissaire, laquelle enquête est menée de façon à renforcer le droit quasi constitutionnel d'accès; 2) maintenir l'intégrité de l'enquête; 3) s'assurer que le témoignage d'une personne n'est pas vicié du fait que celle-ci connaît la preuve présentée par un autre témoin; 4) préserver le caractère *ex parte* de l'enquête, laquelle doit être indépendante du gouvernement, selon la volonté clairement exprimée par le législateur dans la Loi; 5) tenir compte du caractère unique des multiples mandats exercés par les avocats du ministère de la Justice; 6) préserver le caractère privé de l'enquête et assurer la protection de tout renseignement confidentiel précis.

[75] Pour tous les motifs qui viennent d'être exposés, la présente demande de contrôle judiciaire est par conséquent rejetée avec dépens.

#### ORDONNANCE

LA COUR REJETTE avec dépens la présente demande de contrôle judiciaire.

A-181-07  
2008 FCA 38

A-181-07  
2008 CAF 38

**Attorney General of Canada** (*Applicant*)

**Procureur général du Canada** (*demandeur*)

v.

c.

**Bill Jagpal** (*Respondent*)

**Bill Jagpal** (*défendeur*)

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

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

Federal Court of Appeal, Létourneau, Sexton and Pelletier J.J.A.—Vancouver, January 23; Ottawa, January 31, 2008.

Cour d'appel fédérale, juges Létourneau, Sexton et Pelletier, J.C.A.—Vancouver, 23 janvier; Ottawa, 31 janvier 2008.

*Administrative Law — Judicial Review — Grounds of Review — Judicial review of Pension Appeals Board ex parte decision on Canada Pension Plan, s. 84(2) application — Failure to provide applicant with opportunity to make submissions regarding application to re-open resulting in breach of procedural fairness — Application allowed.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Motifs — Contrôle judiciaire de la décision que la Commission d'appel des pensions a rendue ex parte au sujet d'une demande fondée sur l'art. 84(2) du Régime de pensions du Canada — L'omission de donner la possibilité au demandeur de présenter des observations quant à la demande de réouverture a donné lieu à un manquement à l'équité procédurale — Demande accueillie.*

*Pensions — Judicial review of Pension Appeals Board decision respondent submitting new facts sufficient to make arguable case to re-open previous Board decision pursuant to Canada Pension Plan, s. 84(2) — Wrong for Board to split s. 84(2) process into two hearings, one for whether there were new facts, one for whether new facts warranting rescission, amendment of previous decision — Application allowed.*

*Pensions — Contrôle judiciaire de la décision de la Commission d'appel des pensions portant que le défendeur avait présenté des faits nouveaux qui étaient suffisants pour se prononcer en faveur de la réouverture d'une décision antérieure de la Commission en application de l'art. 84(2) du Régime de pensions du Canada — La Commission a commis une erreur lorsqu'elle a divisé la procédure prévue à l'art. 84(2) en deux instances, la première portant sur la question de savoir s'il y avait des faits nouveaux et l'autre sur la question de savoir si ces faits nouveaux justifiaient l'annulation ou la modification de la décision antérieure — Demande accueillie.*

*Federal Court of Appeal Jurisdiction — Member of Pension Appeals Board ruling new facts submitted by respondent sufficient to make arguable case to re-open previous decision of Board pursuant to Canada Pension Plan, s. 84(2) — Only Board capable of deciding whether to rescind, amend previous decision under Plan — Assumption Board complied with Plan and decision made by Board, not member — Court thus having jurisdiction pursuant to Federal Courts Act, s. 28.*

*Compétence de la Cour d'appel fédérale — Un membre de la Commission d'appel des pensions a statué que le défendeur avait présenté des faits nouveaux qui étaient suffisants pour se prononcer en faveur de la réouverture d'une décision antérieure de la Commission en application de l'art. 84(2) du Régime de pensions du Canada — Seule la Commission peut décider d'annuler ou de modifier une décision antérieure prise en application du Régime — Supposition que la Commission s'est conformée au Régime et que la décision a été rendue par la Commission et non un membre — La Cour a donc compétence en vertu de l'art. 28 de la Loi sur les Cours fédérales.*

This was an application for judicial review of the decision of a member of the Pension Appeals Board, who ruled that the respondent had submitted new facts which were sufficient to make an arguable case to re-open a previous decision of the Board (subsequently confirmed by the Federal Court of

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision d'un membre de la Commission d'appel des pensions, qui a statué que le défendeur avait présenté des faits nouveaux qui étaient suffisants pour se prononcer en faveur de la réouverture d'une décision antérieure de la Commission (qui a

Appeal) pursuant to subsection 84(2) of the *Canada Pension Plan*. The member rendered his decision without providing the applicant with an opportunity to make submissions with respect to the respondent's subsection 84(2) application.

*Held*, the application should be allowed.

The jurisdiction to rescind or amend a Board decision is conferred upon the Board itself, not upon a member of the Board. The decision, signed by a member of the Board, did not indicate whether it was a decision of the Board or a member. It could only be assumed that the Board complied with the Plan herein. The Court thus had jurisdiction pursuant to section 28 of the *Federal Courts Act* to entertain the application.

Subsection 84(2) provides for an exceptional recourse in that it makes an exception to the finality principle that characterizes judicial or quasi-judicial decisions. The government, which represents the public interest and is responsible for the implementation of final and binding decisions rendered by the Board, has a legitimate expectation of being heard on new proceedings challenging the finality of earlier decisions pertaining to proceedings to which it was a party. The failure to do so in the case at bar resulted in a breach of procedural fairness.

The Board also erred when it split the subsection 84(2) process into two hearings, one for the issue of whether there were new facts, and one for the issue of whether these new facts justified rescinding or amending the earlier decision. These two issues are inextricably linked and are decided on the basis of the same evidence. The split of the process entails undesirable consequences, such as a loss of efficiency and the possibility of inconsistent decisions, and is conducive to unwarranted delays.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8, ss. 83(1) (as am. by S.C. 2000, c. 12, s. 61), (2) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 45), (2.1) (as enacted by S.C. 1997, c. 40, s. 85.1), (3) (as am. *idem*), (4) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 45), (6) (as am. *idem*), 84(2) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 45).  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27), 28 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8; 2002, c. 8, s. 35).

été ensuite été confirmée par la Cour d'appel fédérale) en application du paragraphe 84(2) du *Régime de pensions du Canada*. Le membre a rendu sa décision sans donner au demandeur la possibilité de présenter des observations en réponse à la demande du défendeur fondée sur le paragraphe 84(2).

*Arrêt* : la demande doit être accueillie.

La compétence pour annuler ou modifier une décision de la Commission relève de la Commission et non d'un membre de la Commission. La décision, signée par un membre de la Commission, ne précisait pas s'il s'agissait d'une décision de la Commission ou d'un membre. On ne pouvait que présumer que la Commission s'était conformée au Régime en l'espèce. La Cour était donc habilitée à entendre la demande en vertu de l'article 28 de la *Loi sur les Cours fédérales*.

Le paragraphe 84(2) prévoit un recours exceptionnel qui déroge au principe du caractère définitif qui caractérise les décisions judiciaires et quasi judiciaires. Le gouvernement, qui représente l'intérêt public et est responsable de la mise en application des décisions définitives et obligatoires rendues par la Commission, peut donc légitimement s'attendre à être entendu lors de nouvelles procédures visant à contester le caractère définitif des décisions antérieures rendues dans le cadre d'instances auxquelles il a participé. L'omission d'agir ainsi en l'espèce a donné lieu à un manquement à l'équité procédurale.

La Commission a aussi commis une erreur lorsqu'elle a divisé la procédure prévue au paragraphe 84(2) en deux instances, la première portant sur la question de savoir s'il y avait des faits nouveaux et l'autre sur la question de savoir si ces faits nouveaux justifiaient l'annulation ou la modification de la décision antérieure. Ces deux questions sont inextricablement liées entre elles et sont tranchées en fonction des mêmes éléments de preuve. La division de la procédure entraîne des conséquences peu souhaitables, notamment une perte d'efficacité et la possibilité de rendre des décisions incompatibles, et entraîne des retards injustifiés.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27), 28 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8; 2002, ch. 8, art. 35).  
*Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-8, art. 83(1) (mod. par L.C. 2000, ch. 12, art. 61), (2) (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 45), (2.1) (édicte par L.C. 1997, ch. 40, art. 85.1), (3) (mod., *idem*), (4) (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 45), (6) (mod., *idem*), 84(2) (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 45).

*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 399(2).

*Pension Appeals Board Rules of Procedure (Benefits)*, C.R.C., c. 390, ss. 3 (as am. by SOR/90-811, s. 3), 4 (as am. by SOR/92-18, s. 2; 96-524, s. 2), 5 (as am. by SOR/92-18, s. 3), 7 (as am. *idem*).

*Règles de procédure de la Commission d'appel des pensions (prestations)*, C.R.C., ch. 390, art. 3 (mod. par DORS/90-811, art. 3), 4 (mod. par DORS/92-18, art.2; 96-524, art. 2), 5 (mod. par DORS/92-18, art. 3), 7 (mod., *idem*).

*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 399(2).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### CONSIDERED:

*MacIsaac v. Minister of Employment and Immigration*, CP 2938 (PAB); *Adamo v. Canada (Minister of Human Resources Development)* (2006), 350 N.R. 130; 2006 FCA 156 (F.C.A.); *Canada (Minister of Human Resources Development) v. Hogervorst* (2007), 359 N.R. 156; 2007 FCA 41.

##### REFERRED TO:

*Jagpal v. Canada (Attorney General)*, 2006 FCA 26.

APPLICATION for judicial review of the decision by a member of the Pension Appeals Board that there were sufficient facts to make an arguable case to re-open a previous decision of the Board. Application allowed.

##### APPEARANCES:

*Allan T. Matte* for applicant.

*Jessie K. Hadley* for respondent.

##### SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant.

*Community Legal Assistance Society*, Vancouver, for respondent.

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

LÉTOURNEAU J.A.:

#### Issues

[1] This application for judicial review raises two questions. First, whether there was a breach of procedural

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*MacIsaac c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, CP 2938 (CAP); *Adamo c. Canada (Ministre du Développement des ressources humaines)*, 2006 CAF 156; *Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) c. Hogervorst*, 2007 CAF 41.

##### DÉCISION CITÉE :

*Jagpal c. Canada (Procureur général)*, 2006 CAF 26.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision d'un membre de la Commission d'appel des pensions portant qu'il y avait suffisamment de faits pour se prononcer en faveur de la réouverture d'une décision antérieure de la Commission. Demande accueillie.

##### ONT COMPARU :

*Allan T. Matte* pour le demandeur.

*Jessie K. Hadley* pour le défendeur.

##### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Le sous-procureur général du Canada* pour le demandeur.

*Community Legal Assistance Society*, Vancouver, pour le défendeur.

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

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A. :

#### Points en litige

[1] La présente demande de contrôle judiciaire soulève deux questions. Premièrement, s'il y a eu

fairness in not giving the Minister of Human Resources and Social Development Canada (Minister) the opportunity to be heard on an application under subsection 84(2) [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 45] of the *Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8 (Plan) to rescind a decision of the Pension Appeals Board (Board).

[2] Second, whether the integrated process envisaged by subsection 84(2) of the Plan can be split into two hearings, one dealing with the issue of new facts, the other with the question of whether the new facts warrant a rescinding of the Board's earlier decision.

[3] Before giving a summary of the facts, I reproduce relevant provisions of the Plan as well as of the *Pension Appeals Board Rules of Procedure (Benefits)*, C.R.C., c. 390 (Rules):

The Plan [ss. 83(1) (as am. by S.C. 2000, c. 12, s. 61), (2) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 45), (2.1) (as enacted by S.C. 1997, c. 40, s. 85.1), (3) (as am. *idem*), (4) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 45), (6) (as am. *idem*)]

**83.** (1) A party or, subject to the regulations, any person on behalf thereof, or the Minister, if dissatisfied with a decision of a Review Tribunal made under section 82, other than a decision made in respect of an appeal referred to in subsection 28(1) of the *Old Age Security Act*, or under subsection 84(2), may, within ninety days after the day on which that decision was communicated to the party or Minister, or within such longer period as the Chairman or Vice-Chairman of the Pension Appeals Board may either before or after the expiration of those ninety days allow, apply in writing to the Chairman or Vice-Chairman for leave to appeal that decision to the Pension Appeals Board.

(2) The Chairman or Vice-Chairman of the Pension Appeals Board shall, forthwith after receiving an application for leave to appeal to the Pension Appeals Board, either grant or refuse that leave.

(2.1) The Chairman or Vice-Chairman of the Pension Appeals Board may designate any member or temporary member of the

manquement à l'équité procédurale en omettant de donner au ministre des Ressources humaines et du Développement social Canada (le ministre) la possibilité d'être entendu au sujet d'une demande fondée sur le paragraphe 84(2) [mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 45] du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-8 (le Régime) et visant à annuler une décision de la Commission d'appel des pensions (la Commission).

[2] Deuxièmement, si la procédure intégrée prévue au paragraphe 84(2) du Régime peut être divisée en deux audiences, l'une pour examiner la question des faits nouveaux, l'autre pour déterminer si les faits nouveaux justifient l'annulation de la décision antérieure de la Commission.

[3] Avant de faire un résumé des faits, je reproduis les dispositions pertinentes du Régime ainsi que des *Règles de procédure de la Commission d'appel des pensions (prestations)*, C.R.C., ch. 390 (les Règles) :

Le Régime [art. 83(1) (mod. par L.C. 2000, ch. 12, art. 61), (2) (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 45), (2.1) (édicte par L.C. 1997, ch. 40, art. 85.1), (3) (mod., *idem*), (4) (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 45), (6) (mod., *idem*)]

**83.** (1) La personne qui se croit lésée par une décision du tribunal de révision rendue en application de l'article 82 — autre qu'une décision portant sur l'appel prévu au paragraphe 28(1) de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* — ou du paragraphe 84(2), ou, sous réserve des règlements, quiconque de sa part, de même que le ministre, peuvent présenter, soit dans les quatre-vingt-dix jours suivant le jour où la décision du tribunal de révision est transmise à la personne ou au ministre, soit dans tel délai plus long qu'autorise le président ou le vice-président de la Commission d'appel des pensions avant ou après l'expiration de ces quatre-vingt-dix jours, une demande écrite au président ou au vice-président de la Commission d'appel des pensions, afin d'obtenir la permission d'interjeter un appel de la décision du tribunal de révision auprès de la Commission.

(2) Sans délai suivant la réception d'une demande d'interjeter un appel auprès de la Commission d'appel des pensions, le président ou le vice-président de la Commission doit soit accorder, soit refuser cette permission.

(2.1) Le président ou le vice-président de la Commission d'appel des pensions peut désigner un membre ou membre

Pension Appeals Board to exercise the powers or perform the duties referred to in subsection (1) or (2).

(3) Where leave to appeal is refused, written reasons must be given by the person who refused the leave.

(4) Where leave to appeal is granted, the application for leave to appeal thereupon becomes the notice of appeal, and shall be deemed to have been filed at the time the application for leave to appeal was filed.

...

(6) An appeal to the Pension Appeals Board shall be heard by either one, three or five members of the Board, whichever number the Chairman of the Board directs, and where the appeal is heard by three or five members of the Board, the decision of the majority is a decision of the Board.

...

**84.** (1) ...

(2) The Minister, a Review Tribunal or the Pension Appeals Board may, notwithstanding subsection (1), on new facts, rescind or amend a decision under this Act given by him, the Tribunal or the Board, as the case may be. [Emphasis added.]

The Rules [ss. 3 (as am. by SOR/90-811, s. 3), 7 (as am. by SOR/92-18, s. 3)]

*Application*

3. These Rules apply to appeals brought pursuant to section 83 of the Act.

...

*Disposition of Applications*

7. An application under section 4 or 5 shall be disposed of *ex parte*, unless the Chairman or Vice-Chairman otherwise directs.

[4] It is not necessary to reproduce sections 4 and 5. Suffice it to say that section 5 [as am. by SOR/92-18, s. 3] of the Rules deals with requests for extension of time to seek leave to appeal a decision of a Review Tribunal. Section 4 [as am. *idem*, s. 2; 96-524, s. 2] of the Rules refers to applications for leave to appeal to the Board under section 83 of the Plan.

suppléant de celle-ci pour l'exercice des pouvoirs et fonctions visés aux paragraphes (1) ou (2).

(3) La personne qui refuse l'autorisation d'interjeter appel en donne par écrit les motifs.

(4) Dans les cas où l'autorisation d'interjeter appel est accordée, la demande d'autorisation d'interjeter appel est assimilée à un avis d'appel et celui-ci est réputé avoir été déposé au moment où la demande d'autorisation a été déposée.

[...]

(6) Les appels interjetés auprès de la Commission d'appel des pensions sont, selon ce qu'ordonne le président de la Commission, entendus par, soit un membre, soit trois membres, soit encore cinq membres de la Commission et, lorsqu'ils le sont par trois ou cinq membres, la décision de la majorité des membres emporte décision de la Commission.

[...]

**84.** (1) [...]

(2) Indépendamment du paragraphe (1), le ministre, un tribunal de révision ou la Commission d'appel des pensions peut, en se fondant sur des faits nouveaux, annuler ou modifier une décision qu'il a lui-même rendue ou qu'elle a elle-même rendue conformément à la présente loi. [Non souligné dans l'original.]

Les Règles [art. 3 (mod. par DORS/90-811, art. 3), 7 (mod. par DORS/92-18, art. 3)]

*Application*

3. Les présentes règles régissent les appels interjetés en vertu de l'article 83 de la Loi.

[...]

*Règlement des demandes*

7. Il est statué *ex parte* sur les demandes visées aux articles 4 ou 5, à moins que le président ou le vice-président n'en décide autrement.

[4] Il n'est pas nécessaire de reproduire les articles 4 et 5. Il suffit de dire que l'article 5 [mod. par DORS/92-18, art. 3] des Règles porte sur les demandes de prorogation du délai imparti pour demander l'autorisation d'interjeter appel d'une décision d'un tribunal de révision. L'article 4 [mod., *idem*, art. 2; 96-524, art. 2] des Règles vise les demandes d'autorisation d'interjeter

appel auprès de la Commission prévues par l'article 83 du Régime.

### The Facts and the applicant's submissions

[5] In a decision dated November 29, 2006, a member of the Board ruled that the respondent had submitted new facts under subsection 84(2) of the Plan. In his view, these facts were sufficient to make an arguable case to re-open a previous decision of the Board, dated February 22, 2005, by which the Board had dismissed the respondent's appeal from a decision of a Review Tribunal. The Board's decision was confirmed by our Court in January 2006: see *Jagpal v. Canada (Attorney General)*, 2006 FCA 26.

[6] The applicant challenges, by way of judicial review pursuant to section 28 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8; 2002, c. 8, s. 35] of the *Federal Courts Act* [R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. *idem*, s. 14)], the member's decision. The member dealt *ex parte* with the respondent's application pursuant to subsection 84(2). The applicant complains of a breach of procedural fairness. He submits that he was deprived of the opportunity to make submissions, present evidence or be heard in response to the respondent's application.

[7] The applicant also contends that the member could not treat a subsection 84(2) application as if it were an application for leave to appeal and decide *ex parte*.

### Whether the impugned decision is a decision of the Board or a decision of a member of the Board

[8] It is not clear if the decision under attack before us is a decision of the Board or a decision of a member of the Board. The decision itself, signed by a member of the Board, provides no indication one way or the other.

### Les faits et les observations du demandeur

[5] Dans une décision rendue le 29 novembre 2006, un membre de la Commission a statué que le défendeur avait présenté des faits nouveaux en application du paragraphe 84(2) du Régime. Selon lui, ces faits étaient suffisants pour se prononcer en faveur de la réouverture d'une décision antérieure de la Commission, rendue le 22 février 2005, par laquelle la Commission avait rejeté l'appel interjeté par le défendeur à l'encontre d'une décision d'un tribunal de révision. La décision rendue par la Commission a été confirmée par la Cour en janvier 2006 : voir *Jagpal c. Canada (Procureur général)*, 2006 CAF 26.

[6] Le demandeur conteste la décision du membre par voie de contrôle judiciaire en vertu de l'article 28 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8; 2002, ch. 8, art. 35] de la *Loi sur les Cours fédérales* [L.R.C. (1985), ch. F-7, art.1 (mod., *idem*, art. 14)]. Le membre a statué *ex parte* sur la demande du défendeur en application du paragraphe 84(2). Le demandeur se plaint d'un manquement à l'équité procédurale. Il allègue qu'il a été privé de la possibilité de présenter des observations, de produire des éléments de preuve et d'être entendu en réponse à la demande du défendeur.

[7] Le demandeur ajoute que le membre ne pouvait pas examiner une demande fondée sur le paragraphe 84(2) comme s'il s'agissait d'une demande d'autorisation d'appel et statuer sur celle-ci *ex parte*.

### La décision contestée est-elle une décision de la Commission ou une décision d'un membre de la Commission?

[8] On ne sait pas trop si la décision contestée devant nous est une décision de la Commission ou une décision d'un membre de la Commission. La décision, signée par un membre de la Commission, ne renferme aucun indice dans un sens ou dans l'autre.

[9] We obtain no assistance from the Rules since there are no rules governing subsection 84(2) applications. As it appears from section 3 [of the Rules], the Rules, including *ex parte* hearings, apply only to appeals to the Board pursuant to section 83 of the Plan.

[10] The record before us does not indicate whether this is a new practice established by the Board or whether the process followed in this case is an isolated incident.

[11] We have no indication as to the statutory basis, if any, upon which the member of the Board proceeded as he did.

[12] The question is not purely theoretical. If the decision rendered was a decision of a member of the Board as opposed to a decision of the Board, then we are without jurisdiction to entertain the applicant's application for judicial review. Such application must be brought before the Federal Court of Canada pursuant to section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act*.

[13] Moreover, if this decision on the issue of new facts is a decision of a single member of the Board as opposed to a decision of the Board, the question is whether the Board is bound by that decision when it is called upon to determine whether these new facts justify a rescission of the decision.

[14] As I read subsection 84(2), it is clear to me that the jurisdiction to rescind or amend a Board decision is conferred upon the Board itself, not upon a member of the Board.

[15] In *MacIsaac v. Minister of Employment and Immigration*, Appeal CP 2938, August 12, 1994, at page 10, the Board expressed the view that subsection 84(2) applications "would have to be made to the Board that heard the matter in the first instance." While this may not always be possible, it is certainly a sound and efficient practice. It is one that this Court follows on a motion, pursuant to subsection 399(2) of the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-

[9] Les Règles ne nous sont d'aucun secours puisqu'elles ne s'appliquent pas aux demandes fondées sur le paragraphe 84(2). Tel qu'il appert de l'article 3 [des Règles], les Règles, y compris celles concernant les audiences *ex parte*, régissent uniquement les appels interjetés auprès de la Commission en vertu de l'article 83 du Régime.

[10] Le dossier dont la Cour dispose n'indique pas s'il s'agit d'une nouvelle pratique établie par la Commission ou si la procédure suivie en l'espèce est un cas isolé.

[11] Rien n'indique sur quelle disposition législative, le cas échéant, s'est fondé le membre de la Commission pour procéder comme il l'a fait.

[12] Il ne s'agit pas d'une question purement théorique. Si la décision rendue est celle d'un membre de la Commission plutôt qu'une décision de la Commission, alors nous n'avons pas compétence pour entendre la demande de contrôle judiciaire présentée par le demandeur. Une telle demande doit être présentée devant la Cour fédérale en vertu de l'article 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[13] De plus, si cette décision sur la question des faits nouveaux est la décision d'un seul membre de la Commission plutôt qu'une décision de la Commission, il s'agit de savoir si la Commission est liée par cette décision lorsqu'elle est appelée à déterminer si ces faits nouveaux justifient l'annulation de la décision.

[14] À la lecture du paragraphe 84(2), il m'apparaît évident que la compétence pour annuler ou modifier une décision de la Commission relève de la Commission et non d'un membre de la Commission.

[15] Dans la décision *MacIsaac c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, Appel CP 2938, 12 août 1994, à la page 10, la Commission a exprimé l'opinion que toute demande fondée sur le paragraphe 84(2) « devrait être présentée à la commission qui a entendu l'affaire en première instance ». Bien que ce ne soit pas toujours possible, il s'agit certainement d'une pratique judicieuse et efficace. C'est celle adoptée par la Cour, sur requête, conformément au paragraphe 399(2) des *Règles des*



283, s. 2)], to set aside a decision that it has rendered.

[16] In conclusion, I can only assume that the Board complied with the Plan and that the November 29, 2006 decision by the member was a decision by the Board which is subject to judicial review by this Court.

Whether there was a breach of procedural fairness

[17] On February 1, 2006, the respondent wrote to “whom it may concern” at “Social Development Canada”: see respondent’s record, at pages 2 and 3. The letter was handwritten. The respondent indicated in it that he was in possession of new facts and that he wanted a reconsideration of his claim under subsection 84(2) of the Plan.

[18] In the material that he sent to the Minister on February 1, 2006, the respondent also included a new application for the disability benefit. This created confusion. A representative of the Minister contacted the respondent by phone in June 2006 to clarify the latter’s intentions.

[19] The respondent confirmed that his intention was to seek a rescission of the Board’s earlier decision pursuant to subsection 84(2). Of course, the Minister could not grant the remedy sought by the respondent. However, in order to assist the respondent who was self-represented, the Minister’s representative told the respondent that he would forward to the Board the respondent’s letter of February 1, 2006, along with the material that the respondent was to fax him in the coming days: see respondent’s record, exhibit A attached to the affidavit of Jennifer Allan.

[20] The Minister sent the material to the Board and waited for a subsection 84(2) application in due form to be served on him and filed with the Board.

[21] The first and only news that the Minister received from the Board was that it had processed the respondent’s

*Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)], pour annuler une décision qu’elle a rendue.

[16] En conclusion, je ne puis que présumer que la Commission s’est conformée au Régime et que la décision rendue le 29 novembre 2006 par le membre était une décision de la Commission, laquelle peut faire l’objet d’un contrôle judiciaire par la Cour.

Y a-t-il eu manquement à l’équité procédurale?

[17] Le 1<sup>er</sup> février 2006, le défendeur a écrit à [TRADUCTION] « qui de droit » à [TRADUCTION] « Développement social Canada » : voir le dossier du défendeur, aux pages 2 et 3. La lettre était rédigée à la main. Le défendeur y affirmait être en possession de faits nouveaux et vouloir une révision de sa demande en vertu du paragraphe 84(2) du Régime.

[18] Parmi les documents que le défendeur a envoyés au ministre le 1<sup>er</sup> février 2006, il y avait une nouvelle demande de prestations d’invalidité, ce qui a créé de la confusion. Un représentant du ministre a téléphoné au défendeur en juin 2006 afin de clarifier les intentions de ce dernier.

[19] Le défendeur a confirmé que son intention était de demander l’annulation de la décision antérieure de la Commission en application du paragraphe 84(2). Bien entendu, le ministre ne pouvait pas accorder le redressement sollicité par le défendeur. Toutefois, afin d’aider le défendeur qui se représentait lui-même, le représentant du ministre a dit au défendeur qu’il transmettrait à la Commission sa lettre du 1<sup>er</sup> février 2006 ainsi que les documents que le défendeur allait lui envoyer par télécopieur dans les jours suivants : voir le dossier du défendeur, pièce A annexée à l’affidavit de Jennifer Allan.

[20] Le ministre a fait parvenir les documents à la Commission et a attendu qu’une demande fondée sur le paragraphe 84(2) lui soit signifiée en bonne et due forme et soit déposée auprès de la Commission.

[21] Tout ce que le ministre a reçu comme information de la Commission, c’est qu’elle avait examiné la

demand and concluded that it was satisfied that there were “sufficient new facts to make an arguable case to re-open the decision of the Board.”

[22] The Minister was never informed that the Board was going to make a determination as to the legal character of the facts submitted by the respondent on the basis of the letter received. Nor was the Minister given the opportunity to make submissions in this respect: see applicant’s record, volume 1, at page 8, paragraph 12 of the affidavit of Wendy Lystiuk.

[23] In order to come to the conclusion that the facts submitted by the respondent were new facts, the Board had to decide that the facts were not discoverable, with due diligence, prior to the first hearing. In addition, the Board had to rule that these facts were material, that is to say, that they may reasonably be expected to affect the outcome of the case.

[24] These were the events surrounding the decision of the Board. I will now address the allegation of a breach of procedural fairness.

[25] The respondent’s application pursuant to subsection 84(2) was a demand to re-open and rescind a final and binding decision of the Board, which had been affirmed by this Court: see *Jagpal v. Canada (Attorney General)*.

[26] The applicant was at all times a party to all the proceedings instituted by the respondent to obtain a disability pension. Surely, procedural fairness required that the applicant be given an opportunity to be heard on an issue as serious as the rescission of a final decision.

[27] Subsection 84(2) provides for an exceptional recourse. It makes an exception to the finality principle which characterizes judicial or quasi-judicial decisions. The provision ought to be interpreted in a manner which ensures procedural fairness to the parties who were either bound by, or entitled to rely upon, the final decision now under a new attack.

demande du défendeur et qu’elle avait conclu qu’il y avait [TRADUCTION] « suffisamment de faits nouveaux pour se prononcer en faveur de la réouverture de la décision de la Commission ».

[22] Le ministre n’a jamais été informé que la Commission allait se prononcer sur la qualification juridique des faits soumis par le défendeur en se fondant sur la lettre reçue. Le ministre n’a pas eu non plus la possibilité de présenter des observations à ce sujet : voir le dossier du demandeur, volume 1, à la page 8, paragraphe 12 de l’affidavit de Wendy Lystiuk.

[23] Pour pouvoir décider que les faits présentés par le défendeur étaient des faits nouveaux, la Commission devait conclure qu’on n’aurait pas pu découvrir les faits avant la première audience, même en faisant preuve de diligence raisonnable. De plus, la Commission devait juger que ces faits étaient importants, c’est-à-dire qu’il serait raisonnable de s’attendre à ce qu’ils modifient l’issue du litige.

[24] C’est dans ce contexte que la Commission a rendu sa décision. Je vais maintenant examiner l’allégation de manquement à l’équité procédurale.

[25] La demande du défendeur fondée sur le paragraphe 84(2) visait à rouvrir et annuler une décision définitive et obligatoire de la Commission, laquelle avait été confirmée par la Cour : voir *Jagpal c. Canada (Procureur général)*.

[26] Le demandeur a participé à toutes les instances introduites par le défendeur en vue d’obtenir des prestations d’invalidité. L’équité procédurale exigeait certainement qu’on accorde au demandeur la possibilité d’être entendu sur une question aussi importante que l’annulation d’une décision définitive.

[27] Le paragraphe 84(2) prévoit un recours exceptionnel, lequel déroge au principe du caractère définitif qui caractérise les décisions judiciaires et quasi judiciaires. La disposition doit être interprétée de manière à ce que les parties qui soit étaient liées par la décision définitive qui fait présentement l’objet d’une nouvelle contestation, soit pouvaient à bon droit se fonder sur elle, bénéficient de l’équité procédurale.

[28] In *Adamo v. Canada (Minister of Human Resources Development)* (2006), 350 N.R. 130 (F.C.A.), a Review Tribunal proceeded to rescind an earlier decision on the basis that there were new facts, without informing the parties of its intention to do so. Writing for a unanimous Court, Noël J.A. wrote, at paragraphs 36 and 37:

However, before disposing of the matter on this basis, it was incumbent upon the Review Tribunal to advise the parties that it was considering the grant of a remedy pursuant to subsection 84(2) and to invite submissions as to whether this remedy was available. It could not dispose of the matter pursuant to subsection 84(2) without giving the parties the occasion to be heard on the issues which arise under that provision.

Having regard to this failure by the Review Tribunal to allow the parties to be heard, the PAB correctly held that the decision could not stand.

[29] In the public interest, the government is responsible for the implementation of final and binding decisions rendered by the Board. It has a legitimate expectation of being heard on new proceedings challenging the finality of earlier decisions rendered pursuant to proceedings to which it was a party. As this Court said in *Canada (Minister of Human Resources Development) v. Hogervorst* (2007), 359 N.R. 156 (F.C.A.), at paragraph 47, in addition to ensuring fairness, hearing the applicant would increase the likelihood of a more enlightened decision as well as promote the credibility of the Board itself.

[30] In an earlier decision, the Board asserted that the remedy provided by subsection 84(2) is discretionary and that the discretion should be exercised in favour of re-opening a hearing only in the most exceptional circumstances: see *MacIsaac v. Minister of Employment and Immigration*. At the very least, this is an indication that the Board sees, as it should, a subsection 84(2) application as a serious matter. I am astonished that an application to rescind a final and binding decision could be decided, as it was in this case, without the government, which represents the public interest in these proceedings and manages the public purse, being given the opportunity to oppose and be heard.

[28] Dans l'arrêt *Adamo c. Canada (Ministre du Développement des ressources humaines)*, 2006 CAF 156, le tribunal de révision a annulé la décision antérieure parce qu'il y avait des faits nouveaux, sans informer les parties de son intention à cet égard. Dans un jugement unanime, le juge Noël a écrit, aux paragraphes 36 et 37 :

Toutefois, avant de disposer de l'affaire sur cette base, il appartenait au tribunal de révision d'informer les parties qu'il considérerait l'octroi d'un redressement selon le paragraphe 84(2) et de les inviter à s'exprimer sur la question de savoir si tel redressement était possible. Il ne pouvait pas disposer de la question selon le paragraphe 84(2) sans donner aux parties l'occasion de s'exprimer sur les points que soulève cette disposition.

Puisque le tribunal de révision n'a pas donné aux parties l'occasion de s'exprimer, la CAP a jugé à bon droit que la décision ne pouvait pas être maintenue.

[29] Dans l'intérêt public, le gouvernement est responsable de la mise en application des décisions définitives et obligatoires rendues par la Commission. Il peut donc légitimement s'attendre à être entendu lors de nouvelles procédures visant à contester le caractère définitif des décisions antérieures rendues dans le cadre d'instances auxquelles il a participé. Comme l'a déjà dit la Cour dans l'arrêt *Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) c. Hogervorst*, 2007 CAF 41, au paragraphe 47, l'audition du demandeur aurait permis à la Commission, non seulement de faire preuve d'équité, mais de se donner de meilleures chances d'arriver à une décision plus éclairée de même qu'elle aurait renforcé sa crédibilité.

[30] Dans une décision antérieure, la Commission a affirmé que le redressement prévu au paragraphe 84(2) est discrétionnaire et que seules les circonstances les plus exceptionnelles peuvent inciter la Commission à rouvrir une audition : voir *MacIsaac c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*. À tout le moins, cela indique que la Commission considère, comme il se doit, une demande fondée sur le paragraphe 84(2) comme une affaire sérieuse. Je suis étonné qu'une demande d'annuler une décision définitive et obligatoire puisse être décidée, comme ce fut le cas en l'espèce, sans donner au gouvernement, qui représente l'intérêt public dans ces

[31] The failure of the Board to inform the applicant and invite submissions from him on the respondent's application to rescind a Board's decision pursuant to subsection 84(2) of the Plan resulted in a breach of procedural fairness.

Whether the Board could split the integrated process envisaged by subsection 84(2) into two hearings

[32] On a subsection 84(2) application, the Board is required to determine two issues: whether there are new facts submitted by the person who brings the application, and whether these new facts are of sufficient force to justify rescinding or amending the earlier decision.

[33] These two issues are inextricably linked and decided on the basis of the same evidence. Usually, they are decided at the same time by the same panel of the Board. This makes sense in terms of efficiency as well as fairness to the parties who do not have to attend two hearings. I am at a loss here to understand why the hearing of the subsection 84(2) application was split into two hearings: the one under review at which the Board decided the issue of "new facts," and the other, still to come, at which the Board will decide whether the new facts justify rescinding the earlier decision.

[34] I should stress that the determination of whether the facts now submitted amount to new facts within the meaning of subsection 84(2) is not a mere formality or, as counsel for the respondent put it, a mere threshold. It is a key issue upon which the jurisdiction of the Board to rescind its earlier decision depends. If no new facts are found, the decision cannot be rescinded.

[35] In addition to a loss of efficiency, the split of the process entails undesirable consequences. There is, first, the possibility of inconsistent decisions if, at the second

procédures et qui gère les fonds publics, la possibilité de faire opposition et d'être entendu.

[31] L'omission de la Commission d'informer le demandeur et de l'inviter à formuler des observations sur la demande que le défendeur a présentée en vertu du paragraphe 84(2) du Régime en vue d'obtenir l'annulation d'une décision de la Commission constitue un manquement à l'équité procédurale.

La Commission pouvait-elle diviser la procédure intégrée prévue au paragraphe 84(2) en deux audiences?

[32] Lorsqu'elle est saisie d'une demande fondée sur le paragraphe 84(2), la Commission doit trancher deux questions : si des faits nouveaux ont été soumis par la personne qui a présenté la demande, et si ces faits nouveaux sont suffisants pour justifier l'annulation ou la modification de la décision antérieure.

[33] Ces deux questions sont inextricablement liées entre elles et elles sont tranchées en fonction des mêmes éléments de preuve. Habituellement, elles sont décidées en même temps par la même formation de la Commission. C'est logique du point de vue de l'efficacité ainsi que de l'équité à l'égard des parties qui n'ont pas à se présenter à deux audiences. Je ne parviens pas à comprendre pourquoi l'audition de la demande fondée sur le paragraphe 84(2) a été divisée en deux audiences : celle faisant l'objet du présent contrôle où la Commission a statué sur la question des « faits nouveaux », et l'autre, à venir, où la Commission décidera si les faits nouveaux justifient l'annulation de la décision antérieure.

[34] Je tiens à souligner que la question de savoir si les faits présentement soumis constituent des faits nouveaux au sens du paragraphe 84(2) n'est pas une simple formalité ou, comme l'a dit l'avocat du défendeur, une simple condition préalable. C'est une question cruciale sur laquelle repose la compétence de la Commission d'annuler sa décision antérieure. Si on ne conclut pas à l'existence de faits nouveaux, la décision ne peut être annulée.

[35] En plus d'une perte d'efficacité, la division de la procédure entraîne des conséquences peu souhaitables. Premièrement, il y a la possibilité de rendre des décisions

stage of the process, the Board is not bound by the earlier determination that the proffered evidence is evidence of new facts.

[36] Second, the bifurcation of the process is conducive to unwarranted delays prejudicial to a disability claimant. This case is a vivid example of that since the determination by the Board of the second issue, i.e. whether the decision should be rescinded and the claimant entitled to benefits, was suspended while the decision on “new facts” was challenged before this Court.

[37] For these reasons, I would allow the application for judicial review, set aside the decision of the Board dated November 29, 2006 and refer the matter back to the Board for a new hearing of the respondent’s application pursuant to subsection 84(2) of the Plan, to be held by a differently constituted panel in accordance with these reasons for judgment. No order as to costs was sought by the applicant.

SEXTON J.A.: I agree.

PELLETIER J.A.: I agree.

incompatibles si, lors de la seconde étape de la procédure, la Commission n’est pas liée par la décision antérieure selon laquelle la preuve offerte constitue des faits nouveaux.

[36] Deuxièmement, la division de la procédure entraîne des retards injustifiés qui sont préjudiciables à un demandeur de prestations d’invalidité. La présente affaire en est un exemple flagrant puisque la décision de la Commission concernant la seconde question, c’est-à-dire si la décision devrait être annulée et si le demandeur a droit à des prestations, est suspendue pendant que la décision concernant les « faits nouveaux » est contestée devant la Cour.

[37] Pour ces motifs, j’accueillerais la demande de contrôle judiciaire, j’annulerais la décision rendue le 29 novembre 2006 par la Commission et je renverrais l’affaire à la Commission pour une nouvelle audition de la demande du défendeur en application du paragraphe 84(2) du Régime, qui se déroulera devant une autre formation conformément aux présents motifs du jugement. Le demandeur n’a pas demandé que des dépens soient adjugés.

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

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

IMM-6297-06  
2008 FC 82

IMM-6297-06  
2008 CF 82

**The Minister of Citizenship and Immigration**  
(Applicant)

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

v.

c.

**Glendon St. Patrick Stephenson** (Respondent)

**Glendon St. Patrick Stephenson** (défendeur)

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

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

Federal Court, Dawson J.—Toronto, December 6, 2007; January 23, 2008.

Cour fédérale, juge Dawson—Toronto, 6 décembre 2007; 23 janvier 2008.

*Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Judicial review of reconsideration decision of Immigration and Refugee Board's Immigration Appeal Division (IAD) pursuant to Immigration and Refugee Protection Act (Act), s. 68(3) setting aside removal order — Removal order stayed on condition respondent keep peace, be of good behaviour — Subsequently convicted of three offences under Ontario Highway Traffic Act (HTA) — On reconsideration, IAD holding HTA convictions not breaching “good behaviour” condition — (1) IAD must consider factors established in Ribic v. Canada (Minister of Employment and Immigration) when reconsidering stay of removal decision pursuant to s. 68(3) — IAD only considering whether respondent breaching conditions of stay; failed to consider seriousness of offences, existence of any exceptional reasons for allowing appeal — (2) Federal Court holding requirement to “be of good behaviour” meaning to abide by federal, provincial and municipal statutes, regulatory provisions — If conviction under federal, provincial, municipal statutes, regulations, resulting in breach of condition to “be of good behaviour” not necessarily leading to termination of stay of removal — But one matter for IAD to consider in light of all circumstances — Application allowed.*

*Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Contrôle judiciaire de la décision de révision de la Section d'appel de l'immigration (la SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié en vertu de l'art. 68(3) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (la Loi) annulant la mesure de renvoi — Il a été sursis à la mesure de renvoi à la condition que le défendeur ne trouble pas l'ordre public et ait une bonne conduite — Le défendeur a ensuite été déclaré coupable de trois infractions au Code de la route de l'Ontario — Lors du réexamen, la SAI a déclaré que les déclarations de culpabilité prononcées en vertu du Code de la route ne constituaient pas une violation de la condition « de ne pas troubler l'ordre public » 1) La SAI doit tenir compte des facteurs énoncés dans Ribic c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) lorsqu'elle réexamine un sursis d'une mesure de renvoi en vertu de l'art. 68(3) — La SAI s'est seulement penchée sur la question de savoir si le défendeur avait ou non respecté les conditions du sursis; elle n'a pas tenu compte de la gravité des infractions et de l'existence de motifs exceptionnels possibles pour accueillir l'appel — 2) La Cour fédérale a conclu que pour « avoir une bonne conduite », une personne doit se conformer aux lois et aux règlements fédéraux, provinciaux et municipaux — Si les déclarations de culpabilité prononcées en vertu des lois ou des règlements fédéraux, provinciaux et municipaux donnent lieu à la violation de la condition « d'avoir une bonne conduite », elles n'entraînent pas nécessairement la révocation du sursis d'une mesure de renvoi — Il incombe à la SAI d'examiner la question « vu les autres circonstances de l'affaire » — Demande accueillie.*

*Judges and Courts — Stare decisis — Immigration and Refugee Board's Immigration Appeal Division (IAD) bound to follow Federal Court decisions — Not open to IAD to find Highway Traffic Act convictions not constituting breach of “good behaviour” condition attached to stay of removal in light of Federal Court decisions holding “be of good behaviour”*

*Juges et Tribunaux — Stare decisis — La Section d'appel de l'immigration (SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié est tenue de suivre les décisions de la Cour fédérale — Il n'était pas loisible à la SAI de conclure que les déclarations de culpabilité prononcées en vertu du Code de la route ne constituaient pas une violation de la condition*

*means abide by federal, provincial and municipal statutes and regulatory provisions.*

This was an application for judicial review of the reconsideration decision by the Immigration and Refugee Board's Immigration Appeal Division (IAD) pursuant to subsection 68(3) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (Act) setting aside a removal order. The respondent is Jamaican and a permanent resident of Canada who was ordered removed because of drug-trafficking convictions. On appeal, the IAD stayed the removal order for three years on condition that the respondent keep the peace and be of good behaviour. The respondent was subsequently convicted of three offences under the Ontario *Highway Traffic Act* (HTA). On reconsideration three years after the initial decision to stay the removal order, the IAD stated that it was not convinced that the HTA convictions amounted to a breach of the condition to keep the peace and be of good behaviour, but if they did, the breach was minor in nature and did not give rise to a concern about his overall behaviour.

The issues were (1) whether the IAD failed to consider all of the circumstances of the case; and (2) whether it erred by finding that the HTA convictions did not amount to a breach of the condition to "keep the peace and be of good behaviour".

*Held*, the application should be allowed.

(1) While the Act is express that all of the circumstances of the case are to be considered by the IAD when allowing an appeal or staying a removal order, it is silent as to what factors the IAD must consider when, pursuant to subsection 68(3) of the Act, it reconsiders an order staying removal. Given the Federal Court of Appeal's case law on the matter and the similarity between the prior and current legislation, the factors established in *Ribic v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* continue to be the factors that the IAD is required to consider when reconsidering a decision pursuant to subsection 68(3) of the Act. Although the IAD advised the parties that it would consider all the circumstances of the case, it did not expressly refer to the *Ribic* factors and only considered whether the respondent was in breach of the conditions upon which the stay of removal was granted and the effect of such non-compliance. It failed to consider the seriousness of the offence that led to the removal order and the existence of any exceptional reasons for allowing the appeal flowing from the respondent's establishment in Canada, the

*« d'avoir une bonne conduite » assortie au sursis à l'exécution de la mesure de renvoi à la lumière des décisions de la Cour fédérale portant que pour « avoir une bonne conduite » une personne doit se conformer aux lois et aux règlements fédéraux, provinciaux et municipaux.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision de révision de la Section d'appel de l'immigration (la SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié en vertu du paragraphe 68(3) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la Loi) annulant la mesure de renvoi. Le défendeur est un Jamaïcain et un résident permanent du Canada qui a été frappé d'une mesure de renvoi par suite de condamnations pour trafic de stupéfiants. En appel, la SAI a sursis à l'exécution de la mesure de renvoi pendant trois ans à condition que le défendeur ne trouble pas l'ordre public et ait une bonne conduite. Par la suite, le défendeur a été déclaré coupable de trois infractions au *Code de la route* de l'Ontario. Lors du réexamen qui a eu lieu trois ans après la décision initiale de surseoir à l'exécution de la mesure de renvoi, la SAI a déclaré qu'elle n'était pas convaincue que les déclarations de culpabilité pour les infractions au *Code de la route* constituaient une violation de la condition de ne pas troubler l'ordre public et d'avoir une bonne conduite, mais si elles constituaient effectivement une violation de cette condition, que la violation en question était mineure et ne menait pas à la mise en question du comportement global du défendeur.

Les questions litigieuses étaient celles de savoir si la SAI 1) a omis de tenir compte de l'ensemble des circonstances de l'affaire; et 2) a commis une erreur en concluant que les déclarations de culpabilité prononcées en vertu du *Code de la route* ne donnaient pas lieu à une violation de la condition « de ne pas troubler l'ordre public et d'avoir une bonne conduite ».

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

1) Bien que la Loi prévoie expressément que la SAI doit tenir compte de l'ensemble des circonstances de l'affaire lorsqu'elle fait droit à un appel ou sursoit à une mesure de renvoi, la Loi est muette quant aux facteurs dont la SAI doit tenir compte lorsqu'elle réexamine, en application du paragraphe 68(3) de la Loi, une ordonnance de sursis d'une mesure de renvoi. À la lumière de la jurisprudence de la Cour d'appel fédérale sur la question et de la similarité entre l'ancienne disposition et la disposition actuelle, les facteurs énoncés dans l'arrêt *Ribic c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* demeurent les facteurs dont la SAI doit tenir compte lorsqu'elle réexamine une décision en vertu du paragraphe 68(3) de la Loi. Bien que la SAI ait dit aux parties qu'elle tiendrait compte de l'ensemble des circonstances de l'affaire, elle n'a pas expressément fait mention des facteurs énoncés dans *Ribic* et elle s'est seulement penchée sur la question de savoir si le défendeur avait ou non respecté les conditions en vertu desquelles le sursis de la mesure de renvoi avait été accordé et les conséquences de ne pas les avoir

circumstances of his family in Canada and the degree of hardship he would endure if he was returned to Jamaica. The respondent did not put any information or material before the IAD other than his statement that he had complied with the conditions of his stay. There was no evidence that the humanitarian and compassionate factors which had led to the original stay continued to be in existence. Therefore no weight was given to the IAD's blanket statement that it was mindful of its obligations to consider all of the circumstances. The IAD erred in law by failing to consider all the circumstances of the case when it exercised its discretion to allow the appeal and set aside the removal order.

(2) The Federal Court has previously held, in the context of a condition imposed by the IAD when staying a removal order, that to "be of good behaviour" means that one must abide by federal, provincial and municipal statutes and regulatory provisions. The IAD is bound to follow decisions of this Court. The doctrine of *stare decisis* precludes the IAD from reaching a contrary conclusion, even where the IAD believes that the Federal Court has reached its decision in error. In the case of convictions under federal, provincial and municipal statutes and regulations, the resultant breach of the condition to "be of good behaviour" need not necessarily lead to the termination of a stay of removal. It is a matter for the IAD to consider "in light of all the circumstances of the case." All of the circumstances include the nature and severity of the offences in respect of which convictions were entered. Given the evidence that convictions had been entered under the Ontario *Highway Traffic Act* against the respondent, it was not, as a matter of law, open to the IAD to find that the convictions did not constitute a breach of the condition to "be of good behaviour." It was however open to the IAD to consider all the circumstances of the respondent's case, including the nature and severity of his breach of conditions of the stay and to determine how it should exercise its discretion.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Highway Traffic Act*, R.S.O. 1990, c. H.8.

*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 70(1) (as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 13), 74(3) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18).

*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 63(2), 66, 67(1), 68(1),(2)(a),(d),(3).

respectées. Elle n'a pas évalué la gravité des infractions qui avaient donné lieu à la mesure de renvoi et n'a pas non plus tenu compte de motifs exceptionnels possibles pour accueillir l'appel comme le degré d'enracinement du défendeur au Canada, la situation de sa famille au Canada et l'importance des difficultés que lui causerait son retour en Jamaïque. Le défendeur n'a fourni à la SAI aucun renseignement ou document autre que sa déclaration selon laquelle il a respecté les conditions du sursis. Rien ne démontrait que les facteurs d'ordre humanitaire ayant donné lieu initialement à l'octroi du sursis subsistaient. Aucun poids n'a donc été accordé à la déclaration de la SAI selon laquelle elle était consciente de sa responsabilité de tenir compte de l'ensemble des circonstances. La SAI a commis une erreur de droit en omettant de tenir compte de l'ensemble des circonstances de l'affaire lorsqu'elle a exercé son pouvoir discrétionnaire pour accueillir l'appel et annuler la mesure de renvoi.

2) La Cour fédérale a conclu dans le passé que dans le contexte d'une condition qui était imposée par la SAI alors qu'elle sursoyait à une mesure de renvoi, pour « avoir une bonne conduite » une personne doit se conformer aux lois et aux règlements fédéraux, provinciaux et municipaux. La SAI est tenue de suivre les décisions de la Cour fédérale. La doctrine du *stare decisis* empêche la SAI de tirer une conclusion contraire à celle de la Cour fédérale, même lorsqu'elle estime que la Cour fédérale a tiré une conclusion erronée. Dans le cas de déclarations de culpabilité prononcées en vertu de lois ou de règlements fédéraux, provinciaux et municipaux, la violation de la condition « d'avoir une bonne conduite » qui en découle n'entraîne pas nécessairement la révocation du sursis d'une mesure de renvoi. Il incombe à la SAI d'examiner la question « vu les autres circonstances de l'affaire ». L'ensemble des circonstances comprend la nature et la gravité des infractions en vertu desquelles les déclarations de culpabilité ont été prononcées. À la lumière de la preuve selon laquelle les déclarations de culpabilité avaient été prononcées contre le défendeur en vertu du *Code de la route* de l'Ontario, il n'était pas loisible, en droit, à la SAI de conclure que ces déclarations de culpabilité ne constituaient pas une violation de la condition « d'avoir une bonne conduite ». Cependant, il lui était permis de tenir compte de l'ensemble des circonstances de l'affaire du défendeur, y compris la nature et la gravité de sa violation des conditions du sursis, et de décider de la façon qu'elle devait exercer son pouvoir discrétionnaire.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Code de la route*, L.R.O. 1990, ch. H.8.

*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 70(1) (mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 13), 74(3) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18).

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 63(2), 66, 67(1), 68(1),(2)(a),(d),(3).



*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, s. 251.

*Immigration Appeal Division Rules*, SOR/2002-230, r. 26(3).

*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 251.

*Règles de la Section d'appel de l'immigration*, DORS/2002-230, règle 26(3).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Ivanov v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2008] 2 F.C.R. 502; (2007), 64 Imm. L.R. (3d) 3; 368 N.R. 380; 2007 FCA 315; *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *Esteban v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 539; (2005), 258 D.L.R. (4th) 193; 135 C.R.R. (2d) 1; 50 Imm. L.R. (3d) 1; 339 N.R. 1; 2005 SCC 51; *Cooper v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 275 F.T.R. 155; 49 Imm. L.R. (3d) 263; 2005 FC 1253.

##### CONSIDERED:

*Stephenson v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] I.A.D.D. No. 1157 (QL); *Stephenson v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] I.A.D.D. No. 1705 (QL); *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84; (2002), 208 D.L.R. (4th) 107; 37 Imm. L.R. (3d) 252; 18 Imm. L.R. (3d) 93; 280 N.R. 268; 2002 SCC 3; *Cao v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] I.A.D.D. No. 101 (QL); *R. v. R.(D.)* (1999), 178 Nfld. & P.E.I.R. 200; 138 C.C.C. (3d) 405; 27 C.R. (5th) 366 (Nfld. C.A.); *R. v. S.S.* (1999), 178 Nfld. & P.E.I.R. 210; 138 C.C.C. (3d) 430 (Nfld. C.A.); *R. v. Borland* (1968), 66 W.W.R. 751; [1970] 2 C.C.C. 172; 5 C.R.N.S. 251 (N.W.T. Terr. Ct.).

##### REFERRED TO:

*Ribic v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1985] I.A.B.D. No. 4 (QL); *Khosa v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 266 F.T.R. 138; 48 Imm. L.R. (3d) 253; 2005 FC 1218; revd on other grounds [2007] 4 F.C.R. 332; (2007), 276 D.L.R. (4th) 369; 59 Imm. L.R. (3d) 122; 360 N.R. 183; 2007 FCA 24; leave to appeal to S.C.C. granted [2007] S.C.C.A. No. 155 (QL); *Huynh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FC 1426

#### AUTHORS CITED

Chasse, Kenneth "Breach of Probation as an Offense" (1969), 5 C.R.N.S. 255.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Ivanov c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2008] 2 R.C.F. 502; 2007 CAF 315; *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*; *Esteban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 539; 2005 CSC 51; *Cooper c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1253.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Stephenson c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2003] D.S.A.I. n° 1157 (QL); *Stephenson c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] D.S.A.I. n° 1705 (QL); *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84; 2002 CSC 3; *Cao c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] D.S.A.I. n° 101 (QL); *R. v. R.(D.)* (1999), 178 Nfld. & P.E.I.R. 200; 138 C.C.C. (3d) 405; 27 C.R. (5th) 366 (C.A. T.-N.); *R. v. S.S.* (1999), 178 Nfld. & P.E.I.R. 210; 138 C.C.C. (3d) 430 (C.A. T.-N.); *R. v. Borland* (1968), 66 W.W.R. 751; [1970] 2 C.C.C. 172; 5 C.R.N.S. 251 (C.T. T.N.-O.).

##### DÉCISIONS CITÉES :

*Ribic c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1985] D.S.A.I. n° 4 (QL); *Khosa c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1218; inf. pour d'autres motifs par [2007] 4 R.C.F. 332; 2007 CAF 24; autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée [2007] S.C.C.A. n° 155 (QL); *Huynh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CF 1426.

#### DOCTRINE CITÉE

Chasse, Kenneth « Breach of Probation as an Offense » (1969), 5 C.R.N.S. 255.

APPLICATION for judicial review of the reconsideration decision of the Immigration and Refugee Board's Appeal Division made pursuant to subsection 68(3) of the *Immigration and Refugee Protection Act* cancelling the respondent's stay, allowing his appeal and setting aside his removal order. Application allowed.

## APPEARANCES:

*Janet Chisholm* for applicant.  
*Alp Debreli* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant.  
*Alp Debreli*, Toronto, for respondent.

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

[1] DAWSON J.: Glendon St. Patrick Stephenson is a citizen of Jamaica and a permanent resident of Canada. On January 15, 2003, he was ordered to be removed from Canada because he had been convicted of trafficking in a narcotic. Mr. Stephenson appealed the issuance of the removal order to the Immigration Appeal Division of the Immigration and Refugee Board (IAD).

[2] On October 14, 2003 [[2003] I.A.D.D. No. 1157 (QL)], the IAD stayed the removal order for a period of three years on a number of conditions. The conditions of relevance are that Mr. Stephenson:

- inform the Department of Citizenship and Immigration Canada (Department) and the IAD in writing in advance of any change of address;
- apply for extension of the validity period of his passport before it expired and provide a copy of the extended passport to the Department; and

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision de révision de la Section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié en vertu du paragraphe 68(3) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* annulant le sursis du défendeur, accueillant son appel et annulant la mesure de renvoi dont il a été frappé. Demande accueillie.

## ONT COMPARU :

*Janet Chisholm* pour le demandeur.  
*Alp Debreli* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Le sous-procureur général du Canada* pour le demandeur.  
*Alp Debreli*, Toronto, pour le défendeur.

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

[1] LA JUGE DAWSON : Glendon St. Patrick Stephenson est un citoyen de la Jamaïque et un résident permanent du Canada. Le 15 janvier 2003, une mesure de renvoi du Canada a été prise à l'endroit de M. Stephenson parce qu'il a été déclaré coupable de trafic de stupéfiants. M. Stephenson a interjeté appel de l'ordonnance de renvoi devant la Section d'appel de l'immigration (la Section) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission).

[2] Le 14 octobre 2003 [[2003] D.S.A.I. n° 1157 (QL)], la Section a accordé au défendeur un sursis de trois ans à l'exécution de la mesure de renvoi, mais lui a imposé de nombreuses conditions. Les conditions pertinentes sont les suivantes :

- M. Stephenson doit informer le ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration (le Ministère) et la Section par écrit et au préalable de tout changement d'adresse;
- M. Stephenson doit demander la prolongation de la validité de son passeport avant qu'il ne vienne à expiration

- keep the peace and be of good behaviour.

[3] The IAD also advised that it would reconsider Mr. Stephenson's case in or about September of 2006.

[4] On August 18, 2006, the IAD notified the parties that, pursuant to subsection 68(3) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (Act), it would reconsider Mr. Stephenson's appeal without an oral hearing on or about September 27, 2006. This notification, pursuant to subsection 26(3) of the *Immigration Appeal Division Rules*, SOR/2002-230, required each party to provide the IAD with a written statement about whether Mr. Stephenson had complied with the conditions of his stay of removal.

[5] In response, the Minister of Citizenship and Immigration (Minister) requested an oral hearing. The Minister also submitted that Mr. Stephenson was in breach of the conditions upon which the removal order had been stayed. The Minister noted that Mr. Stephenson had:

- failed to inform the IAD of his most recent change of address;
- failed to provide the Department with a copy of an extended passport, which was required because his existing passport had expired on March 3, 2006; and
- been convicted of three offences under the Ontario *Highway Traffic Act*, R.S.O. 1990, c. H.8.

The three offences in question arose from two separate incidents. In April of 2004, Mr. Stephenson had failed to stop at a red light and had driven a motor vehicle without a proper licence. In July of 2006, Mr. Stephenson had failed to surrender his driver's licence. He was fined in respect of each conviction.

et fournir subséquemment une copie du nouveau passeport au Ministère;

- M. Stephenson ne doit pas troubler l'ordre public et il doit avoir une bonne conduite.

[3] La Section a également annoncé qu'elle réexaminerait la situation de M. Stephenson aux alentours de septembre 2006.

[4] Le 18 août 2006, la Section a avisé les parties que, en vertu du paragraphe 68(3) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la Loi), elle reprendrait l'appel de M. Stephenson sans tenir d'audience, aux alentours du 27 septembre 2006. Cet avis, en application du paragraphe 26(3) des *Règles de la Section d'appel de l'immigration*, DORS/2002-230 (les Règles), impliquait que chaque partie transmette à la Section une déclaration écrite portant sur le respect ou non, par M. Stephenson, des conditions du sursis de la mesure de renvoi.

[5] Par la suite, le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (le ministre) a sollicité la tenue d'une audience. Il a également déclaré que M. Stephenson n'avait pas respecté les conditions en vertu desquelles le sursis à l'exécution de la mesure de renvoi lui avait été accordé. Le ministre a fait remarquer que M. Stephenson :

- n'avait pas informé la Section de son dernier changement d'adresse;
- n'avait pas fourni au Ministère une copie de son nouveau passeport, ce qui était nécessaire parce que son ancien passeport était venu à expiration le 3 mars 2006;
- avait été déclaré coupable de trois infractions au *Code de la route* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. H.8.

Les trois infractions en cause résultaient de deux incidents distincts. En avril 2004, M. Stephenson avait brûlé un feu rouge et avait conduit un véhicule motorisé sans permis valide. En juillet 2006, M. Stephenson avait négligé de remettre son permis de conduire. Il s'est vu infliger une amende pour chacune de ces infractions.

[6] Mr. Stephenson's only written response to the IAD's notification was to state that he had complied with the conditions of the stay.

#### The decision of the IAD

[7] The IAD dealt with the reconsideration of its prior decision in brief, written reasons [[2006] I.A.D.D. No. 1705 (QL)]. In those reasons, the IAD refused the Minister's request for an oral review of Mr. Stephenson's stay because, in its view, an oral review was unnecessary and it was reasonable to render a decision in chambers.

[8] With respect to the substantive review, the IAD considered that:

- It was satisfied that Mr. Stephenson had breached the first two conditions of the stay, as set out above, at paragraph 2. However, in the IAD's view, these were minor breaches because the failure to provide a copy of the extended passport lasted [at paragraph 6] "only for a few months" and, while Mr. Stephenson had failed to inform the IAD of his address as required, it appeared that he had kept the Department advised of his address.

- It was not convinced on the evidence that the three convictions in respect of the Ontario *Highway Traffic Act* offences constituted a breach of the condition to keep the peace and be of good behaviour.

- Alternatively, if the convictions did constitute a breach of that condition, it concluded that the breach was minor in nature. The convictions did not [at paragraph 8] "give rise to a concern about the appellant's overall behaviour even when considered in light of the appellant's failure to provide a change of address to the IAD and the short term failure to provide a copy of his passport."

[9] The IAD concluded that [at paragraph 9] "[b]ased on the evidence before it and mindful of its responsibilities to consider all of the circumstances, the panel is prepared

[6] La seule déclaration écrite formulée par M. Stephenson en réponse à l'avis de la Section, c'était qu'il avait respecté les conditions du sursis.

#### La décision de la Section

[7] La Section a abordé la question du réexamen de sa décision antérieure et a exposé de brefs motifs écrits [[2006] D.S.A.I. n° 1705 (QL)]. Dans ces motifs, la Section a rejeté la demande du ministre de tenir une audience sur le sursis accordé à M. Stephenson, parce qu'à son avis, une audience n'était pas nécessaire et qu'il était raisonnable de rendre une décision en chambre.

[8] Sur le fond, la Section a considéré ce qui suit :

- Elle était convaincue que M. Stephenson n'avait pas respecté les deux premières conditions du sursis, susmentionnées au paragraphe 2. Cependant, à son avis, cela ne constituait que des violations mineures parce que M. Stephenson avait remis une copie de son nouveau passeport [au paragraphe 6] « à peine quelques mois plus tard ». De plus, bien que M. Stephenson eût omis d'informer la Section de son changement d'adresse, comme il était tenu de le faire, il semblait qu'il eût communiqué cette information au Ministère.

- En se fondant sur la preuve dont elle était saisie, la Section n'était pas convaincue que les trois déclarations de culpabilité pour des infractions au *Code de la route* de l'Ontario constituaient une violation de la condition de ne pas troubler l'ordre public et d'avoir une bonne conduite.

- Par contre, même si les déclarations de culpabilité constituaient effectivement une violation de cette condition, la Section a conclu que la violation en question était mineure. Les déclarations de culpabilité n'avaient pas [au paragraphe 8] « men[é] à la mise en question du comportement global de l'appelant, même si l'appelant a[vait] omis de communiquer son changement d'adresse à la SAI et de fournir, dans les plus brefs délais, une copie de son passeport ».

[9] La Section a conclu ce qui suit [au paragraphe 9] : « En se fondant sur la preuve dont il a été saisie et en assumant sa responsabilité de tenir compte de l'ensemble

to cancel the appellant's stay and allow his appeal and order his removal order set aside."

### The issues

[10] While the Minister raised a number of issues, it is only necessary, in my view, to deal with two issues:

1. Did the IAD err by failing to consider all the circumstances of the case?

2. Did the IAD err by finding that the convictions under the Ontario *Highway Traffic Act* did not amount to a breach of the condition to "keep the peace and be of good behaviour"?

### Did the IAD err by failing to consider all of the circumstances of the case?

[11] At the outset, it is helpful to review briefly the relevant provisions of the Act.

[12] A permanent resident may appeal to the IAD against a removal order: subsection 63(2) of the Act.

[13] Pursuant to section 66 of the Act, the IAD, after considering the appeal, must allow the appeal, stay the removal order, or dismiss the appeal.

[14] In order to allow an appeal, the IAD must be satisfied that: an error was made; a principle of fundamental fairness was not observed; or, taking into account the best interests of a child directly affected by the decision, sufficient humanitarian and compassionate considerations warrant special relief in light of all the circumstances of the case: subsection 67(1) of the Act.

[15] Similarly, in order to stay a removal order, the IAD must be satisfied, taking into account the best interests of a child directly affected by the decision, that sufficient humanitarian and compassionate considerations warrant

des circonstances en l'espèce, le tribunal est prêt à révoquer le sursis accordé à l'appellant, à faire droit à l'appel et à casser la mesure de renvoi. »

### Les questions en litige

[10] Même si le ministre a soulevé de nombreuses questions, il suffit, à mon avis, de se pencher sur deux d'entre elles :

1. La Section a-t-elle commis une erreur en omettant de tenir compte de l'ensemble des circonstances en l'espèce?

2. La Section a-t-elle commis une erreur en concluant que les déclarations de culpabilité prononcées en vertu du *Code de la route* de l'Ontario ne donnaient pas lieu à une violation de la condition « de ne pas troubler l'ordre public et d'avoir une bonne conduite »?

### La Section a-t-elle commis une erreur en omettant de tenir compte de l'ensemble des circonstances en l'espèce?

[11] Au départ, il est utile d'examiner brièvement les dispositions pertinentes de la Loi.

[12] Un résident permanent peut interjeter appel d'une mesure de renvoi devant la Section : voir le paragraphe 63(2) de la Loi.

[13] Conformément à l'article 66 de la Loi, la Section, après avoir examiné l'appel, doit faire droit à l'appel, surseoir à la mesure de renvoi ou rejeter l'appel.

[14] Pour que la Section puisse faire droit à l'appel, une erreur doit avoir été commise, il doit y avoir eu un manquement à un principe de justice naturelle, ou encore, il doit y avoir — compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant directement touché — des motifs d'ordre humanitaire justifiant, vu les autres circonstances de l'affaire, la prise de mesures spéciales; voir le paragraphe 67(1) de la Loi.

[15] Dans le même ordre d'idées, pour que la Section puisse surseoir à la mesure de renvoi, il doit y avoir — compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant directement touché — des motifs d'ordre humanitaire justifiant, vu

special relief in light of all the circumstances of the case: subsection 68(1) of the Act.

[16] Where a removal order is stayed, the IAD must impose any condition prescribed by the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (Regulations): paragraph 68(2)(a) of the Act. Section 251 of the Regulations contains the prescribed conditions. They include the first two conditions imposed upon Mr. Stephenson, as set out above, at paragraph 2.

[17] Once a stay has been issued, the IAD may cancel the stay on an application or on its own initiative: paragraph 68(2)(d) of the Act. Further, where a removal order has been stayed, the IAD may at any time, on an application or its own motion, reconsider the appeal: subsection 68(3) of the Act.

[18] These provisions are set out in the schedule to these reasons.

[19] As to what constitutes “sufficient humanitarian and compassionate considerations [to] warrant special relief in light of all the circumstances of the case”, this Court has held that it is proper for the IAD to consider the factors identified in *Ribic v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1985] I.A.B.D. No. 4 (QL). See: *Khosa v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 266 F.T.R. 138 (F.C.), at paragraph 6, reversed on other grounds [2007] 4 F.C.R. 332 (F.C.A.), leave to appeal to the Supreme Court of Canada granted [[2007] S.C.C.A. No. 155 (QL)].

[20] This conclusion is consistent with the decision of the Supreme Court of Canada in *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84. There, the Supreme Court had to consider what was meant by the phrase “having regard to all the circumstances of the case”. The phrase was contained in paragraph 70(1)(b) [as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 13] of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, which was the predecessor to the current legislation. Subsection 70(1) of the *Immigration Act* provided:

**70.** (1) Subject to subsections (4) and (5), where a removal order or conditional removal order is made against a permanent

les autres circonstances de l’affaire, la prise de mesures spéciales; voir le paragraphe 68(1) de la Loi.

[16] Dans les cas où il y a sursis de la mesure de renvoi, la Section doit imposer toute condition prévue par le *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le Règlement); voir l’alinéa 68(2)a) de la Loi. Les conditions prescrites sont énoncées à l’article 251 du Règlement et comprennent les deux premières conditions imposées à M. Stephenson (susmentionnées au paragraphe 2).

[17] Lorsqu’un sursis a été accordé, la Section peut, sur demande ou d’office, le révoquer; voir l’alinéa 68(2)d) de la Loi. De plus, dans les cas où il y a sursis de la mesure de renvoi, la Section peut, à tout moment, sur demande ou d’office, reprendre l’appel; voir le paragraphe 68(3) de la Loi.

[18] Ces dispositions sont reproduites en annexe des présents motifs.

[19] Quant à savoir ce qui constitue des « motifs d’ordre humanitaire justifiant, vu les circonstances de l’affaire, la prise de mesures spéciales », la Cour a conclu qu’il convient que la Section tienne compte des facteurs énoncés dans la décision *Ribic c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1985] D.S.A.I. n° 4 (QL); voir *Khosa c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CF 1218, au paragraphe 6; infirmée pour d’autres motifs par [2007] 4 R.C.F. 332 (C.A.F.), l’autorisation d’interjeter appel devant la Cour suprême du Canada ayant été accordée [[2007] S.C.C.A. n° 155 (QL)].

[20] Cette conclusion va dans le même sens que l’arrêt de la Cour suprême du Canada dans *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84. Dans cette affaire, la Cour suprême devait interpréter le sens de l’expression « eu égard aux circonstances particulières de l’espèce », qui figurait à l’alinéa 70(1)b) [mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 13] de la *Loi sur l’immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, soit la loi qui s’appliquait avant la loi actuelle. Le paragraphe 70(1) de la *Loi sur l’immigration* prévoyait ce qui suit :

**70.** (1) Sous réserve des paragraphes (4) et (5), les résidents permanents et les titulaires de permis de retour en cours de

resident or against a person lawfully in possession of a valid returning resident permit issued to that person pursuant to the regulations, that person may appeal to the Appeal Division on either or both of the following grounds, namely,

(a) on any ground of appeal that involves a question of law or fact, or mixed law and fact; and

(b) on the ground that, having regard to all the circumstances of the case, the person should not be removed from Canada. [Emphasis added.]

[21] At paragraph 39 of its reasons in *Chieu*, the Supreme Court observed that it had long approved of a broad approach to paragraph 70(1)(b) of the *Immigration Act* and its predecessor legislation and concluded, at paragraph 90 of its reasons, that the factors set out in *Ribic* remained the proper ones for the IAD to consider during an appeal brought by a permanent resident against a removal order.

[22] While the Act is express that all of the circumstances of the case are to be considered by the IAD when allowing an appeal or staying a removal order, the Act is silent as to what factors the IAD must consider when, pursuant to subsection 68(3) of the Act, it reconsiders an order staying removal.

[23] This is similar to the situation that prevailed under the *Immigration Act*. There, as noted above, paragraph 70(1)(b) required the IAD to have “regard to all the circumstances of the case” when deciding that an appellant should not be removed from Canada. However, subsection 74(3) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18] of the *Immigration Act*, which allowed the IAD to amend the terms on which a stay was granted or to cancel a stay, was silent as to the factors to be considered. Subsection 74(3) provided:

74. ...

(3) Where the Appeal Division has disposed of an appeal by directing that execution of a removal order or conditional removal order be stayed, the Appeal Division may, at any time,

validité et conformes aux règlements peuvent faire appel devant la section d’appel d’une mesure de renvoi ou de renvoi conditionnel en invoquant les moyens suivants :

a) question de droit, de fait ou mixte;

b) le fait que, eu égard aux circonstances particulières de l’espèce, ils ne devraient pas être renvoyés du Canada. [Non souligné dans l’original.]

[21] Au paragraphe 39 de ses motifs dans *Chieu*, la Cour suprême a souligné qu’elle approuvait depuis longtemps une interprétation large de l’alinéa 70(1)(b) de la *Loi sur l’immigration* et de la disposition qui l’avait précédé, et elle a conclu au paragraphe 90 de ses motifs que les facteurs énoncés dans *Ribic* demeuraient les facteurs dont la Section devait tenir compte dans un appel interjeté par un résident permanent à l’encontre d’une mesure de renvoi.

[22] Bien que la Loi prévoit expressément que la Section doit tenir compte de l’ensemble des circonstances en l’espèce lorsqu’elle fait droit à un appel ou sursoit à une mesure de renvoi, la Loi est muette quant aux facteurs dont la Section doit tenir compte lorsqu’elle réexamine, en application du paragraphe 68(3), une ordonnance de sursis d’une mesure de renvoi.

[23] Cette situation est semblable à celle que créait la *Loi sur l’immigration*. Comme je l’ai dit précédemment, la Section devait alors, aux termes de l’alinéa 70(1)(b), avoir « égard aux circonstances particulières de l’espèce » au moment de décider si un appellant devait ou non être renvoyé du Canada. Cependant, le paragraphe 74(3) [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18] de la *Loi sur l’immigration*, qui autorisait la Section à modifier les conditions en vertu desquelles un sursis avait été accordé ou à révoquer un sursis, était muet quant aux facteurs à prendre en compte. Le paragraphe 74(3) prévoyait ce qui suit :

74. [...]

(3) Dans le cas visé au paragraphe (2), la section d’appel peut, à tout moment :

(a) amend any terms and conditions imposed under subsection (2) or impose new terms and conditions; or

(b) cancel its direction staying the execution of the order and

(i) dismiss the appeal and direct that the order be executed as soon as reasonably practicable, or

(ii) allow the appeal and take any other action that it might have taken pursuant to subsection (1).

a) modifier les conditions imposées ou en imposer de nouvelles;

b) annuler son ordre de surseoir à l'exécution de la mesure, et parallèlement :

(i) soit rejeter l'appel et ordonner l'exécution dès que les circonstances le permettent,

(ii) soit procéder conformément au paragraphe (1).

[24] In *Ivanov v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2008] 2 F.C.R. 502, at paragraph 5, the Federal Court of Appeal concluded that, notwithstanding such silence, the IAD was required to consider the *Ribic* factors when cancelling a stay pursuant to subsection 74(3) of the *Immigration Act*.

[25] Based upon the jurisprudence cited by the Federal Court of Appeal in *Ivanov* and the similarity between the prior and the current legislation, I conclude that, as a matter of law, the *Ribic* factors continue to be the factors that the IAD is required to consider when reconsidering a decision pursuant to subsection 68(3) of the Act.

[26] I note that this conclusion is in accord with the IAD's advice to the parties in this case, as contained in its notification of reconsideration, that it "will consider all the circumstances of your case" and with the IAD's statement in its reasons that it was "mindful of its responsibilities to consider all the circumstances."

[27] This conclusion is also consistent with the fact that, as noted by the Supreme Court of Canada in *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *Esteban v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 539, at paragraph 37, the granting of a stay of removal is only a temporary measure. The IAD retains an ongoing supervisory jurisdiction. An appeal to the IAD is only final when the appeal is either allowed or dismissed. Parliament has said in paragraph 67(1)(c) of the Act that, in order to allow an appeal, the IAD must consider all of the circumstances of the case. It is consistent with that parliamentary intent that the

[24] Dans l'arrêt *Ivanov c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2008] 2 R.C.F. 502, au paragraphe 5, la Cour d'appel fédérale a conclu que, malgré une telle lacune, la Section devait tenir compte des facteurs énoncés dans *Ribic* au moment de révoquer un sursis en application du paragraphe 74(3) de la *Loi sur l'immigration*.

[25] Me fondant sur la jurisprudence citée par la Cour d'appel fédérale dans *Ivanov* et sur la similarité entre l'ancienne disposition et l'actuelle, je conclus que, en droit, les facteurs énoncés dans *Ribic* demeurent les facteurs dont la Section doit tenir compte lorsqu'elle réexamine une décision en vertu du paragraphe 68(3) de la Loi.

[26] Je souligne que cette conclusion correspond à l'avis que la Section a donné aux parties de la présente affaire, qui figure dans son avis de réexamen, selon lequel elle [TRADUCTION] « tiendra compte de l'ensemble des circonstances de leur affaire », ainsi qu'à la déclaration de la Section formulée dans ses motifs selon laquelle elle était consciente de « sa responsabilité de tenir compte de l'ensemble des circonstances en l'espèce ».

[27] Cette conclusion est également compatible avec le fait que, comme la Cour suprême du Canada l'a mentionné dans l'arrêt *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*; *Esteban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 539, au paragraphe 37, l'octroi d'un sursis n'est qu'une mesure temporaire. La Section conserve en tout temps un pouvoir de contrôle. Un appel interjeté devant la Section n'est tranché que lorsqu'il est accueilli ou rejeté. Le Parlement a affirmé à l'alinéa 67(1)c) de la Loi que, pour pouvoir faire droit à un appel, la Section doit tenir compte de l'ensemble des circonstances en l'espèce.



*Ribic* factors be applied whether the appeal is allowed by the IAD at the outset or after an interim order staying removal has been made.

[28] I now turn to consider whether the IAD, as it was required to do, considered all the circumstances of the case when exercising its discretion. This is a question of law, reviewable on the standard of correctness.

[29] The factors identified as being relevant in *Ribic* include:

- The seriousness of the offence(s) that led to the deportation order;
- The possibility of rehabilitation;
- The length of time spent in Canada and the degree to which the appellant is established here;
- The appellant's family in Canada and the dislocation to the family that the deportation of the appellant would cause;
- The family and community support available to the appellant;
- The degree of hardship that would be caused to the appellant by his return to his country of nationality.

[30] In its reasons, the IAD did not expressly refer to the *Ribic* factors. The IAD only considered whether Mr. Stephenson was in breach of the conditions upon which the stay of removal was granted and the effect of such non-compliance. The IAD failed to consider the seriousness of the offence that led to the removal order and failed to consider the existence of any exceptional reasons for allowing the appeal flowing from things such as Mr. Stephenson's establishment in Canada, the circumstances of his family in Canada, and the degree of hardship that would be caused to Mr. Stephenson if he was returned to Jamaica.

Cette affirmation est conforme à l'intention du Parlement selon laquelle il faut tenir compte des facteurs énoncés dans *Ribic*, que l'appel soit accueilli par la Section dès le début, ou après qu'une ordonnance provisoire de sursis de la mesure de renvoi a été rendue.

[28] Je me penche maintenant sur la question de savoir si la Section a tenu compte de l'ensemble des circonstances en l'espèce, comme elle devait le faire, lorsqu'elle a exercé son pouvoir discrétionnaire. Il s'agit là d'une question de droit à laquelle la décision raisonnable s'applique comme norme.

[29] Les facteurs considérés comme pertinents dans *Ribic* sont, notamment, les suivants :

- la gravité de l'infraction ayant donné lieu à la mesure d'expulsion;
- la possibilité de réadaptation;
- le temps passé au Canada par l'appellant et son degré d'enracinement;
- la présence de la famille de l'appellant au pays et les bouleversements que son expulsion occasionnerait à sa famille;
- le soutien que l'appellant peut obtenir de sa famille et de la collectivité;
- l'importance des difficultés que causerait à l'appellant le retour dans son pays de nationalité.

[30] Dans ses motifs, la Section n'a pas expressément fait mention des facteurs énoncés dans *Ribic*. La Section s'est seulement penchée sur la question de savoir si M. Stephenson avait ou non respecté les conditions en vertu desquelles le sursis de la mesure de renvoi avait été accordé et les conséquences de ne pas les avoir respectées. La Section n'a pas évalué la gravité des infractions qui avaient donné lieu à la mesure de renvoi et n'a pas non plus tenu compte de motifs exceptionnels possibles pour accueillir l'appel comme, par exemple, le degré d'enracinement de M. Stephenson au Canada, la situation de sa famille au Canada et l'importance des difficultés que lui causerait son retour en Jamaïque.

[31] I have noted the IAD did state that it was mindful of its obligation to consider all of the relevant circumstances. However, a blanket statement to that effect will not suffice in every case. Here, Mr. Stephenson failed to put any information or material before the IAD other than his statement that he had complied with the conditions of his stay. There was no evidence that the humanitarian and compassionate factors which had led to the granting of the original stay continued to be in existence. In that circumstance, I respectfully give no weight to the IAD's statement that it was mindful of its obligation to consider all of the circumstances.

[32] From the failure of the IAD to specifically mention the *Ribic* factors or to consider the matters discussed above, at paragraph 30, and from the absence of evidence before the IAD concerning the continuing existence of humanitarian and compassionate factors, I conclude that the IAD erred in law by failing to consider all of the circumstances of the case when it exercised its discretion to allow the appeal and set aside the removal order.

[33] It follows that the application for judicial review will be allowed.

Did the IAD err by finding that the convictions under the Ontario Highway Traffic Act did not amount to a breach of the condition to “keep the peace and be of good behaviour”?

[34] I acknowledge that the application for judicial review is to be allowed in any event; however, in view of the importance of this issue, I think that it is helpful to deal with it.

[35] In two prior decisions, *Huynh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FC 1426; and *Cooper v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 275 F.T.R. 155, this Court has held, in the context of a condition imposed by the IAD when staying a removal order, that to “be of good behaviour”

[31] J'ai noté que la Section a déclaré être consciente de sa responsabilité de tenir compte de toutes les circonstances pertinentes en l'espèce. Cependant, une affirmation générale en ce sens ne sera pas suffisante dans tous les cas. Dans la présente affaire, M. Stephenson n'a fourni à la Section aucun renseignement ou document; il a seulement déclaré avoir respecté les conditions du sursis. Rien ne démontrait que les facteurs d'ordre humanitaire ayant donné lieu initialement à l'octroi du sursis subsistaient. Dans ces circonstances, je n'accorde aucun poids à la déclaration de la Section selon laquelle elle était consciente de sa responsabilité de tenir compte de l'ensemble des circonstances en l'espèce.

[32] Vu que la Section a omis de mentionner expressément les facteurs énoncés dans *Ribic* ou d'examiner les questions abordées précédemment au paragraphe 30, et vu qu'elle ne disposait d'aucune preuve démontrant que les facteurs d'ordre humanitaire subsistaient, je conclus qu'elle a commis une erreur de droit en omettant de tenir compte de l'ensemble des circonstances en l'espèce lorsqu'elle a exercé son pouvoir discrétionnaire pour accueillir l'appel et annuler la mesure de renvoi.

[33] Il s'ensuit que la demande de contrôle judiciaire sera accueillie.

La Section a-t-elle commis une erreur en concluant que les déclarations de culpabilité prononcées en vertu du Code de la route de l'Ontario ne donnaient pas lieu à une violation de la condition « de ne pas troubler l'ordre public et d'avoir une bonne conduite »?

[34] Je reconnais que la demande de contrôle judiciaire doit être accueillie en tout état de cause. Cependant, vu l'importance de la question, j'estime utile de l'examiner.

[35] Dans deux décisions récentes, soit *Huynh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CF 1426; et *Cooper c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1253, la Cour a conclu, dans le contexte d'une condition qui était imposée par la Section alors qu'elle sursoyait à une mesure de renvoi,

means that one must abide by federal, provincial, and municipal statutes and regulatory provisions.

[36] In *Cooper*, a number of convictions in relation to provincial highway traffic offences were found to breach the condition to “be of good behaviour.”

[37] Notwithstanding this jurisprudence, the IAD in the present case was not convinced that Mr. Stephenson’s three Ontario *Highway Traffic Act* convictions constituted a breach of the condition to “be of good behaviour.”

[38] The IAD’s reasons for this conclusion were brief [at paragraph 7]:

In regard to the appellant’s three *Highway Traffic Act* convictions, there is an issue as to whether such convictions constitute a breach of the condition to keep the peace and be of good behaviour. The Minister quotes the Federal Court decisions in *Cooper* and *Huynh* as saying “... the criminal jurisprudence is clear that to be of good behaviour one must abide by federal, provincial and municipal statutes and regulatory provisions”; implying, in the panel’s opinion, that any conviction under a federal, provincial, municipal statute or regulatory provision constitutes a breach of a requirement to keep the peace and be of good behaviour. As the panel has written elsewhere, the panel is of the opinion this is a misreading of these cases. The panel believes these cases and the underlying Federal Court decision in *R. v. R. (D.)* more accurately stand for the proposition that a failure to be of good behaviour requires a failure to have abided by federal, provincial or municipal statutes and regulatory provisions. A failure to abide by a federal, provincial or municipal statute does not necessarily mean that there has been a failure to be of good behaviour. [Footnotes omitted.]

[39] On this point, the IAD footnoted and adopted its reasons in *Cao v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] I.A.D.D. No. 101 (QL). There, the same member of the IAD wrote (at paragraphs 14-19):

In *Cooper*, Justice Mactavish notes:

que pour « avoir une bonne conduite », une personne doit se conformer aux lois et aux règlements fédéraux, provinciaux et municipaux.

[36] Dans *Cooper*, la Cour a conclu que de nombreuses déclarations de culpabilité pour des infractions au code de la route provincial constituaient une violation de la condition « d’avoir une bonne conduite ».

[37] Malgré la jurisprudence, la Section, dans la présente affaire, n’était pas convaincue que les trois déclarations de culpabilité prononcées contre M. Stephenson en vertu du *Code de la route* de l’Ontario constituaient une violation de la condition « d’avoir une bonne conduite ».

[38] Les motifs exposés par la Section pour justifier cette conclusion étaient brefs [au paragraphe 7] :

En ce qui a trait aux trois condamnations prononcées en vertu du *Code de la route*, il y a lieu de se demander si les condamnations en question constituent un manquement à la condition de ne pas troubler l’ordre public et d’avoir une bonne conduite. Le ministre renvoie aux décisions de la Cour fédérale dans *Cooper* et *Huynh*, où il est précisé que « [...] la jurisprudence en matière criminelle établit clairement que pour “avoir une bonne conduite”, il faut se conformer aux lois et aux règlements fédéraux, provinciaux et municipaux », ce qui suppose, de l’avis du tribunal, que toute condamnation en vertu d’une loi ou d’un règlement fédéral, provincial ou municipal constitue un manquement à l’exigence de ne pas troubler l’ordre public et d’avoir une bonne conduite. Comme je l’ai déjà précisé ailleurs, le tribunal est d’avis qu’il y a eu des erreurs de lecture dans ces deux affaires. Selon le tribunal, ces affaires ainsi que la décision sous-jacente prise par la Cour fédérale dans *R. c. R. (D.)* appuient, de façon plus pertinente, la proposition selon laquelle, pour ne pas avoir une bonne conduite, il faut nécessairement enfreindre les lois ou règlements fédéraux, provinciaux et municipaux. Mais le fait de ne pas se conformer à une loi fédérale, provinciale ou municipale ne correspond pas nécessairement à une mauvaise conduite. [Renvois omis.]

[39] Sur ce point, la Section a fait un renvoi à sa décision dans *Cao c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2006] D.S.A.I. n° 101 (QL), et a adopté les motifs qu’elle avait exposés. Dans cette affaire, le même commissaire de la Section avait rédigé ce qui suit (aux paragraphes 14 à 19) :

Dans *Cooper*, la juge Mactavish a déclaré :

The requirement that an individual “Keep the peace and be of good behaviour” is one commonly seen in orders staying deportations under the former *Immigration Act*, and is, as well, a statutory condition in all probation orders in the criminal context: *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 732.1(2)(a).

While there is some question as to whether the requirement that an individual be “of good behaviour” can be breached without the individual offending any law or regulation (see *R. v. Gosai*, [2002] O.J. No. 359 at para. 27), the criminal jurisprudence is clear that to be of “good behaviour”, one must abide by federal, provincial and municipal statutes and regulatory provisions: *R. v. R. (D.)* (1999), 138 C.C.C. (3d) 405 (Nfld. C.A.).

Moreover, the jurisprudence of this Court is equally clear that a similar interpretation will be given to conditional orders made in the immigration context: *Huynh v. Minister of Citizenship and Immigration*, [2003] F.C.J. No. 1844, at para. 7.

In *Huynh*, Justice O’Reilly states:

I note that in the criminal law the requirement to “keep the peace and be of good behaviour” is a statutory condition in all probation orders: *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 732.1(2)(a). To be of “good behaviour”, one must abide by federal, provincial or municipal statutes and regulations: *R. v. R. (D.)* (1999), 138 C.C.C. (3d) 405 (Nfld. C.A.). I see no reason why the same approach should not apply in this context.

The panel is interested in this reference in both *Cooper* and *Huynh* to *R. v. R. (D.)* and the identical statements made by Justices Mactavish and O’Reilly in these decisions: “To be of good behaviour”, one must abide by federal, provincial or municipal statutes and regulations. *R. v. R. (D.)*” The panel is of the opinion that the Minister has concluded that this phrase “To be of ‘good behaviour’ means one must abide by federal, provincial or municipal statutes and regulations” means that any conviction under a federal, provincial or municipal statute or regulation automatically means that a breach of the condition “to keep the peace and be of good behaviour” has occurred. The panel cannot agree based on its review of *R. v. R. (D.)* and further case law.

*R. v. R. (D.)* is a lengthy decision that explores in great detail the meaning of the phrase “to keep the peace and be of good behaviour”. The context for this—and this is important—is that the issue the Court was considering was whether the accused,

La condition selon laquelle un individu est tenu « de ne pas troubler l’ordre public et d’avoir une bonne conduite » est celle qui figure généralement dans les ordonnances de sursis d’une mesure d’expulsion en vertu de l’ancienne *Loi sur l’immigration* et elle constitue également une condition légale dans toutes les ordonnances de probation en matière criminelle : voir le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, alinéa 732.1(2)a).

Bien qu’il reste à décider si la condition intimant à un individu « d’avoir une bonne conduite » peut être transgressée sans que l’individu ait enfreint une loi ou un règlement (voir *R. c. Gosai*, [2002] O.J. n° 359, paragraphe 27), la jurisprudence en matière criminelle établit clairement que pour « avoir une bonne conduite », il faut se conformer aux lois et aux règlements fédéraux, provinciaux et municipaux : *R. c. R. (D.)* (1999), 138 C.C.C. (3d) 405 (C.A. T.-N.).

En outre, la jurisprudence de la Cour établit tout aussi clairement que l’on interprétera de manière semblable les ordonnances conditionnelles rendues dans un contexte d’immigration : *Huynh c. Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration*, [2003] A.C.F. n° 1844, paragraphe 7.

Dans *Huynh*, le juge O’Reilly a affirmé :

Je souligne qu’en droit criminel, l’exigence « de ne pas troubler l’ordre public et d’avoir une bonne conduite » est une condition prescrite par la loi dans toutes les ordonnances de probation : *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, alinéa 732.1(2)a). Pour « avoir une bonne conduite », une personne doit se conformer aux lois et règlements fédéraux, provinciaux et municipaux : *R. c. R. (D.)* (1999), 138 C.C.C. (3d) 405 (C.A. T.-N.). Je ne vois rien qui s’oppose à ce que le même point de vue s’applique en l’espèce.

Le tribunal s’intéresse au renvoi à *R. c. R. (D.)* dans *Cooper* et *Huynh*, ainsi qu’aux déclarations identiques faites par le juge Mactavish et le juge O’Reilly dans ces décisions : « Pour “avoir une bonne conduite”, une personne doit se conformer aux lois et règlements fédéraux, provinciaux et municipaux : *R. c. R. (D.)* ». Selon le tribunal, le ministre a conclu que cette déclaration voulait dire que, s’il y a eu déclaration de culpabilité en vertu d’une loi ou d’un règlement fédéral, provincial ou municipal, il y a automatiquement eu violation de la condition qui exige « de ne pas troubler l’ordre public et d’avoir une bonne conduite ». Après son examen de *R. c. R. (D.)* et d’autres cas de jurisprudence, le tribunal ne peut pas être d’accord avec le ministre.

*R. c. R. (D.)* est une longue décision dans laquelle la Cour explore en profondeur la signification de l’expression « ne pas troubler l’ordre public et avoir une bonne conduite ». Le contexte de cette décision — et ceci est important — est que la

a young person, breached his probation order to keep the peace and be of good behaviour by running away from his group home. Running away, it was noted, did not in itself constitute a statutory offence or the breach of any specific Court order, nor was the young person in question under a statutory requirement to obey the rules of the group home. In other words, this was a case in which the Court had to decide whether by running away, which was not an offence under any statutory requirement, meant that the young person in question had breached the general condition of his probation order “to keep the peace and be of good behaviour”. The Court concluded that to be of good behaviour — a concept the Court determined referred to a wider range of conduct than to keep the peace — is limited to the notion of compliance with the law. And as the appellant committed no offence under a federal, provincial or municipal statute he could not be said to have failed to keep the peace and be of good behaviour and so the young person’s conviction was set aside.

The Court in *R. v. R. (D.)* reviews the case law noting that there are two opposing views on what “good behaviour” means. According to the Court one position as exemplified by *R. v. Stone* holds that a failure to be of good behaviour does not necessarily mean that a breach of federal provincial or municipal statutes has taken place and that a failure to be of good behaviour can refer to conduct that falls below the standard of behaviour expected of law abiding and decent citizens. The Court suggests that the contrary view in the case law is that the notion of “good behaviour” is limited to compliance with law. The Court then goes on to say:

I have concluded, with all due respect to the contrary position stated in *Stone*, that the concept of failure “to be of good behaviour” in the statutory conditions of a probation order is limited to non-compliance with legal obligations in federal, provincial or municipal statutes and regulatory provisions, as well as obligations in court orders specifically applicable to the accused, and does not extend to otherwise lawful conduct even though that conduct can be said to fall below some community standard expected of all peaceful citizens.

However, the Court immediately goes on in paragraph 13 to say:

This is not to say, however, that any breach of the law, however trivial, will necessarily result in a finding of failure to be of good behaviour. It is sufficient for the purposes of this case to say that a failure to be law-abiding is a necessary

question examinée par le tribunal consistait à déterminer si l’accusé, qui était un jeune homme, avait violé son ordonnance de probation qui exigeait qu’il ne trouble pas l’ordre public et qu’il ait une bonne conduite lorsqu’il s’est sauvé de son foyer de groupe. La Cour a fait remarquer que la fugue ne constitue pas, en soi, une infraction prévue par un texte législatif, ni une violation d’une ordonnance particulière du tribunal. Le jeune homme en question n’était pas, non plus, tenu par la loi d’obéir aux règlements du foyer de groupe. Autrement dit, il s’agissait d’une affaire dans laquelle le tribunal devait déterminer si la fugue, qui n’était pas une infraction à une loi, constituait une violation de la condition générale de l’ordonnance de probation « de ne pas troubler l’ordre public et d’avoir une bonne conduite ». La Cour a conclu que la bonne conduite — un concept qui, selon elle, va au-delà du simple fait de ne pas troubler l’ordre public — se limitait à la notion d’observation de la loi. Comme l’appellant n’avait commis aucune infraction en vertu d’une loi ou d’un règlement fédéral, provincial ou municipal, on ne pouvait pas affirmer qu’il avait troublé l’ordre public ou qu’il n’avait pas eu une bonne conduite, et sa déclaration de culpabilité a été annulée.

Dans *R. c. R. (D.)*, la Cour étudie la jurisprudence et souligne qu’il existe deux points de vue contradictoires en ce qui concerne la signification de « bonne conduite ». La Cour est d’avis que, selon l’une des positions, qui est illustrée dans *R. c. Stone*, l’inobservation de la condition d’avoir une bonne conduite ne suppose pas nécessairement qu’il y a eu violation d’une loi ou d’un règlement fédéral, provincial ou municipal, et qu’il peut s’agir d’une conduite inférieure à la norme de comportement à laquelle on s’attend de citoyens respectables et respectueux de la loi. La Cour laisse entendre que, selon le point de vue contraire présenté dans la jurisprudence, la notion de « bonne conduite » se limite au respect de la loi. La Cour affirme ensuite :

[TRADUCTION] J’ai conclu, malgré mon respect de la position contraire affirmée dans *Stone*, que le fait de ne pas « avoir une bonne conduite », dans les conditions réglementaires d’une ordonnance de probation, se limite au non-respect des obligations légales en vertu des lois et des dispositions réglementaires fédérales, provinciales ou municipales, ainsi que des obligations en vertu d’ordonnances d’un tribunal, qui s’appliquent tout particulièrement à l’accusé, et ne s’applique pas à un comportement licite, même si l’on peut affirmer que le comportement en question est inférieur à certaines normes que des citoyens paisibles devraient respecter.

Cependant, la Cour poursuit immédiatement son raisonnement au paragraphe 13 :

[TRADUCTION] Cela ne veut toutefois pas dire que toute violation de la loi, aussi banale soit-elle, donnera nécessairement lieu à une conclusion selon laquelle l’accusé n’a pas eu une bonne conduite. Aux fins de la présente

prerequisite to a finding of a breach of the obligation to be of good behaviour.

This clarification, if you will, is significant, particularly given that both *Cooper* and *Huynh* appear to state that to be of “good behaviour” one must abide by federal, provincial and municipal statutes and regulatory provisions, directly referring to *R. v. R. (D.)* as their authority. The panel is satisfied, based on its review of *R. v. R. (D.)* that *R. v. R. (D.)* more accurately stands for the proposition that a failure to be of good behaviour requires a failure to have abided by federal, provincial and municipal statutes and regulatory provisions but that a failure to abide by a federal, provincial or municipal statute does not necessarily mean that there has been a failure to be of good behaviour. [Footnotes omitted.]

[40] Two concerns are immediately apparent from the IAD’s reasons.

[41] First, the IAD is bound to follow decisions of this Court. Contrary to the suggestion made by the IAD at paragraph 7 of its reasons in this case, the decision of *R. v. R.(D.)* (1999), 178 Nfld. & P.E.I.R. 200 (Nfld. C.A.), is not a decision of the Federal Court. Rather, it is a decision of the Supreme Court of Newfoundland and Labrador (Court of Appeal). This Court has held in the context of conditional orders made under the Act that the condition to “be of good behaviour” requires that one abide by federal, provincial, and municipal statutes and regulations. The doctrine of *stare decisis* precludes the IAD from reaching a contrary conclusion, even where the IAD believes that the Federal Court has reached its decision in error, as the IAD suggested in this case and at paragraph 19 of its reasons in *Cao*.

[42] Second, the statement from paragraph 13 of *R. v. R.(D.)* relied upon by the IAD is *obiter dicta* because the accused in that case had not committed any offence. Further, even though *obiter*, the Supreme Court of Newfoundland and Labrador (Court of Appeal) found it unnecessary to decide whether every breach of the law, however trivial, would necessarily result in a finding of a failure to “be of good behaviour.”

affaire, il suffit d’affirmer que le fait de ne pas respecter la loi est nécessaire pour que l’on conclue que l’accusé n’a pas respecté l’obligation d’avoir une bonne conduite.

Cet éclaircissement est, pour ainsi dire, important, particulièrement compte tenu du fait que les juges dans *Cooper* et *Huynh* semblent affirmer que, pour « avoir une bonne conduite », une personne doit respecter les lois et les dispositions réglementaires fédérales, provinciales et municipales. De plus, les juges citent directement *R. c. R. (D.)* en tant que décision faisant autorité. À la suite de son examen de *R. c. R. (D.)*, le tribunal est convaincu que cette décision appuie tout à fait l’assertion selon laquelle pour ne pas avoir une bonne conduite, il ne faut pas avoir respecté les lois et les dispositions réglementaires fédérales, provinciales et municipales, mais que le fait de ne pas respecter une de ces lois ou dispositions réglementaires n’équivaut pas nécessairement à un manquement à la bonne conduite. [Renvois omis.]

[40] Deux problèmes ressortent immédiatement des motifs de la Section.

[41] Premièrement, la Section est tenue de suivre les décisions de la Cour. Contrairement à ce qu’affirme la Section au paragraphe 7 des motifs de sa décision ici contestée, la décision rendue dans *R. v. R.(D.)* (1999), 178 Nfld. & P.E.I.R. 200 (C.A. T.-N.), n’est pas une décision de la Cour fédérale, mais plutôt de la Cour suprême de Terre-Neuve et Labrador (Cour d’appel). La Cour a conclu, dans le contexte des ordonnances conditionnelles délivrées en vertu de la Loi, que la condition « d’avoir une bonne conduite » exige qu’une personne se conforme aux lois et aux règlements fédéraux, provinciaux et municipaux. La doctrine du *stare decisis* empêche la Section de tirer une conclusion contraire à celle de la Cour fédérale, même lorsqu’elle estime que la Cour a tiré une conclusion erronée, comme elle l’a laissé entendre dans la présente affaire ainsi qu’au paragraphe 19 de ses motifs dans *Cao*.

[42] Deuxièmement, la déclaration tirée du paragraphe 13 de la décision *R. v. R.(D.)* sur laquelle s’est fondée la Section ne constitue qu’une remarque incidente parce que l’accusé dans cette affaire n’avait pas commis d’infraction. De plus, bien que cette remarque fût incidente, la Cour suprême de Terre-Neuve et Labrador (Cour d’appel) a jugé inutile de trancher la question de savoir si toute violation de la loi, aussi banale soit-elle, donne nécessairement lieu à la conclusion selon laquelle l’accusé n’a pas eu une bonne conduite.

[43] As the Supreme Court of Newfoundland and Labrador (Court of Appeal) explained in the companion case of *R. v. S.S.* (1999), 178 Nfld. & P.E.I.R. 430, at paragraph 22:

In *D.R.*, this Court held that the concept of failure to “be of good behaviour” in the statutory conditions of a probation order is limited to non-compliance with legal obligations in federal, provincial or municipal statutes or regulatory provisions as well as with court orders specifically applicable to the offender, and does not extend to otherwise lawful conduct even though that conduct can be said to fall below some community standard expected of all peaceful citizens.

[44] This is what the decision in *R. v. R.(D.)* stands for. Even if the IAD could decline to follow pronouncements of law made by this Court, which it cannot, *R. v. R.(D.)* does not contradict this Court’s decisions in *Huynh* and *Cooper*, cited above.

[45] The IAD went on to rely upon the decision of *R. v. Borland* (1968), 66 W.W.R. 751 (N.W.T. Terr. Ct.). However, in that case, the Court found that [at paragraph 11] “a conviction under such territorial legislation as the Vehicles Ordinance and the Liquor Ordinance, referred to above, may form the basis for an allegation by the Crown that the accused has failed to... ‘be of good behavior.’”

[46] The portion of the *Borland* decision relied upon by the IAD dealt with the manner in which a breach of condition must be proven and is therefore not relevant to whether a breach of a provincial statute or regulation may lead to a breach of the condition to “be of good behaviour.” This authority does not, as the IAD suggested, establish that convictions for some offences are incapable of establishing a breach of the requirement to “be of good behaviour.”

[47] The IAD then considered an annotation to the *Borland* decision entitled “Breach of Probation as an Offense” by Kenneth Chasse reported at (1969), 5 *C.R.N.S.* 255. The passages from this article relied upon

[43] Comme la Cour suprême de Terre-Neuve et Labrador (Cour d’appel) l’explique dans la décision connexe *R. v. S.S.* (1999), 178 Nfld & P.E.I.R. 210, au paragraphe 22 :

[TRADUCTION] Dans *D.R.*, la Cour a conclu que le fait de ne pas « avoir une bonne conduite », dans les conditions réglementaires d’une ordonnance de probation, se limite au non-respect des obligations légales en vertu des lois ou des dispositions réglementaires fédérales, provinciales ou municipales ainsi que des ordonnances d’un tribunal, qui s’appliquent tout particulièrement au contrevenant, et ne s’applique pas à un comportement licite, même si l’on peut affirmer que le comportement en question est inférieur à certaines normes que des citoyens paisibles devraient respecter.

[44] C’est ce que la décision *R. v. R.(D.)* signifie. Même si la Section pouvait refuser de suivre les décisions de la Cour, ce qu’elle ne peut pas faire, la décision *R. v. R.(D.)* ne va pas à l’encontre des décisions rendues par la Cour dans *Huynh* et *Cooper*, précitées.

[45] La Section s’est également fondée sur la décision *R. v. Borland* (1968), 66 W.W.R. 751 (C.T. T.N.-O.). Cependant, dans cette affaire, la Cour a conclu [au paragraphe 11] [TRADUCTION] « qu’une déclaration de culpabilité en vertu de lois territoriales telles que la Vehicles Ordinance et la Liquor Ordinance, mentionnées précédemment, pourrait servir de fondement à une allégation de la Couronne selon laquelle l’accusé n’a pas “eu une bonne conduite” ».

[46] La partie de la décision *Borland* sur laquelle s’est fondée la Section traitait de la façon de prouver la violation d’une condition; par conséquent, cette partie n’est pas pertinente quant à savoir si la violation d’une disposition légale ou réglementaire provinciale peut donner lieu à une violation de la condition « d’avoir une bonne conduite ». Au contraire de ce que laisse entendre la Section, cette décision n’établit pas que des déclarations de culpabilité pour certaines infractions ne peuvent pas prouver une violation de l’exigence « d’avoir une bonne conduite ».

[47] La Section a ensuite examiné un commentaire sur la décision *Borland*, soit un article intitulé « Breach of Probation as an Offense », rédigé par Kenneth Chasse (1969), 5 *C.R.N.S.* 255. À mon avis, la Section s’est servie

by the IAD were, in my respectful view, taken out of context.

[48] The author's view, expressed at page 260 of the article, was that:

Given that a breach of the law, either provincial or federal, is bad behaviour, why should anything more than a certificate of conviction be required to prove the breach?... In turning sentencing procedures into trials, undue emphasis is placed on what is or is not a breach, to the exclusion of the more important question as to whether the probation should continue.

...

However, no case has gone so far as to say that a conviction must be strictly proved again in order to constitute a breach. A certificate of conviction on proof of identity, should suffice, so that the Court can get on to the important question — should the probation continue? In the case of provincial offences and lesser criminal offences, the Court may in its discretion, refer to a transcript of the trial, or rehear some of the testimony, in answer to the probationer's contention that the breach is not really bad behaviour. But as the breach is already proved, this would be done in the interests of the probationer being fully heard and not as part of a full retrial which the offender can demand as of right.

Considering a breach of probation as an offence not only leads one to believe a full trial is necessary, it also suggests that once the breach is established, the Court *must* sentence the accused. If any breach, meaning any provincial offence, required that the probation be ended, then the approach in *Regina v. Borland* would be more appropriate. However, there is no case law which says that conviction of a provincial offence is always a sufficient breach, calling for the immediate end of the recognizance and the sentencing of the accused. If *any* bad behaviour meant that the accused must be sentenced, then the question of whether a provincial offence *per se* is a breach, would be of importance. But the Court does not have to automatically send a man to jail because he took a drink on a street corner. [Emphasis in original.]

[49] Much the same may be said of the procedure before the IAD.

de certains passages sans tenir compte de leur contexte.

[48] L'opinion de l'auteur, exprimée à la page 260 de l'article, était la suivante :

[TRADUCTION] Vu que la violation d'une loi, provinciale ou fédérale, constitue une mauvaise conduite, pourquoi faudrait-il présenter une preuve autre que l'attestation de déclaration de culpabilité pour prouver la violation? [...] En transformant les processus de détermination de la peine en procès, trop d'importance est accordée à la question de savoir ce qui constitue une violation, au détriment de la question véritablement importante : La période de probation devrait-elle se poursuivre?

[...]

Cependant, il n'est dit dans aucune décision qu'une déclaration de culpabilité doit être prouvée une seconde fois, en bonne et due forme, pour qu'elle constitue une violation. Une attestation de déclaration de culpabilité sur preuve de l'identité devrait être suffisante pour que la Cour puisse se pencher sur la question importante : La période de probation devrait-elle se poursuivre? Pour ce qui est des infractions provinciales et des infractions criminelles moins graves, la Cour peut, à sa discrétion, renvoyer à la transcription du procès ou réentendre une partie des témoignages en réponse à l'allégation du probationnaire selon laquelle la violation ne constitue pas vraiment une mauvaise conduite. Mais puisque la violation est déjà établie, cette mesure serait prise dans le but de permettre au probationnaire de se faire pleinement entendre, et non dans le cadre d'un second procès complet que le contrevenant pourrait demander de plein droit.

Le fait de considérer la violation d'une ordonnance de probation comme étant une infraction ne donne pas seulement à penser qu'un procès complet est nécessaire, mais cela laisse entendre qu'une fois que la violation est établie, la Cour *doit* infliger une peine à l'accusé. Si toute violation, c'est-à-dire toute infraction provinciale, exigeait la révocation de la probation, alors l'approche adoptée dans *Regina v. Borland* serait plus appropriée. Toutefois, il n'est dit dans aucune décision qu'une déclaration de culpabilité pour une infraction provinciale est toujours considérée comme une violation justifiant que soit immédiatement révoqué l'engagement et déterminée la peine de l'accusé. Si une peine devait être infligée à l'accusé pour *toute* mauvaise conduite, la question de savoir si une infraction provinciale *en soi* constitue une violation aurait de l'importance. Mais, la Cour n'est pas obligée de faire emprisonner automatiquement une personne qui a pris un verre au coin de la rue. [Italique dans l'original.]

[49] La même situation s'appliquait à l'instance devant la Section.



[50] In the case of convictions under federal, provincial, and municipal statutes and regulations, the resultant breach of the condition to “be of good behaviour” need not necessarily lead to the termination of a stay of removal. It is a matter for the IAD to consider “in light of all the circumstances of the case.” All of the circumstances include the nature and severity of the offences in respect of which convictions were entered.

[51] To conclude, in order to “be of good behavior,” a person must abide by federal, provincial, and municipal statutes and regulations. In this case, given the evidence that convictions had been entered under the Ontario *Highway Traffic Act* against Mr. Stephenson, it was not, as a matter of law, open to the IAD to find that the convictions did not constitute a breach of the condition to “be of good behaviour.” It was, however, open to the IAD to consider all the circumstances of Mr. Stephenson’s case, including the nature and severity of his breach of conditions of the stay, and to determine how it should exercise its discretion.

#### Conclusion and certification

[52] For these reasons, the application for judicial review will be allowed and the matter will be remitted to the IAD for redetermination by a differently constituted panel.

[53] Counsel for Mr. Stephenson proposed certification of the following question:

Is the condition “keep the peace and be of good behaviour” as imposed in stay of deportation orders by the Immigration Appeal Division of the I.R.B. breached each and every time the person concerned is convicted of an offence under and/or found to have violated any federal, provincial, and/or municipal statute and regulation throughout Canada?

The Minister opposed certification of the question.

[50] Dans le cas de déclarations de culpabilité prononcées en vertu de lois ou de règlements fédéraux, provinciaux et municipaux, la violation de la condition « d’avoir une bonne conduite » qui en découle n’entraîne pas nécessairement la révocation du sursis d’une mesure de renvoi. Il incombe à la Section d’examiner la question « vu les autres circonstances de l’affaire ». L’ensemble des circonstances comprend la nature et la gravité des infractions en vertu desquelles les déclarations de culpabilité ont été prononcées.

[51] Enfin, pour « avoir une bonne conduite », une personne doit se conformer aux lois et aux règlements fédéraux, provinciaux et municipaux. Dans la présente affaire, vu que, selon la preuve, des déclarations de culpabilité avaient été prononcées contre M. Stephenson en vertu du *Code de la route* de l’Ontario, il n’était pas loisible, en droit, à la Section de conclure que ces déclarations de culpabilité ne constituaient pas une violation de la condition « d’avoir une bonne conduite ». Cependant, il lui était permis de tenir compte de l’ensemble des circonstances de l’affaire de M. Stephenson, y compris la nature et la gravité de sa violation des conditions du sursis, et de décider de la façon qu’elle devait exercer son pouvoir discrétionnaire.

#### Conclusion et certification

[52] Pour les motifs susmentionnés, la demande de contrôle judiciaire sera accueillie et l’affaire sera renvoyée à la Section pour qu’un tribunal différemment constitué statue à nouveau sur l’affaire.

[53] L’avocat de M. Stephenson a proposé que la question suivante soit certifiée :

[TRADUCTION] Est-ce qu’il y a violation de la condition « de ne pas troubler l’ordre public et d’avoir une bonne conduite », imposée par la Section d’appel de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié dans le cadre du sursis à l’exécution de mesures d’expulsion, chaque fois que la personne concernée est déclarée coupable d’une infraction à une loi ou à un règlement fédéral, provincial ou municipal où que ce soit au Canada?

Le ministre s’est opposé à la certification de la question.

[54] In my view, because of the IAD's alternate finding, which was premised upon the assumption that the Ontario *Highway Traffic Act* convictions did constitute a breach of the condition to "be of good behaviour," and because of the IAD's failure to properly consider all of the circumstances in the context of the factors identified in *Ribic*, this question would not be determinative of any appeal.

[55] For this reason, no question will be certified.

#### JUDGMENT

THIS COURT ORDERS AND ADJUDGES that:

1. The application for judicial review is allowed, and the decision of the Immigration Appeal Division dated November 14, 2006 is hereby set aside.
2. The matter is remitted to the Immigration Appeal Division for redetermination by a differently constituted panel in accordance with these reasons.

#### APPENDIX

Subsection 63(2), section 66, subsections 67(1), 68(1), (2) and (3) of the Act read as follows:

**63. ...**

(2) A foreign national who holds a permanent resident visa may appeal to the Immigration Appeal Division against a decision at an examination or admissibility hearing to make a removal order against them.

...

**66.** After considering the appeal of a decision, the Immigration Appeal Division shall

- (a) allow the appeal in accordance with section 67;
- (b) stay the removal order in accordance with section 68; or
- (c) dismiss the appeal in accordance with section 69.

[54] À mon avis, en raison de la conclusion subsidiaire de la Section, qui était fondée sur l'hypothèse que les déclarations de culpabilité prononcées en vertu du *Code de la route* de l'Ontario constituaient une violation de la condition « d'avoir une bonne conduite », et vu que la Section n'a pas examiné adéquatement l'ensemble des circonstances dans le contexte des facteurs énoncés dans *Ribic*, la question proposée ne serait pas déterminante dans un appel.

[55] Pour ce motif, aucune question ne sera certifiée.

#### JUGEMENT

LA COUR STATUE que :

1. La demande de contrôle judiciaire est accueillie et la décision rendue le 14 novembre 2006 par la Section d'appel de l'immigration est annulée par la présente;
2. L'affaire est renvoyée à la Section pour qu'un tribunal différemment constitué statue à nouveau sur l'affaire en tenant compte des présents motifs.

#### ANNEXE

Le paragraphe 63(2), l'article 66 et les paragraphes 67(1), 68(1), (2) et (3) de la Loi prévoient ce qui suit :

**63. [...]**

(2) Le titulaire d'un visa de résident permanent peut interjeter appel de la mesure de renvoi prise au contrôle ou à l'enquête.

[...]

**66.** Il est statué sur l'appel comme il suit :

- a) il y fait droit conformément à l'article 67;
- b) il est sursis à la mesure de renvoi conformément à l'article 68;
- c) il est rejeté conformément à l'article 69.

**67.** (1) To allow an appeal, the Immigration Appeal Division must be satisfied that, at the time that the appeal is disposed of,

(a) the decision appealed is wrong in law or fact or mixed law and fact;

(b) a principle of natural justice has not been observed; or

(c) other than in the case of an appeal by the Minister, taking into account the best interests of a child directly affected by the decision, sufficient humanitarian and compassionate considerations warrant special relief in light of all the circumstances of the case.

...

**68.** (1) To stay a removal order, the Immigration Appeal Division must be satisfied, taking into account the best interests of a child directly affected by the decision, that sufficient humanitarian and compassionate considerations warrant special relief in light of all the circumstances of the case.

(2) Where the Immigration Appeal Division stays the removal order

(a) it shall impose any condition that is prescribed and may impose any condition that it considers necessary;

(b) all conditions imposed by the Immigration Division are cancelled;

(c) it may vary or cancel any non-prescribed condition imposed under paragraph (a); and

(d) it may cancel the stay, on application or on its own initiative.

(3) If the Immigration Appeal Division has stayed a removal order, it may at any time, on application or on its own initiative, reconsider the appeal under this Division.

**67.** (1) Il est fait droit à l'appel sur preuve qu'au moment où il en est disposé :

a) la décision attaquée est erronée en droit, en fait ou en droit et en fait;

b) il y a eu manquement à un principe de justice naturelle;

c) sauf dans le cas de l'appel du ministre, il y a — compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant directement touché — des motifs d'ordre humanitaire justifiant, vu les autres circonstances de l'affaire, la prise de mesures spéciales.

[...]

**68.** (1) Il est sursis à la mesure de renvoi sur preuve qu'il y a — compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant directement touché — des motifs d'ordre humanitaire justifiant, vu les autres circonstances de l'affaire, la prise de mesures spéciales.

(2) La section impose les conditions prévues par règlement et celles qu'elle estime indiquées, celles imposées par la Section de l'immigration étant alors annulées; les conditions non réglementaires peuvent être modifiées ou levées; le sursis est révocable d'office ou sur demande.

(3) Par la suite, l'appel peut, sur demande ou d'office, être repris et il en est disposé au titre de la présente section.

T-1430-07  
2008 FC 62

T-1430-07  
2008 CF 62

**Reverend Edwin Pearson, Reverend Michel Ethier and James Roscoe Hoad** (*Plaintiffs*)

**Le révérend Edwin Pearson, le révérend Michel Ethier et James Roscoe Hoad** (*demandeurs*)

v.

c.

**Her Majesty the Queen as represented by the Minister of Justice of Canada, the Attorney General of Canada, and the Solicitor General of Canada** (*Defendants*)

**Sa Majesté la Reine, représentée par le ministre de la Justice du Canada, le procureur général du Canada et le solliciteur général du Canada** (*défendeurs*)

*INDEXED AS: PEARSON v. CANADA (F.C.)*

*RÉPERTORIÉ : PEARSON c. CANADA (C.F.)*

Federal Court, Aalto P.—Toronto, January 7 and 17, 2008.

Cour fédérale, protonotaire Aalto—Toronto, 7 et 17 janvier 2008.

*Judges and Courts — Preliminary objection to Prothonotary's jurisdiction to strike out amended statement of claim in proposed class proceeding under Federal Courts Rules, r. 221 — Rules, r. 50(1) giving prothonotaries jurisdiction to deal with any motion not expressly excluded — Prothonotary having wide jurisdiction since definition of "Court" in r. 2 including prothonotary, majority of Rules referring to orders of "Court" or decisions made by "Court" — Prothonotaries having jurisdiction of r. 50(2) (full trial jurisdiction in actions where monetary relief not exceeding \$50,000) in class proceedings, jurisdiction relating to class proceedings not specifically granted to judge — Nothing in r. 221, granting Court jurisdiction to strike pleading on enumerated grounds, exempting class proceedings from its effect or incompatible with class proceedings — Preliminary objection dismissed.*

*Juges et Tribunaux — Exception préliminaire à la compétence du protonotaire de radier la déclaration modifiée dans le cadre d'un recours collectif envisagé en application de la règle 221 des Règles des Cours fédérales — La règle 50(1) confère aux protonotaires la compétence d'entendre toute requête qui n'est pas expressément exclue — Le protonotaire est investi d'une vaste compétence puisque la définition de « Cour » présentée à la règle 2 comprend un protonotaire et la majorité des Règles parlent d'ordonnances de la « Cour » ou de décisions rendues par la « Cour » — Les protonotaires ont la compétence prévue à la règle 50(2) (pleine compétence en première instance dans les actions en réparation pécuniaire ne dépassant pas 50 000 \$) dans le cadre d'un recours collectif; la compétence en matière de recours collectifs n'est pas expressément conférée à un juge — Rien dans la règle 221 ne confère à la Cour la compétence de radier un acte pour des motifs énumérés; cette règle ne soustrait nullement les recours collectifs à son application et elle ne renferme rien qui soit incompatible avec les recours collectifs — Exception préliminaire rejetée.*

*Practice — Class Actions — Preliminary objection to Prothonotary's jurisdiction to strike out amended statement of claim in proposed class proceeding under Federal Courts Rules, r. 221 — Interplay between class proceeding rules, rules governing actions generally — Class proceedings rules establishing comprehensive procedural code for conduct of class proceeding within context of Rules as whole; not ousting rights of defendants to strike statement of claim on any enumerated grounds — Rules, r. 221 not exempting class proceedings from its effect.*

*Pratique — Recours collectifs — Exception préliminaire à la compétence du protonotaire de radier la déclaration modifiée dans le cadre d'un recours collectif envisagé en application de la règle 221 des Règles des Cours fédérales — Interdépendance des règles relatives aux recours collectifs et des règles régissant les actions en général — Les règles relatives aux recours collectifs constituent un code général de procédure régissant la conduite d'un recours collectif dans le contexte tout entier des Règles et elles n'excluent pas le droit des défendeurs de faire radier une déclaration pour l'un quelconque des motifs énumérés — La règle 221 ne soustrait nullement les recours collectifs à son application.*

*Practice — Pleadings — Motion to Strike — Preliminary objection to Prothonotary's jurisdiction to strike out amended statement of claim in proposed class proceeding under Federal Courts Rules, r. 221 — R. 221, governing motions to strike, specifically granting Court jurisdiction to order striking out of pleading on enumerated grounds (e.g. no reasonable cause of action).*

This was a preliminary objection in a motion under rule 221 of the *Federal Courts Rules* (Rules) to strike out the amended statement of claim in a proposed class proceeding. The preliminary objection raised concerned the interplay between class proceeding rules and the rules which govern actions generally. The issues were (1) whether a prothonotary has the jurisdiction to hear and decide a motion to strike a statement of claim in a proposed class action where there is a pending motion for certification; and (2) whether a prothonotary has the jurisdiction to hear a motion to strike a class proceeding in which the amount claimed is in excess of \$50,000 per claimant.

*Held*, the preliminary objection should be dismissed.

(1) A prothonotary is an independent judicial officer of the Federal Court appointed by the Governor in Council pursuant to section 12 of the *Federal Courts Act*. The primary jurisdiction of a prothonotary is set out in rule 50 of the Rules which states that a prothonotary has jurisdiction to deal with any motion brought under the Rules other than those that are specifically excluded. Thus a prothonotary has a very wide jurisdiction as the majority of the Rules refer to orders of the “Court” or decisions made by the “Court”, the definition of which in rule 2 includes a prothonotary.

(2) In addition to the jurisdiction conferred by subsection 50(1) of the Rules, subsection 50(2) grants full trial jurisdiction to a prothonotary in actions for monetary relief not exceeding \$50,000 exclusive of interest and costs. This monetary amount however does not limit the actions over which a prothonotary has jurisdiction and case law has determined that a prothonotary has jurisdiction to hear a motion to strike in which the amount in issue exceeds \$50,000. Although the procedure for class proceedings, which may be initiated by action or application, are governed by Part 5.1 of the Rules, the rules applicable to actions (Part 4 of the Rules) apply to any class proceeding that is an action. While there is no rule in Part 5.1 requiring that a motion to strike relating to class proceedings be heard only by a judge, the Rules (rule 334.16) do specify that a certification motion falls exclusively within the jurisdiction of a judge. Because the regulator clearly distinguished between “certification” and other procedures (i.e. under the Rules, several aspects of class proceeding procedure are to be dealt with by

*Pratique — Actes de procédure — Requête en radiation — Exception préliminaire à la compétence du protonotaire de radier la déclaration modifiée dans le cadre d'un recours collectif envisagé en application de la règle 221 des Règles des Cours fédérales — La règle 221 régit les requêtes en radiation et accorde expressément à la Cour le pouvoir de radier un acte de procédure pour divers motifs (p. ex. aucune cause d'action valable).*

Il s'agissait d'une exception préliminaire invoquée relativement à une requête en radiation, déposée en application de la règle 221 des *Règles des Cours fédérales* (les Règles), de la déclaration modifiée dans le cadre d'un recours collectif envisagé. L'exception préliminaire mettait en cause l'interdépendance des règles relatives aux recours collectifs et des règles régissant les actions en général. Les questions litigieuses étaient celles de savoir si un protonotaire a le pouvoir de statuer : 1) sur une requête en radiation d'une déclaration dans un recours collectif envisagé lorsqu'une requête en autorisation est pendante; et 2) sur une requête en radiation d'un recours collectif lorsque la somme réclamée dépasse 50 000 \$ par membre du groupe.

*Jugement* : l'exception préliminaire doit être rejetée.

1) Un protonotaire est un fonctionnaire judiciaire autonome de la Cour fédérale nommé par le gouverneur en conseil conformément à l'article 12 de la *Loi sur les Cours fédérales*. La compétence première d'un protonotaire est énoncée à la règle 50, qui précise que le protonotaire peut entendre toute requête présentée en vertu des Règles, à l'exception des requêtes qui sont expressément exclues. Ainsi, le protonotaire est investi d'une très vaste compétence puisque la majorité des Règles parlent d'ordonnances de la « Cour » ou de décisions rendues par la « Cour », qui, selon la définition présentée à la règle 2, comprend un protonotaire.

2) Outre la compétence conférée par le paragraphe 50(1) des Règles, le paragraphe 50(2) confère au protonotaire pleine compétence en première instance dans les actions en réparation pécuniaire ne dépassant pas 50 000 \$, à l'exclusion des intérêts et des dépens. Ce plafond ne limite cependant pas les actions à l'égard desquelles le protonotaire a compétence et la jurisprudence a établi que le protonotaire a le pouvoir de statuer sur une requête en radiation lorsque la somme en litige dépasse 50 000 \$. Bien que la procédure relative à la conduite des recours collectifs, qui peuvent être introduits par action ou par demande, soit exposée dans la partie 5.1 des Règles, les règles applicables aux actions (partie 4 des Règles) s'appliquent à tout recours collectif qui est une action. Bien que la partie 5.1 ne renferme aucune règle disposant que seul un juge peut instruire une requête en radiation se rapportant à un recours collectif, les Règles (règle 334.16) précisent qu'une requête en autorisation relève exclusivement de la compétence d'un juge. Parce que le rédacteur a établi une distinction claire entre une « autorisation »

the “ Court”), there can be no doubt that prothonotaries have, not only the jurisdiction of subsection 50(2) of the Rules in class proceedings but also any jurisdiction relating to class proceedings that is not specifically granted to a judge.

Motions to strike pleadings are governed by rule 221 which specifically refers to the Court as having the jurisdiction at any time to order that a pleading be struck out on various enumerated grounds. That rule does not exempt class proceedings from its effect and there is nothing inherently incompatible in that rule with class proceedings. Pursuant to rule 334.16, a judge must certify a proceeding as a class proceeding if all of the criteria are met while rule 221 grants the Court jurisdiction to strike a pleading on several different grounds, including disclosing no reasonable cause of action. It would not be in keeping with the purpose of the Rules to have a motion based on striking a pleading because of a lack of reasonable cause of action only in the certification process while allowing motions on various other grounds in rule 221 in preliminary motions. The class proceedings rules simply establish a comprehensive procedural code for the conduct of a class proceeding within the context of the Rules as a whole and do not oust the rights of defendants to strike a statement of claim on any of the enumerated grounds even before the certification motion. Therefore, a motion to strike the claim under rule 221 may be brought prior to certification.

et d’autres procédures (p.ex. en vertu des Règles, de nombreux aspects de la procédure des recours collectifs sont de la compétence de la « Cour »), il n’y a aucun doute que les protonotaires sont investis non seulement de la compétence conférée par le paragraphe 50(2) des Règles dans les recours collectifs, mais également de la compétence en matière de recours collectifs qui n’est pas expressément conférée à un juge.

Les requêtes en radiation d’actes de procédure sont régies par la règle 221, qui dit explicitement que la Cour peut à tout moment ordonner la radiation d’un acte de procédure en se fondant sur divers motifs énumérés. Cette règle soustrait nullement les recours collectifs à son application et elle ne renferme rien qui soit incompatible avec les recours collectifs. Selon la règle 334.16, un juge doit autoriser l’instance comme recours collectif si toutes les conditions sont réunies alors que la règle 221 accorde à la Cour le pouvoir de radier un acte de procédure pour divers motifs, notamment le fait que l’acte de procédure ne révèle aucune cause d’action valable. Il serait contraire à l’objet des Règles que de déposer, dans le cadre d’une procédure d’autorisation, une requête en radiation d’un acte de procédure fondée uniquement sur l’absence d’une cause d’action valable, tandis que le dépôt d’une requête en radiation fondée sur les divers autres motifs énumérés dans la règle 221 serait réservé aux exceptions préliminaires. Les règles relatives aux recours collectifs constituent simplement un code général de procédure régissant la conduite d’un recours collectif dans le contexte tout entier des Règles et elles n’excluent pas le droit des défendeurs de faire radier une déclaration pour l’un quelconque des motifs énumérés avant même la requête en autorisation. Une requête en radiation de la déclaration peut donc être présentée en application de la règle 221 avant l’audition de la requête en autorisation.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].

*Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19.

*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 3, 12 (as am. *idem*, s. 20; 2003, c. 22, s. 263(E); 2006, c. 11, s. 23).

*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 2 “Court” (as am. *idem*, s. 3), 3, 50 (as am. by SOR/2002-417, s. 8; 2004-283, s. 32(b); SOR/2007-130, s. 2; 2007-301, s. 2), 169 (as am. by SOR/2004-283, s. 37), 221, 299.1 to 299.41 (as enacted by SOR/2004-417, s. 17; rep. by SOR/2007-301, s. 6), 334.1 to 334.4 (as enacted *idem*, s. 7), 383(b) (as am. by SOR/2004-283, s. 22; 2007-214, s. 2), 384.1 (as enacted

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].

*Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19.

*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 3, 12 (mod., *idem*, art. 20; 2003, ch. 22, art. 263(A); 2006, ch. 11, art. 23).

*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 2 « Cour » (mod., *idem*, art. 3), 3, 50 (mod. par DORS/2002-417, art. 8; 2004-283, art. 32(b); DORS/2007-130, art. 2; 2007-301, art. 2), 169 (mod. par DORS/2004-283, art. 37), 221, 299.1 à 299.41 (éditées par DORS/2004-417, art. 17; abrogées par DORS/2007-301, art. 6), 334.1 à 334.4 (éditées, *idem*,

by SOR/2002-417, s. 23; 2007-301, s. 9), 385(1) (as am. by SOR/2007-214, s. 4).

art. 7), 383*b*) (mod. par DORS/2004-283, art. 22; 2007-214, art. 2), 384.1 (éditée par DORS/2002-417, art. 23; 2007-301, art. 9), 385(1) (mod. par DORS/2007-214, art. 4).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*First Canadians' Constitution Draft Committee, The United Korean Government (Canada) v. Canada* (2004), 238 D.L.R. (4th) 306; 317 N.R. 352; 2004 FCA 93; affg (2002), 222 F.T.R. 152; 2002 FCT 597; *Always Travel Inc. v. Air Canada*, 2003 FCT 212.

##### CONSIDERED:

*Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 F.C. 425; [1993] 1 C.T.C. 186; (1993), 93 DTC 5080; 149 N.R. 273 (C.A.).

PRELIMINARY OBJECTION to the Prothonotary's jurisdiction to strike out the amended statement of claim in a proposed class proceeding under rule 221 of the *Federal Courts Rules*. Preliminary objection dismissed.

##### APPEARANCES:

*Charles C. Roach* and *Kikelola Roach* for plaintiffs.

*James Gorham* and *Susan Keenan* for defendants.

##### SOLICITORS OF RECORD:

*Roach, Schwartz & Associates*, Toronto, for plaintiffs.

*Deputy Attorney General of Canada* for defendants.

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

[1] AALTO P.: The defendants, as represented by the Attorney General of Canada, have brought a motion pursuant to rule 221 of the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)] in this proposed class proceeding for an order, *inter alia*, striking out the amended statement of claim in its

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*First Canadians' Constitution Draft Committee, The United Korean Government (Canada) c. Canada*, 2004 CAF 93; confirmant 2002 CFPI 597; *Always Travel Inc. c. Air Canada*, 2003 CFPI 212.

##### DÉCISION EXAMINÉE :

*Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 C.F. 425 (C.A.).

EXCEPTION PRÉLIMINAIRE à la compétence du protonotaire de radier la déclaration modifiée dans le cadre d'un recours collectif envisagé en application de la règle 221 des *Règles des Cours fédérales*. Exception préliminaire rejetée.

##### ONT COMPARU :

*Charles C. Roach* et *Kikelola Roach* pour les demandeurs.

*James Gorham* et *Susan Keenan* pour les défendeurs.

##### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Roach, Schwartz & Associates*, Toronto, pour les demandeurs.

*Le sous-procureur général du Canada* pour les défendeurs.

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

[1] LE PROTONOTAIRE AALTO : Dans ce recours collectif envisagé, les défendeurs, représentés par le procureur général du Canada, ont déposé, en application de la règle 221 des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)] une requête pour que soit rendue une ordonnance ayant notamment

entirety without leave to amend and dismissing the action. At the outset of the hearing of the motion, a preliminary objection was raised by counsel for the plaintiffs concerning class proceeding procedure and specifically questioning whether a prothonotary had the jurisdiction to hear and decide a motion to strike a statement of claim in a proposed class proceeding. After hearing full argument on the preliminary objection, I adjourned the main motion in order to consider the preliminary objection.

### Background

[2] The plaintiffs commenced this action as a proposed class proceeding and brought a motion pursuant to former rule 299.17 [as enacted by SOR/2002-417, s. 17; rep. by SOR/2007-301, s. 6], now rule 334.15 [as enacted *idem*, s. 7], of the Rules for certification of the action as a class proceeding. The plaintiffs claim damages for violation of class members' rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (the Charter) alleged to be caused by the enforcement by the defendants of provisions of the *Controlled Drugs and Substances Act* [S.C. 1996, c. 19] (CDSA) which the plaintiffs allege have been repealed and are of no force and effect.

[3] The proposed class are members of the Assembly of the Church of the Universe. This religion holds as one of its tenets that cannabis is a sacred substance to be used in church sacraments and rituals. It is alleged in the amended statement of claim that the class members use cannabis for sacramental purposes and they believe that no law exists that prohibits possession of cannabis for use as a religious sacrament. In essence, the amended statement of claim alleges that the enforcement of the CDSA against members of the Church of the Universe infringes their right of religious freedom granted under the Charter.

pour effet de radier dans son intégralité, et sans autorisation de la modifier, la déclaration modifiée, et de rejeter l'action. Au début de l'audition de la requête, l'avocat des demandeurs a opposé une exception préliminaire concernant la procédure des recours collectifs, en s'interrogeant plus précisément sur la question de savoir si un protonotaire avait le pouvoir de statuer sur une requête en radiation d'une déclaration dans le cadre d'un recours collectif envisagé. Après audition d'arguments complets sur l'exception préliminaire, j'ai différé l'audition de la requête principale pour pouvoir examiner l'exception préliminaire.

### Les faits

[2] Les demandeurs ont déposé la présente action en tant que recours collectif envisagé et ont déposé, conformément à l'ancienne règle 299.17 [éditée par DORS/2002-417, art. 17; abrogée par DORS/2007-301, art. 6] des *Règles des Cours fédérales*, maintenant la règle 334.15 [éditée, *idem*, art. 7], une requête en autorisation de l'action comme recours collectif. Les demandeurs sollicitent réparation pour la violation des droits garantis aux membres du groupe par 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). La violation aurait résulté de l'application, par les défendeurs, de certaines dispositions de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* [L.C. 1996, ch. 19] (la Loi), dispositions qui, selon les demandeurs, ont été abrogées et sont dépourvues d'effet.

[3] Le groupe proposé est constitué des membres de l'Assemblée de l'Église de l'Univers. Cette religion affirme, parmi ses principes, que le cannabis est une substance sacrée devant être utilisée dans les sacrements et rites religieux. Les membres du groupe affirment, dans leur déclaration modifiée, qu'ils utilisent le cannabis à des fins sacramentelles, et ils croient qu'aucune loi n'interdit la possession de cannabis pour utilisation dans un rite religieux. Essentiellement, la déclaration modifiée précise que l'application de la Loi à l'encontre des membres de l'Église de l'Univers porte atteinte à la liberté de religion garantie à ceux-ci par la Charte.



[4] The defendants responded to the amended statement of claim and motion for certification by bringing the motion to strike the amended statement of claim. In support of their motion, the defendants raise a number of arguments summarized as follows:

1. The action is an abuse of process because the alleged improper actions of the defendants were the subject of judicial determinations by the Ontario Court of Justice, the Ontario Superior Court of Justice and the Court of Appeal for Ontario. The defendants argue that the Ontario courts made judicial determinations, either implicitly or explicitly, that the underlying offence provisions were constitutionally valid and thus, as the plaintiffs are seeking to revisit those decisions, this Court is being asked to sit in appeal of the Ontario courts. The defendants argue that the action therefore constitutes an abuse of process and should be dismissed.

2. Alternatively, the defendants say that the action is fatally flawed as it is entirely dependent on an incorrect conclusion of law, *viz.*, that there is no valid prohibition against the possession of marijuana. Thus, they argue, the action is doomed to failure and should be struck as disclosing no reasonable cause of action.

3. In the further alternative, the defendants say that the plaintiffs have failed to plead sufficient material facts to sustain an action in misfeasance in public office or any other cause of action and for that reason must be struck.

[5] These arguments of the defendants result in the following issues for determination on the motion to strike:

1. Does the action constitute an abuse of process because it requires this Court to sit in appeal of prior determinations made in the Ontario courts with respect to the constitutional validity of the provisions of the CDSA?

[4] Les défendeurs ont réagi à la déclaration modifiée et à la requête en autorisation de l'action par dépôt de la requête en radiation de la déclaration modifiée. Au soutien de leur requête, les défendeurs invoquent plusieurs arguments, résumés comme il suit :

1. L'action constitue un abus de procédure parce que les présumées mesures fautives appliquées par les défendeurs ont été validées dans des décisions judiciaires rendues par la Cour de justice de l'Ontario, la Cour supérieure de justice de l'Ontario et la Cour d'appel de l'Ontario. Les défendeurs font valoir que les tribunaux ontariens ont jugé, implicitement ou explicitement, que les dispositions pénales concernées étaient valides sur le plan constitutionnel et que, par conséquent, puisque les demandeurs cherchent à faire réexaminer lesdits jugements, ils demandent en fait à la Cour de se poser en juridiction compétente pour réformer les décisions des tribunaux ontariens. Les défendeurs disent que l'action constitue donc un abus de procédure et qu'elle devrait être rejetée.

2. Subsidiairement, les défendeurs disent que l'action est fondamentalement viciée car elle procède intégralement d'une conclusion erronée en droit, celle selon laquelle il n'existe aucune interdiction valide de posséder de la marijuana. Ainsi, affirment-ils, l'action est vouée à l'échec et devrait être radiée parce qu'elle ne révèle aucune cause d'action valable.

3. Subsidiairement à nouveau, les défendeurs disent que les demandeurs n'ont pas plaidé des faits importants suffisants propres à justifier une procédure fondée sur l'exercice fautif d'une charge publique ou fondée sur toute autre cause d'action et que, pour cette raison, la procédure doit être radiée.

[5] Les arguments des défendeurs requièrent que soient décidés les points suivants de leur requête en radiation :

1. L'action constitue-t-elle un abus de procédure parce qu'elle oblige la Cour à se poser en juridiction compétente pour réformer des décisions antérieures rendues par les tribunaux de l'Ontario et portant sur la validité constitutionnelle des dispositions de la Loi?

2. Should the claim be struck in its entirety under paragraph 221(1)(a) of the Rules without leave to amend and the action be dismissed because it fails to disclose a reasonable cause of action?

3. Should the claim be struck in its entirety under paragraphs 221(1)(c) and (f) of the Rules without leave to amend and the action be dismissed because it is frivolous and vexatious?

[6] In their responding submissions the plaintiffs raised a preliminary jurisdictional objection concerning the interplay between the class proceeding rules (formerly rules 299.1 to 299.41 [as enacted by SOR/2002-417, s. 17; rep. by SOR/2007-301, s. 6], now rules 334.1 to 334.4 [as enacted *idem*, s. 7] which constitute Part 5.1 of the Rules) and the rules which govern actions generally (Part 4 of the Rules). They argue that because their certification motion can only be heard by a judge of this Court and the issue of whether a “reasonable cause of action” is one of the required criteria which must be met for certification that the motion to strike and the issues it raises should either be heard by a judge or, preferably, be heard on the certification motion itself.

[7] Further, they argue that because the proposed class proceeding seeks damages in excess of \$50,000, a prothonotary does not have the jurisdiction to deal with the motion. They argue that class proceedings are a unique process governed by Part 5.1 which is a complete code whereby only judges have the discretion to certify a class proceeding and as the amount claimed is in excess of \$50,000 per claimant a prothonotary does not have jurisdiction.

#### Preliminary Issues to be Determined

[8] The preliminary objection raises the following issues for determination:

1. Whether a prothonotary has the jurisdiction to hear and decide a motion to strike a statement of claim in a

2. L’action devrait-elle être radiée dans son intégralité en application de l’alinéa 221(1)a) des Règles, sans possibilité de la modifier, et devrait-elle être rejetée parce qu’elle ne révèle aucune cause d’action valable?

3. L’action devrait-elle être radiée dans son intégralité en application des alinéas 221(1)c) et f) des Règles, sans possibilité de la modifier, et devrait-elle être rejetée parce qu’elle est frivole et vexatoire?

[6] Dans leurs conclusions présentées en réponse, les demandeurs ont invoqué une exception préliminaire d’incompétence mettant en cause l’interdépendance des règles relatives aux recours collectifs (auparavant les règles 299.1 à 299.41 [éditées par DORS/2002-417, art. 17; abrogées par DORS/2007-301, art. 6], et aujourd’hui les règles 334.1 à 334.4 [éditées, *idem*, art. 7], qui constituent la partie 5.1 des Règles) et des règles qui régissent les actions en général (la partie 4 des Règles). Ils font valoir que, parce que leur requête en autorisation de l’action comme recours collectif ne peut être instruite que par un juge de la Cour et qu’il s’agit de savoir si une « cause d’action valable » est l’une des conditions qui doivent être remplies avant qu’une action soit autorisée comme recours collectif, la requête en radiation et les questions qu’elle soulève devraient être instruites par un juge ou, mieux encore, instruites en même temps que la requête en autorisation elle-même.

[7] Ils prétendent aussi que, puisque le recours collectif envisagé porte sur une réparation dépassant 50 000 \$, un protonotaire n’a pas le pouvoir de statuer sur la requête. Ils disent qu’un recours collectif est une procédure spéciale, régie par la partie 5.1, laquelle constitue un code complet conférant aux seuls juges le pouvoir d’autoriser un recours collectif et, puisque la somme réclamée dépasse 50 000 \$ par membre du groupe, un protonotaire n’a pas le pouvoir d’intervenir.

#### Points préliminaires à décider

[8] L’exception préliminaire soulève les points suivants :

1. Le protonotaire a-t-il le pouvoir de statuer sur une requête en radiation d’une déclaration dans un recours

proposed class action where there is a pending motion for certification.

2. Whether a prothonotary has the jurisdiction to hear a motion to strike a class proceeding in which the amount claimed is in excess of \$50,000 per claimant.

### General Jurisdiction of a Prothonotary

[9] The position of prothonotary is a statutory one. A prothonotary is an independent judicial officer of the Federal Court, akin to an associate judge, appointed by the Governor in Council pursuant to section 12 [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 20; 2003, c. 22, s. 263(E); 2006, c. 11, s. 23] of the *Federal Courts Act*. [R.S.C., c. F-7, s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)]. Subsection 12(3) of the Act provides that the powers, duties and functions of a prothonotary shall be determined by the Rules.

[10] The primary jurisdiction of a prothonotary is set out in rule 50 [as am. by SOR/2002-417, s. 8; 2004-283, s. 32(b); 2007-130, s. 2; 2007-301, s. 2] as follows:

**50.** (1) A prothonotary may hear, and make any necessary orders relating to, any motion under these Rules other than a motion

(a) in respect of which these Rules or an Act of Parliament has expressly conferred jurisdiction on a judge;

(b) in the Federal Court of Appeal;

(c) for summary judgment other than

(i) in an action referred to in subsection (2), or

(ii) in respect of a claim referred to in subsection (3);

(d) to hold a person in contempt at a hearing referred to in paragraph 467(1)(a);

(e) for an injunction;

collectif envisagé, lorsqu'une requête en autorisation d'une action comme recours collectif est pendante?

2. Le protonotaire a-t-il le pouvoir de statuer sur une requête en radiation d'un recours collectif lorsque la somme réclamée dépasse 50 000 \$ par membre du groupe?

### Compétence générale d'un protonotaire

[9] La fonction de protonotaire est une fonction d'origine législative. Le protonotaire est un fonctionnaire judiciaire autonome de la Cour fédérale, assimilable à un juge assesseur, nommé par le gouverneur en conseil conformément à l'article 12 [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 20; 2003, ch. 22, art. 263(A); 2006, ch. 11, art. 23] de la *Loi sur les Cours fédérales* [L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)]. Le paragraphe 12(3) de la *Loi sur les Cours fédérales* dispose que les pouvoirs et fonctions des protonotaires sont fixés par les Règles.

[10] La compétence première d'un protonotaire est décrite ainsi, à la règle 50 [mod. par DORS/2002-417, art. 8; 2004-283, art. 32(b); 2007-130, art. 2; 2007-301, art. 2] des Règles :

**50.** (1) Le protonotaire peut entendre toute requête présentée en vertu des présentes règles — à l'exception des requêtes suivantes — et rendre les ordonnances nécessaires s'y rapportant :

a) une requête à l'égard de laquelle les présentes règles ou une loi fédérale confèrent expressément la compétence à un juge;

b) une requête devant la Cour d'appel fédérale;

c) une requête pour obtenir un jugement sommaire, sauf s'il s'agit d'un jugement sommaire :

(i) dans une action visée au paragraphe (2),

(ii) à l'égard d'une réclamation visée au paragraphe (3);

d) une requête pour obtenir une condamnation pour outrage au tribunal à la suite d'une citation pour comparaître ordonnée en vertu de l'alinéa 467(1)a);

e) une requête pour obtenir une injonction;

<p>(f) relating to the liberty of a person;</p>	<p>f) une requête concernant la mise en liberté ou l’incarcération d’une personne;</p>
<p>(g) to stay, set aside or vary an order of a judge, other than an order made under paragraph 385(a), (b) or (c);</p>	<p>g) une requête pour annuler ou modifier l’ordonnance d’un juge ou pour y surseoir, sauf celle rendue aux termes des alinéas 385a), b) ou c);</p>
<p>(h) to stay execution of an order of a judge;</p>	<p>h) une requête pour surseoir à l’exécution de l’ordonnance d’un juge;</p>
<p>(i) to appoint a receiver;</p>	<p>i) une requête visant la nomination d’un séquestre judiciaire;</p>
<p>(j) for an interim order under section 18.2 of the Act;</p>	<p>j) une requête pour obtenir des mesures provisoires en vertu de l’article 18.2 de la Loi;</p>
<p>(k) to appeal the findings of a referee under rule 163; or</p>	<p>k) une requête pour en appeler des conclusions du rapport d’un arbitre visée à la règle 163;</p>
<p>(l) for the certification of an action or an application as a class proceeding.</p>	<p>l) une requête en vue de faire autoriser une action ou une demande comme recours collectif.</p>
<p>(2) A prothonotary may hear an action exclusively for monetary relief, or an action <i>in rem</i> claiming monetary relief, in which no amount claimed by a party exceeds \$50,000 exclusive of interest and costs.</p>	<p>(2) Le protonotaire peut entendre toute action visant exclusivement une réparation pécuniaire ou toute action réelle visant en outre une réparation pécuniaire dans lesquelles chaque réclamation s’élève à au plus 50 000 \$, à l’exclusion des intérêts et des dépens.</p>
<p>(3) A prothonotary may hear a claim in respect of one or more individual questions in a class proceeding in which the amount claimed by a class member does not exceed \$50,000 exclusive of interest and costs.</p>	<p>(3) Le protonotaire peut entendre toute réclamation à l’égard de points individuels présentée dans un recours collectif si elle vise une réparation pécuniaire qui s’élève à au plus 50 000 \$, à l’exclusion des intérêts et des dépens.</p>
<p>(4) A prothonotary may hear an application under rule 327 for registration, recognition or enforcement of a foreign judgment.</p>	<p>(4) Le protonotaire peut entendre toute demande pour l’enregistrement, la reconnaissance ou l’exécution d’un jugement étranger faite conformément à la règle 327.</p>
<p>(5) Despite paragraphs (1)(c) and (k), a prothonotary may render any final judgment that could be rendered by a judge of the Federal Court, except in a proceeding in respect of which an Act of Parliament expressly confers jurisdiction on a judge, if the prothonotary is satisfied that all of the parties that will be affected by the judgment have given their consent.</p>	<p>(5) Malgré les alinéas (1)c) et k) et sauf dans une instance à l’égard de laquelle une loi fédérale confère expressément la compétence à un juge, le protonotaire peut prononcer tout jugement final qu’un juge de la Cour fédérale a le pouvoir de prononcer s’il est convaincu que les parties intéressées y consentent.</p>
<p>[11] The definition of “Court” in rule 2 [as am. by SOR/2004-283, s. 3] includes a prothonotary. Rule 2 provides as follows:</p>	<p>[11] La définition du mot « Cour », à la règle 2 [mod. par DORS/2004-283, art. 3] des Règles, comprend un protonotaire. La règle 2 dispose ainsi :</p>
<p>2. ...</p>	<p>2. [...]</p>
<p>“Court” means, as the circumstances require,</p>	<p>« Cour » Selon le cas :</p>
<p>...</p>	<p>[. . .]</p>
<p>(b) the Federal Court, including a prothonotary acting within the jurisdiction conferred under these Rules.</p>	<p>b) la Cour fédérale, à laquelle est assimilé le protonotaire qui agit dans les limites de la compétence conférée par les présentes règles.</p>

[12] Pursuant to rule 50 a prothonotary has jurisdiction to deal with any motion under the Rules other than those that are specifically excluded. Thus, as can be seen, a prothonotary has a very wide jurisdiction as the majority of the Rules refer to orders of the “Court” or decisions made by the “Court”. Indeed, the role of prothonotary is recognized in the jurisprudence as extensive. In *First Canadians’ Constitution Draft Committee, The United Korean Government (Canada) v. Canada* (2004), 238 D.L.R. (4th) 306, the Federal Court of Appeal reviewed the jurisdiction of a prothonotary. Justice Décary observed (at paragraphs 6-8):

The intention of Parliament cannot be clearer. The office of prothonotary is created to ensure “the efficient performance of the work of the Court that, under the Rules, is to be performed by them” (subsection 12(1) of the Act) and the description of the work of the Court that can be performed by the prothonotary is to be found in the Rules (subsections 12(1) and (3) of the Act).

The role of prothonotaries in the Federal Court has been described by Chief Justice Isaac in *Aqua-Gem [Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd., [1993] 2 F.C. 425 (C.A.)]*, and his description has most recently been reaffirmed by the Court in *Merck (supra, at para. 22)*. I wish to quote here from the reasons of Isaac C.J. in *Aqua-Gem*:

Doubtless, in providing for the office of the Registrar or Master in the Exchequer Court and of the prothonotary in this Court, Parliament was mindful of the pre-trial and post-judgment support which the master system provided for superior court judges in the judicial systems of England and Ontario, both of which made extensive use of these judicial officers.

In his Hamlyn Lectures (published under the title *The Fabric of English Civil Justice*, London: Stevens & Sons, 1987), Sir Jack Jacob, Q.C., himself a former senior master of the High Court of Justice in England, sketched the historical development of the master system in England and the manner of its operation. The following passage at pages 110-111 is instructive of the historical evolution of that system:

The most striking feature of the English pre-trial process is that, save for a few exceptions, the proceedings are conducted not before a judge but before a junior judicial officer, called the Master or Registrar. Before 1837, the judges of the three superior common law courts themselves dealt with pre-trial applications, which were then comparatively few in number and in variety. In 1837,

[12] Selon la règle 50, le protonotaire peut entendre toute requête présentée en vertu des Règles, à l’exception des requêtes expressément exclues. Ainsi, comme on peut le voir, le protonotaire est investi d’une très vaste compétence puisque la majorité des Règles parlent d’ordonnances de la « Cour » ou de décisions rendues par la « Cour ». Le rôle du protonotaire est d’ailleurs reconnu par la jurisprudence comme un rôle étendu. Dans l’arrêt *First Canadians’ Constitution Draft Committee, The United Korean Government (Canada) c. Canada*, 2004 CAF 93, la Cour d’appel fédérale a passé en revue la compétence des protonotaires. Le juge Décary faisait observer ce qui suit (aux paragraphes 6 à 8) :

L’intention du législateur ne saurait être plus claire. Les protonotaires sont nommés pour assurer « l’exécution des travaux de celle-ci (la Cour fédérale) qui, aux termes des règles, incombent à cette catégorie du personnel » (paragraphe 12(1) de la Loi) et la description des travaux de la Cour que peuvent exécuter les protonotaires se trouve dans les Règles (paragraphes 12(1) et 12(3) de la Loi).

Le juge en chef Isaac a décrit le rôle des protonotaires au sein de la Cour fédérale dans l’arrêt *Aqua-Gem [Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd., [1993] 2 C.F. 425 (C.A.)]*, description qui a été confirmée récemment par la Cour dans *Merck* (précité, au paragraphe 22). Voici une partie des motifs invoqués par le juge Isaac dans *Aqua-Gem* :

Il est hors de doute qu’en créant les fonctions de registraire ou protonotaire de la Cour de l’Échiquier et de protonotaire de notre Cour, le législateur avait à l’esprit le soutien que les protonotaires assuraient aux juges des cours supérieures, avant et après le jugement, dans les systèmes judiciaires d’Angleterre et de l’Ontario, lesquels faisaient un large usage de ces auxiliaires de la justice.

Dans ses cours Hamlyn (publiées sous le titre *The Fabric of English Civil Justice*, Londres: Stevens & Sons, 1987), sir Jack Jacob, c.r., lui-même ancien protonotaire en chef de la Haute Cour de justice d’Angleterre, a donné un aperçu de l’évolution et du mode de fonctionnement de ce système en Angleterre. Le passage suivant, aux pages 110 et 111, est particulièrement instructif sur l’évolution historique de ce système :

[TRADUCTION] Le trait le plus frappant de la procédure préliminaire en Angleterre réside dans ce que, à quelques rares exceptions près, elle ne se déroule pas devant un juge, mais devant un auxiliaire de la justice appelé protonotaire ou registraire. Avant 1837, les juges des trois cours supérieures de common law entendaient eux-mêmes les requêtes préliminaires, qui étaient alors relativement peu nombreuses

Parliament abolished a great number of administrative and a few quasi-judicial offices and in their place created the Masters of the three Common Law Courts to assist the judges in their pre-trial work. In 1867, Parliament took the bold leap forward to transform the position of the Master from being an assistant to the judge into becoming a separate, distinct and independent judicial officer. This was achieved by enabling the judges to make rules of court empowering the Masters to transact all such business and exercise all such authority and jurisdiction as may be transacted and exercised by the judge in Chambers, except in specified matters and proceedings. Needless to say, the requisite rules of court were immediately made and they have continued with considerable expansion to this day. They operate to confer on the Masters original jurisdiction in respect of the matters and proceedings that come before them. For these purposes in the High Court, the Master is the equivalent of the judge in Chambers and his decision, order or judgment is made or given in his capacity as “the court” itself.

The jurisdiction of the Masters, which has from time to time since their creation been greatly expanded, is very extensive indeed and covers almost the entire range of pre-trial proceedings, with the important exception of applications for an injunction, other than in agreed terms, and it also extends to almost all post-judgment proceedings. They have power to make final as well as interlocutory orders and to give final judgments which are as operative and enforceable and which must be complied with as if made or given by a judge. [Emphasis in original.]

[13] Justice Décary then concluded with the following summary of the jurisdiction of prothonotaries (at paragraph 8):

The jurisdiction of the prothonotaries, as that of the Masters in the English system, has therefore been greatly expanded with time and “covers almost the entire range of pre-trial proceedings, with the important exception of applications for an injunction . . . and it also extends to almost all post-judgment proceedings”. That jurisdiction is determined by the Rules Committee established under section 45.1 of the Act, which is thus given the exceptional authority to empower the prothonotaries “to transact all such business and exercise all such authority and jurisdiction as may be exercised by the judge in Chambers, except in specified matters and proceedings”.

Jurisdiction of a Prothonotary in Actions Where the Claim is Greater than \$50,000

et peu variées. En 1837, le législateur a supprimé un grand nombre de fonctions administratives et quasi judiciaires, et les a remplacées par des protonotaires dans les trois tribunaux de common law pour seconder les juges dans les procédures préliminaires. En 1867, le législateur a encore innové, en faisant du protonotaire non plus un auxiliaire du juge, mais une autorité judiciaire séparée, distincte et indépendante. Pour y parvenir, il a habilité les juges à adopter des règles investissant les protonotaires du pouvoir d'exercer les mêmes fonctions que le juge en chambre, sauf les questions et instances expressément prévues. Point n'est besoin de dire que les règles nécessaires ont été immédiatement adoptées et qu'elles se sont considérablement développées depuis. Elles ont pour effet de donner aux protonotaires compétence originale sur les matières et procédures dont ils sont saisis. Dans cette fonction, le protonotaire à la Haute Cour est l'équivalent du juge en chambre et c'est en incarnant « la Cour » elle-même qui rend sa décision, ordonnance ou jugement.

La compétence des protonotaires, qui a été considérablement élargie depuis l'institution de ces fonctions, est en effet très étendue et couvre la quasi-totalité des procédures préliminaires, sauf l'importante exception des requêtes en injonction si elles ne sont pas introduites dans des conditions convenues; elle embrasse également la quasi-totalité des procédures postérieures au jugement. Les protonotaires sont habilités à rendre des ordonnances définitives comme des ordonnances interlocutoires ainsi que des jugements définitifs tout aussi impératifs et exécutoires que ceux des juges. [Souligné dans l'original.]

[13] Puis le juge Décary concluait par le résumé suivant de la compétence des protonotaires (au paragraphe 8) :

La compétence des protonotaires, à l'instar de celle des protonotaires dans le système judiciaire d'Angleterre, a donc été considérablement élargie avec le temps pour « couvrir la quasi-totalité des procédures préliminaires, sauf l'importante exception des requêtes en injonction [. . .], et embrasse également la quasi-totalité des procédures postérieures au jugement » . Cette compétence est établie par le comité des règles, constitué en vertu de l'article 45.1 de la Loi, qui jouit donc du pouvoir exceptionnel d'investir les protonotaires « du pouvoir d'exercer les mêmes fonctions que le juge en chambre, sauf les questions et instances expressément prévues ».

Compétence du protonotaire dans les actions où la somme réclamée est supérieure à 50 000 \$

[14] In addition to the subsection 50(1) jurisdiction of the Rules, subsection 50(2) grants full trial jurisdiction to a prothonotary in actions for monetary relief not exceeding \$50,000 exclusive of interest and costs. This monetary amount, however, does not limit the actions over which a prothonotary has jurisdiction. The *First Canadians*' case put to rest the issue of whether a prothonotary has jurisdiction to hear a motion to strike in which the amount in issue exceeds \$50,000. In that case, a prothonotary had struck out a statement of claim in which the monetary amount claimed exceeded \$50,000 and awarded costs to the moving party. On appeal from a judge of the Federal Court [(2002), 222 F.T.R. 152] affirming the decision of the prothonotary, Justice Décary, speaking for the Court, noted (at paragraph 9):

Rule 50(1) has established the principle that a prothonotary has authority with respect to “any motion” under the *Federal Court Rules* “other than” motions expressly identified in Rule 50(1). This is a wide authority indeed and unless a motion falls under one of the headings of Rule 50(2), it may be entertained by a prothonotary. Rule 50(1) has been drafted carefully and does not grant prothonotaries any authority with respect to actions. It is Rule 50(2) which grants prothonotaries authority with respect to actions and the Rule expressly limits that authority to actions that are taken exclusively for monetary relief, or *in rem* actions claiming monetary relief, in which no amount claimed by a party exceeds \$50,000 exclusive of interest and costs. The distinction between “motion” and “action” was clearly in the mind of the regulator, and had the latter wished to exclude from the authority of the prothonotary motions made in the context of actions in which the amount claimed exceeded \$50,000, it would certainly have done it. There is therefore no doubt, in my view, that a prothonotary has jurisdiction under Rule 50(1) to decide a motion to strike an action made under Rule 221 whatever the amount claimed in the action. [Emphasis added.]

#### Rules Regarding Actions and Class Proceedings

[15] Part 4 of the Rules governs the conduct of actions. Rule 169 [as am. by SOR/2004-283, s. 37] specifically provides that Part 4 applies to all proceedings that are not applications or appeals. Class proceedings may be initiated by action or application (rule 334.12). However,

[14] Outre la compétence conférée par le paragraphe 50(1) des Règles, le paragraphe 50(2) confère au protonotaire pleine compétence en première instance dans les actions en réparation pécuniaire ne dépassant pas 50 000 \$, à l'exclusion des intérêts et des dépens. Ce plafond ne limite cependant pas les actions à l'égard desquelles le protonotaire a compétence. L'arrêt *First Canadians*' a réglé la question de savoir si le protonotaire a le pouvoir de statuer sur une requête en radiation lorsque la somme en litige dépasse 50 000 \$. Dans cet arrêt, un protonotaire avait radié une déclaration dans laquelle la somme réclamée dépassait 50 000 \$, et il avait accordé les dépens à la partie requérante. Saisi d'un appel formé à l'encontre de la décision d'un juge de la Cour fédérale [2002 CFPI 597] qui confirmait la décision du protonotaire, le juge Décary, s'exprimant pour la Cour, écrivait ce qui suit (au paragraphe 9) :

Le paragraphe 50(1) des Règles établit le principe selon lequel le protonotaire peut entendre « toute requête » en vertu des *Règles de la Cour fédérale* « à l'exception » des requêtes mentionnées au paragraphe 50(2). Il s'agit réellement d'un pouvoir très large et, sauf si une requête est mentionnée au paragraphe 50(2), le protonotaire peut l'entendre. Le paragraphe 50(1) a été soigneusement rédigé et il ne confère aucun pouvoir aux protonotaires en matière d'actions. C'est le paragraphe 50(2) qui confère aux protonotaires compétence pour entendre une action et il limite expressément cette compétence aux actions qui visent exclusivement une réparation pécuniaire ou une action réelle visant en outre une réparation pécuniaire dans lesquelles chaque réclamation s'élève à au plus 50 000 \$, à l'exclusion des intérêts et des dépens. Le législateur avait certainement à l'esprit la distinction entre « requête » et « action » et s'il avait voulu que soient exclues de la compétence du protonotaire les requêtes déposées dans le contexte d'une action dans laquelle la réclamation s'élevait à plus de 50 000 \$, il l'aurait fait. Il n'y a donc aucun doute, à mon avis, qu'un protonotaire a compétence, en vertu du paragraphe 50(1), d'entendre une requête visant à radier une action en vertu de l'article 221, quel que soit le montant de la réclamation de l'action. [Non souligné dans l'original.]

#### Règles relatives aux actions et aux recours collectifs

[15] La partie 4 des Règles régit la conduite des actions. La règle 169 [mod. par DORS/2004-283, art. 37] dispose expressément que la partie 4 s'applique à toutes les autres instances que les demandes et les appels. La règle 334.12 dit que les recours collectifs peuvent être

although the procedure relating to the conduct of class proceedings is set out in Part 5.1, the rules applicable to actions apply to any class proceeding that is an action (rule 334.11). There is no rule in Part 5.1 which requires that a motion to strike relating to class proceedings be heard only by a judge. There is no issue that a certification motion falls exclusively within the jurisdiction of a judge (rule 334.16). However, there are several aspects of class proceeding procedure that are to be dealt with by the “Court”. For example, rule 334.22 provides that a party in an action that has been certified may examine a class member for discovery, other than the representative plaintiff, “only on leave granted by the Court”. To apply Justice Décary’s language from the *First Canadians*’ case, the distinction between “certification” and other procedures was clearly in the mind of the regulator, and had the latter wished to exclude a prothonotary from dealing with rule 334.22 motions, it would clearly have done it. Thus, there can be no doubt that prothonotaries have, not only the jurisdiction of subsection 50(2) of the Rules in class proceedings, but also have any jurisdiction relating to class proceedings that is not specifically granted to a judge.

#### Preliminary Motions in Class Proceedings

[16] Inherent in the position of the plaintiffs is the suggestion that preliminary motions to strike a statement of claim on the ground of not disclosing a reasonable cause of action are somehow not permitted and are to be dealt with only on the certification motion. This suggestion is without merit. To give life to this submission would be to emasculate the Rules as they relate to class proceedings. The Rules are in place to ensure that any proceeding initiated in the Federal Court is regulated by the same procedural principles. The primary principle behind the Rules is to secure the just, most expeditious and least expensive determination of every proceeding on its merits (rule 3).

introduits par action ou par demande. Cependant, bien que la procédure relative à la conduite des recours collectifs soit exposée dans la partie 5.1, les règles applicables aux actions s’appliquent à tout recours collectif qui est une action (règle 334.11). La partie 5.1 ne renferme aucune règle disposant que seul un juge peut instruire une requête en radiation se rapportant à un recours collectif. Il ne fait aucun doute qu’une requête en autorisation d’une action comme recours collectif relève exclusivement de la compétence d’un juge (règle 334.16). Cependant, de nombreux aspects de la procédure des recours collectifs sont de la compétence de la « Cour ». Ainsi, la règle 334.22 dispose que, dans une action autorisée comme recours collectif, une partie peut, « sur autorisation de la Cour », procéder à l’interrogatoire préalable d’un membre du groupe autre que le représentant demandeur. Si l’on s’en tient aux propos tenus par le juge Décary dans l’arrêt *First Canadians*’, la distinction entre une « autorisation » et d’autres procédures était manifestement présente dans l’esprit des rédacteurs des Règles, et, si les rédacteurs avaient voulu empêcher les protonotaires de connaître des requêtes relevant de la règle 334.22, ils l’auraient dit expressément. Il n’y a donc aucun doute que les protonotaires sont investis non seulement de la compétence conférée par le paragraphe 50(2) des Règles dans les recours collectifs, mais également de la compétence en matière de recours collectifs qui n’est pas expressément conférée à un juge.

#### Requêtes préliminaires dans les recours collectifs

[16] Inhérente à la position adoptée par les demandeurs est l’idée selon laquelle les requêtes préliminaires en radiation d’une déclaration qui sont fondées sur l’absence d’une cause d’action valable sont de quelque manière proscrites et ne peuvent être examinées que dans le cadre de la requête en autorisation. Cette proposition est dépourvue de fondement. Lui donner crédit reviendrait à priver de sens les dispositions des Règles qui concernent les recours collectifs. Les Règles ont pour objet de faire en sorte que toute instance introduite devant la Cour fédérale soit régie par les mêmes principes procéduraux. Elles reposent sur le principe primordial selon lequel elles doivent permettre d’apporter une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible (règle 3).



[17] Motions to strike pleadings are governed by rule 221, which is found in Part 4 of the Rules. By virtue of rule 169, Part 4 applies to actions in class proceedings. Rule 221 specifically refers to the Court as having the jurisdiction at any time to order that a pleading be struck out on various enumerated grounds. There is nothing in the rule that exempts class proceedings from its effect nor is there anything inherently in the rule that is incompatible with class proceedings.

[18] Subsections 334.16(1) and (2) of the Rules set out, respectively, the criteria which must be satisfied on a certification motion and the matters to be considered. The rule provides as follows:

**334.16** (1) Subject to subsection (3), a judge shall, by order, certify a proceeding as a class proceeding if

- (a) the pleadings disclose a reasonable cause of action;
- (b) there is an identifiable class of two or more persons;
- (c) the claims of the class members raise common questions of law or fact, whether or not those common questions predominate over questions affecting only individual members;
- (d) a class proceeding is the preferable procedure for the just and efficient resolution of the common questions of law or fact; and
- (e) there is a representative plaintiff or applicant who
  - (i) would fairly and adequately represent the interests of the class,
  - (ii) has prepared a plan for the proceeding that sets out a workable method of advancing the proceeding on behalf of the class and of notifying class members as to how the proceeding is progressing,
  - (iii) does not have, on the common questions of law or fact, an interest that is in conflict with the interests of other class members, and
  - (iv) provides a summary of any agreements respecting fees and disbursements between the representative plaintiff or applicant and the solicitor of record.

[17] Les requêtes en radiation d'actes de procédure sont régies par la règle 221, qui se trouve dans la partie 4. En vertu de la règle 169, la partie 4 s'applique aux actions introduites par recours collectif. La règle 221 dit explicitement que la Cour peut à tout moment ordonner la radiation d'un acte de procédure en se fondant sur divers motifs énumérés. La règle 221 ne soustrait nullement les recours collectifs à son application et il ne renferme rien qui soit incompatible avec les recours collectifs.

[18] Les paragraphes 334.16(1) et (2) des Règles exposent respectivement les conditions qui doivent être remplies dans une requête en autorisation, ainsi que les facteurs à prendre en compte. La disposition est ainsi rédigée :

**334.16** (1) Sous réserve du paragraphe (3), le juge autorise une instance comme recours collectif si les conditions suivantes sont réunies :

- a) les actes de procédure révèlent une cause d'action valable;
- b) il existe un groupe identifiable formé d'au moins deux personnes;
- c) les réclamations des membres du groupe soulèvent des points de droit ou de fait communs, que ceux-ci prédominent ou non sur ceux qui ne concernent qu'un membre;
- d) le recours collectif est le meilleur moyen de régler, de façon juste et efficace, les points de droit ou de fait communs;
- e) il existe un représentant demandeur qui :
  - (i) représenterait de façon équitable et adéquate les intérêts du groupe,
  - (ii) a élaboré un plan qui propose une méthode efficace pour poursuivre l'instance au nom du groupe et tenir les membres du groupe informés de son déroulement,
  - (iii) n'a pas de conflit d'intérêts avec d'autres membres du groupe en ce qui concerne les points de droit ou de fait communs,
  - (iv) communique un sommaire des conventions relatives aux honoraires et débours qui sont intervenues entre lui et l'avocat inscrit au dossier.

(2) All relevant matters shall be considered in a determination of whether a class proceeding is the preferable procedure for the just and efficient resolution of the common questions of law or fact, including whether

(a) the questions of law or fact common to the class members predominate over any questions affecting only individual members;

(b) a significant number of the members of the class have a valid interest in individually controlling the prosecution of separate proceedings;

(c) the class proceeding would involve claims that are or have been the subject of any other proceeding;

(d) other means of resolving the claims are less practical or less efficient; and

(e) the administration of the class proceeding would create greater difficulties than those likely to be experienced if relief were sought by other means.

[19] It is to be noted that rule 334.16 is imperative in that a judge shall certify the proceeding as a class proceeding if all of the criteria are met. It is a very different exercise than that contemplated by rule 221. Rule 334.16 speaks only to the pleadings disclosing a reasonable cause of action while rule 221 grants the Court jurisdiction to strike a pleading on several different grounds including the ground that the pleading discloses no reasonable cause of action. It would be a wasteful exercise and not in keeping with the purpose of the Rules to have a motion based on striking a pleading on the basis of no reasonable cause of action only in the certification process while allowing motions on the various other enumerated grounds in rule 221 in preliminary motions.

[20] Further support for this conclusion can be found in the case management rules. All proposed class proceedings are specially managed (rule 384.1 [as enacted by SOR/2002-417, s. 23; 2007-301, s. 9]). Subsection 385(1) [as am. by SOR/2007-214, s. 4] of the Rules, sets out the powers of a case management judge or prothonotary as follows:

(2) Pour décider si le recours collectif est le meilleur moyen de régler les points de droit ou de fait communs de façon juste et efficace, tous les facteurs pertinents sont pris en compte, notamment les suivants :

a) la prédominance des points de droit ou de fait communs sur ceux qui ne concernent que certains membres;

b) la proportion de membres du groupe qui ont un intérêt légitime à poursuivre des instances séparées;

c) le fait que le recours collectif porte ou non sur des réclamations qui ont fait ou qui font l'objet d'autres instances;

d) l'aspect pratique ou l'efficacité moindres des autres moyens de régler les réclamations;

e) les difficultés accrues engendrées par la gestion du recours collectif par rapport à celles associées à la gestion d'autres mesures de redressement.

[19] Il convient de noter que la règle 334.16 est une disposition impérative en ce sens qu'il incombe au juge d'autoriser l'instance comme recours collectif si toutes les conditions sont réunies. Il s'agit d'un exercice très différent de celui qui est envisagé par la règle 221. La règle 334.16 ne parle que des actes de procédure révélant une cause d'action valable, tandis que la règle 221 accorde à la Cour le pouvoir de radier un acte de procédure pour divers motifs, notamment le fait que l'acte de procédure ne révèle aucune cause d'action valable. Ce serait se livrer à un exercice peu économique, et contraire à l'objet des Règles, que de déposer, dans le cadre d'une procédure d'autorisation, une requête en radiation d'un acte de procédure fondée uniquement sur l'absence d'une cause d'action valable, tandis que le dépôt d'une requête en radiation fondée sur les divers autres motifs énumérés dans la règle 221 serait réservé aux exceptions préliminaires.

[20] On peut trouver une autre confirmation de cette conclusion dans les règles relatives à la gestion des instances. Selon la règle 384.1 [éditée par DORS/2002-417, art. 23; 2007-301, art. 9], tout recours collectif envisagé est une instance à gestion spéciale. Le paragraphe 385(1) [mod. par DORS/2007-214, art. 4] des Règles énonce ainsi les pouvoirs du juge ou du protonotaire responsable de la gestion de l'instance :

**385.** (1) Unless the Court directs otherwise, a case management judge or a prothonotary assigned under paragraph 383(c) shall deal with all matters that arise prior to the trial or hearing of a specially managed proceeding and may

(a) give any directions that are necessary for the just, most expeditious and least expensive determination of the proceeding on its merits;

(b) notwithstanding any period provided for in these Rules, fix the period for completion of subsequent steps in the proceeding;

(c) fix and conduct any dispute resolution or pre-trial conferences that he or she considers necessary; and

(d) subject to subsection 50(1), hear and determine all motions arising prior to the assignment of a hearing date. [Emphasis added.]

[21] Thus, the case management prothonotary assigned as a case management judge under paragraph 383(b) [as am. by SOR/2004-283, s. 22; 2007-214, s. 2] of the Rules, subject to the exclusions of subsection 50(1) of the Rules, is empowered to deal with all matters that arise prior to the trial or prior to the assignment of a hearing date.

[22] However, the plaintiffs still argue that as the certification rule (rule 334.16) requires that only a judge may certify a proceeding as a class proceeding and then only if a number of criteria are met, the first of which being that “the pleadings disclose a reasonable cause of action” (paragraph 334.16(1)(a)) only a judge and not a prothonotary can determine if the pleadings disclose a reasonable cause of action. They argue that if a prothonotary determines on a rule 221 motion that the pleadings do or do not disclose a reasonable cause of action, the prothonotary has usurped the jurisdiction of the judge. Further, they argue that whether there is a reasonable cause of action should be determined at the certification stage before a judge and not on a preliminary motion such as that brought by the defendants here. Putting the issue another way, is a preliminary motion to strike under rule 221 incompatible with the class proceeding rules?

**385.** (1) Sauf directives contraires de la Cour, le juge responsable de la gestion de l’instance ou le protonotaire visé à l’alinéa 383c) tranche toutes les questions qui sont soulevées avant l’instruction de l’instance à gestion spéciale et peut :

a) donner toute directive nécessaire pour permettre d’apporter une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible;

b) sans égard aux délais prévus par les présentes règles, fixer les délais applicables aux mesures à entreprendre subséquemment dans l’instance;

c) organiser et tenir les conférences de règlement des litiges et les conférences préparatoires à l’instruction qu’il estime nécessaires;

d) sous réserve du paragraphe 50(1), entendre les requêtes présentées avant que la date d’instruction soit fixée et statuer sur celles-ci. [Non souligné dans l’original.]

[21] Ainsi, le protonotaire affecté, en vertu de l’alinéa 383b) [mod. par DORS/2004-283, art. 22; 2007-214, art. 2] des Règles, à titre de juge responsable de la gestion d’une instance est habilité, sous réserve des exceptions du paragraphe 50(1) des Règles, à statuer sur toute question soulevée avant le procès ou avant la fixation d’une date d’audience.

[22] Cependant, les demandeurs soutiennent encore que, puisque la règle 334.16, qui concerne l’autorisation d’une instance comme recours collectif, dispose que seul un juge peut autoriser une instance comme recours collectif, et uniquement si plusieurs conditions sont réunies, la première étant que « les actes de procédure révèlent une cause d’action valable » (alinéa 334.16(1)a)), seul un juge, et non un protonotaire, peut dire si les actes de procédure révèlent une cause d’action valable. Ils font valoir que, si un protonotaire saisi d’une requête selon la règle 221 dit que les actes de procédure révèlent ou ne révèlent pas une cause d’action valable, il a usurpé la compétence du juge. Ils font aussi valoir que le point de savoir s’il y a ou non cause d’action valable devrait être décidé au stade de l’autorisation, devant un juge, et non au stade d’une requête préliminaire comme celle qui est présentée ici par les défendeurs. Autrement dit, une requête préliminaire en radiation présentée en vertu de la règle 221 est-elle incompatible avec les règles relatives aux recours collectifs?

[23] The simple answer is no. The interpretation urged by the plaintiffs strains the practice and procedure relating to actions found in the Rules. The class proceedings rules simply establish a comprehensive procedural code for the conduct of a class proceeding within the context of the Rules as a whole. They do not oust the rights of defendants to strike a statement of claim on any of the enumerated grounds found in rule 221. It makes no sense that a proposed class proceeding action cannot be struck down until the certification motion. To give this interpretation legitimacy is to undermine the ability of the Court to control its process and strike out proceedings that do not meet the requirements of pleading a proper cause of action or striking abusive, or frivolous and vexatious proceedings.

[24] Finally, if any additional support is required for the proposition that motions to strike may be brought prior to the certification hearing, Justice Hugessen in *Always Travel Inc. v. Air Canada*, 2003 FCT 212 implicitly observed that preliminary motions to strike are available to parties prior to certification. In that case, Justice Hugessen, as the case management Judge, made an order requiring the parties to file all preliminary motions by a certain date. The only motion brought was for an extension of time for filing statements of defence.

[25] The issue in the case was whether the defendants could delay filing their statements of defence until after the certification hearing. Justice Hugessen determined that it was an appropriate case in which to grant that order, relying in part on rule 385. However, in the course of his reasons, Justice Hugessen noted that because the only motion brought was for an extension of time in accordance with his prior order [at paragraph 5], “the defendants are now in my view foreclosed from bringing any further preliminary motions, and therefore may not now move to strike all or any part of the amended statement of claim, they may still argue on the return of the motion for certification that no cause of action is shown or that some alleged causes of action are not proper causes of action.”

[23] La réponse est tout simplement négative. L'interprétation préconisée par les demandeurs étire la pratique et la procédure exposées dans les Règles en ce qui concerne les actions. Les règles relatives aux recours collectifs constituent simplement un code général de procédure régissant la conduite d'un recours collectif dans le contexte tout entier des Règles. Elles n'excluent pas le droit des défendeurs de faire radier une déclaration pour l'un quelconque des motifs énumérés à la règle 221. Il n'est pas logique qu'un recours collectif envisagé ne puisse être radié qu'au stade de la requête en autorisation. Admettre une telle interprétation reviendrait à miner l'aptitude de la Cour à contrôler sa procédure et à radier les instances où n'est pas alléguée une cause d'action valable, ou les instances abusives, frivoles ou vexatoires.

[24] Finalement, s'il faut asseoir davantage l'idée selon laquelle une requête en radiation peut être déposée avant l'audition de la requête en autorisation, alors le juge Hugessen faisait implicitement observer, dans la décision *Always Travel Inc. c. Air Canada*, 2003 CFPI 212, qu'une partie est à même de déposer une requête préliminaire en radiation avant l'audition de la requête en autorisation. Dans ce précédent, le juge Hugessen, juge responsable de la gestion de l'instance, a rendu une ordonnance obligeant les parties à déposer avant une certaine date toutes les requêtes préliminaires. L'unique requête déposée était une requête en prorogation du délai de dépôt des défenses.

[25] Le point qu'il devait décider dans cette affaire était de savoir si les défendeurs pouvaient différer le dépôt de leurs défenses jusqu'après l'audition de la requête en autorisation. Le juge Hugessen a estimé, se fondant en partie sur la règle 385, que l'affaire justifiait l'octroi de l'ordonnance demandée. Toutefois, dans ses motifs, il a relevé que, puisque l'unique requête présentée était une requête en prorogation de délai présentée conformément à son ordonnance antérieure [au paragraphe 5] « je [suis] d'avis que [les défenderesses] sont maintenant irrecevables à présenter d'autres requêtes préliminaires et ne peuvent donc plus déposer de requête en vue d'obtenir la radiation de tout ou partie de la déclaration modifiée, [mais] les défenderesses peuvent néanmoins faire valoir lors de la présentation de la requête en autorisation de l'action comme recours collectif qu'aucune cause d'action n'a été établie ou que certaines causes d'action alléguées ne sont pas valables ».

[26] Thus, a motion to strike the claim pursuant to rule 221 may be brought prior to certification. As a prothonotary may now be appointed a case management judge in a specially managed proceeding (paragraph 383(b) of the Rules) and is empowered under the Rules to deal with any motion not excluded by rule 50, a prothonotary has the jurisdiction to hear a motion to strike a class proceeding under the Rules.

#### ORDER

THIS COURT ORDERS that:

1. The preliminary objection to the jurisdiction of a prothonotary to hear and decide motions to strike a proposed class proceeding is dismissed.
2. Counsel for the defendants shall consult with counsel for the plaintiffs and advise the Court within 10 days of the date of this order of mutually convenient dates for the hearing of the defendants' motion on the merits, failing which a case conference shall be arranged to fix a date for the hearing.

[26] Une requête en radiation de la déclaration peut donc être présentée, en application de la règle 221, avant l'audition de la requête en autorisation. Puisqu'un protonotaire peut maintenant être nommé juge chargé de la gestion de l'instance dans une instance à gestion spéciale (alinéa 383b) des Règles et qu'il est habilité en vertu des Règles à statuer sur toute requête non énumérée dans les exceptions de la règle 50, il a le pouvoir de statuer sur une requête en radiation d'un recours collectif déposée en application des Règles.

#### ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE :

1. L'exception préliminaire selon laquelle le protonotaire n'aurait pas compétence pour statuer sur une requête en radiation d'un recours collectif envisagé est rejetée.
2. L'avocat des défendeurs consultera l'avocat des demandeurs et indiquera à la Cour, dans un délai de 10 jours après la date de la présente ordonnance, les dates convenant aux deux parties pour l'audition de la requête des défendeurs au fond, à défaut de quoi sera tenue une conférence au cours de laquelle sera fixée la date de l'audition.

IMM-5015-06  
2008 FC 7

IMM-5015-06  
2008 CF 7

**Alan Hinton and Irina Hinton** (*Applicants*)

**Alan Hinton et Irina Hinton** (*demandeurs*)

v.

c.

**The Minister of Citizenship and Immigration**  
(*Respondent*)

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

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

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

Federal Court, Harrington J.—Vancouver, November 21, 2007; Ottawa, January, 4, 2008.

Cour fédérale, juge Harrington—Vancouver, 21 novembre 2007; Ottawa, 4 janvier 2008.

*Practice — Class Actions — Motion to have application for judicial review treated as action under Federal Courts Act, s. 18.4(2), certified as class action under Federal Courts Rules, r. 299.11 — Applicants seeking leave, judicial review of decision by Minister of Citizenship and Immigration charging \$75 for determination of application for sponsorship — Under Rules, judicial review may be treated as action, certified as class action — Five-part test for certification of proposed class action established under r. 299.18(1), reviewed — Validity of Immigration and Refugee Protection Regulations not pure point of law, as invalid only if Crown made profit — Issue better determined by action — Applicants fairly, adequately representing interests of class — Standard for class action met — Judicial economy, access to justice easier, more economical — Motion allowed, questions certified.*

*Pratique — Recours collectifs — Requête visant à faire instruire une demande de contrôle judiciaire comme une action en application de l'art. 18.4(2) de la Loi sur les Cours fédérales et à autoriser cette action comme recours collectif en vertu de la règle 299.11 des Règles des Cours fédérales — Les demandeurs ont présenté une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire de la décision du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration de facturer 75 \$ en vue du traitement d'une demande de parrainage — Selon les Règles, le contrôle judiciaire peut être instruit comme une action et cette action peut être autorisée comme recours collectif — Examen du critère en cinq volets pour autoriser le recours collectif envisagé en vertu de la règle 299.18(1) — La validité du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés ne peut être jugée uniquement comme une question de droit puisque le Règlement ne sera jugé invalide que si Sa Majesté a fait un profit — La meilleure façon de trancher cette affaire est par une action — Les demandeurs représenteraient de façon équitable et appropriée les intérêts du groupe — Le critère applicable au recours collectif a été respecté — Des économies sur le plan judiciaire seront réalisées et l'accès à la justice sera facilité et plus économique — Requête accueillie, questions certifiées.*

This was a motion to have an application for judicial review treated as an action under subsection 18.4(2) of the *Federal Courts Act* and certified as a class action pursuant to rule 299.11 of the *Federal Court Rules*. The applicants applied for leave and for judicial review of a decision by the Minister of Citizenship and Immigration charging the applicant Alan Hinton \$75 for the determination of an application for sponsorship of his wife, pursuant to subsection 304(1) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*. According to the Minister, none of the conditions which justify a class action as laid down in rule 299.18 has been met. It was also submitted that a motion to treat a judicial review as a certified class action cannot serve as the basis to question fees which are not the subject of the original application for judicial review.

Il s'agissait d'une requête visant à faire instruire une demande de contrôle judiciaire comme une action en application du paragraphe 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* et à autoriser cette action comme recours collectif en vertu de la règle 299.11 des *Règles des Cours fédérales*. Les demandeurs ont présenté une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire d'une décision du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration de facturer 75 \$ au demandeur Alan Hinton en vue du traitement de la demande de parrainage de son épouse en vertu du paragraphe 304(1) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Selon le ministre, aucune des conditions d'autorisation d'un recours collectif énumérées à la règle 299.18 n'a été remplie. Il a aussi soutenu que la requête visant à faire instruire un contrôle judiciaire comme un recours collectif ne

*Held*, the motion should be allowed.

Subsection 19(2) of the *Financial Administration Act* provides that “fees and charges for a service ... may not exceed the cost to Her Majesty”. Under rule 302 of the *Federal Courts Rules*, the application for judicial review herein had to be limited to the single decision which directly affected the applicants. If rule 299.11 has any meaning, a converted judicial review which has been certified as a class action must call into question more than one decision. The main issue was whether the standard for a class action has been met.

Subsection 299.18(1) of the *Federal Courts Rules* establishes a five-part test for certification of an action as a class action. First, the pleadings must disclose a reasonable cause of action, one that is not plainly and obviously deficient. There was a reasonable cause of action in this case. Second, there must be an identifiable class of two or more persons. There was clearly a class of two or more persons. Third, the claims of the class members must raise common questions of law or fact, whether or not those common questions predominate over questions affecting only individual members. The common question of fact was whether the fees and charges for the service exceeded the cost to Her Majesty in right of Canada of providing the service to the plaintiff class. If so, the common question of law was whether the plaintiff class was entitled to recovery. This part of the test was also met. Fourth, a class action must be the preferable procedure for the fair and efficient resolution of the common questions of law or fact. Subsection 299.18(2) of the Rules requires certain matters to be considered in concluding whether a class action is the preferable procedure. The crux of the matter is found in paragraphs 299.18(2)(d): “other means of resolving the claims are less practical or less efficient” and (e): “the administration of the class action would create greater difficulties than those likely to be experienced if relief were sought by other means”. The fundamental point was that the validity of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* cannot be determined purely as a point of law. The Regulations are only invalid, or not fully enforceable, if Her Majesty made a profit. This is essentially a question of fact on which the Court will need the benefit of expert testimony. The best way to get to the bottom of things is by an action. Without a class action, the Court could theoretically be faced with millions of applications for extension of time and applications for leave. In an application for judicial review, the respondent may decide not to put in affidavits, and in any event may be selective in terms of the documentation produced and as to the matters deposed on affidavit. In an action, on the other hand, a party is required to issue an affidavit of documents identifying all the documents in its possession, custody and control that touch upon an issue,

peut servir de fondement à une remise en cause de frais non contestés dans la demande de contrôle judiciaire initiale.

*Jugement* : la requête doit être accueillie.

Le paragraphe 19(2) de la *Loi sur la gestion des finances publiques* dispose que « [l]e prix fixé [...] ne peut excéder les coûts supportés par Sa Majesté [...] pour la prestation des services ». Selon la règle 302 des *Règles des Cours fédérales*, la demande de contrôle judiciaire en l’espèce ne devait porter que sur la décision qui touchait directement les demandeurs. Pour que la règle 299.11 garde tout son sens, un contrôle judiciaire converti en action qui est elle-même autorisée comme recours collectif doit remettre en question plus d’une décision. La principale question litigieuse était de savoir si le critère applicable au recours collectif avait été respecté.

Le paragraphe 299.18(1) des *Règles des Cours fédérales* prévoit un critère en cinq volets pour autoriser une action comme recours collectif. D’abord, les actes de procédure doivent faire état d’une cause d’action valable, qui n’est pas viciée de façon évidente ou manifeste. Il y avait une cause d’action valable en l’espèce. Deuxièmement, il doit y avoir un groupe identifiable d’au moins deux personnes. Il y avait clairement un groupe d’au moins deux personnes. Troisièmement, les réclamations des membres du groupe doivent soulever des points de droit ou de fait collectifs, que ces points collectifs prédominent ou non sur ceux qui ne concernent que certains membres. Le point de fait collectif était de savoir si les frais de service ont excédé le coût supporté par Sa Majesté du chef du Canada pour fournir les services au groupe demandeur. Dans l’affirmative, le point de droit collectif était de savoir si le groupe demandeur avait droit à un recouvrement. Cette partie du critère a aussi été remplie. Quatrièmement, un recours collectif doit être le meilleur moyen de régler de façon équitable et efficace les points de droit ou de fait collectifs. Le paragraphe 299.18(2) des Règles exige qu’on tienne compte de certaines questions lorsqu’on doit juger si le recours collectif est le meilleur moyen de régler l’affaire. Le nœud de l’affaire se trouve aux alinéas 299.18(2)(d): « l’aspect pratique ou l’efficacité des autres moyens de régler les réclamations » et e) « la question de savoir si la gestion du recours collectif créerait de plus grandes difficultés que l’adoption d’un autre moyen ». Le point crucial était que la validité du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés* ne peut être jugée uniquement comme une question de droit. Le Règlement sera jugé invalide, ou partiellement applicable, seulement si Sa Majesté a fait un profit. Il s’agit essentiellement d’une question de fait et, pour y répondre, la Cour aura besoin de témoignages d’experts. La meilleure façon de connaître les tenants et aboutissants de cette affaire est par une action. Sans le recours collectif, la Cour pourrait théoriquement devoir faire face à des millions de demandes de prorogation de délai et de demandes d’autorisation. Le défendeur peut décider, dans le cadre d’un contrôle judiciaire, de ne pas

not simply those which were before the decision maker. The Minister submitted that if the narrow platform of an ordinary judicial review is found insufficient, then the judicial review could be converted into an action. This proposal is far less practical and far less efficient than converting now and through case management cutting back if, as and when appropriate. The administration of a class action would not cause greater difficulties than if relief were sought by other means. Finally, the applicants would fairly and adequately represent the interests of the class. Their litigation plan sets out a workable method of advancing the action and notifying class members of how the proceeding is progressing. They do not have a conflict on the common questions of law or fact, and have provided a summary of the agreement regarding fees and disbursements.

The standard for a class action was met. There is judicial economy, access to justice is easier and more economical, and were it not for this form of action there would be little incentive to apply to the courts for redress because, if the applicants are right, individual loss is minor but the overall loss is substantial. Serious questions of general importance were certified. As this application for judicial review should be treated and proceeded with as an action, and certified as a class action, rule 299.19 provides for the contents of the order certifying such action.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20.  
*Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50, s. 1 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21).  
*Farm Income Protection Act*, S.C. 1991, c. 22.  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 17 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 3; 2002, c. 8, s. 25), 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26), 18.2 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 28), 18.4(2) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27), 28 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8; 2002, c. 8, s. 35).  
*Federal Courts Immigration and Refugee Protection Rules*, SOR/93-22 (as am. by SOR/2005-339, s. 1).  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 106, 299 (as am. by SOR/2006-219, s. 9), 299.1 (as enacted by SOR/2002-417, s. 17), 299.11 (as enacted *idem*), 299.18 (as enacted *idem*),

déposer d'affidavits, et, de toute façon, il peut être sélectif concernant les documents déposés et les faits que renferme l'affidavit. Dans une action, par contre, chaque partie doit déposer un affidavit de documents qui renferme la liste de tous les documents qu'elle a en sa possession ou qui sont sous son autorité ou sous sa garde et qui touchent une question en litige, et non seulement les documents dont disposait le décideur. Le ministre soutenait que s'il s'avérait que le cadre restreint du contrôle judiciaire soit jugé insuffisant, alors ce contrôle judiciaire pourrait être converti en action. Cette proposition est beaucoup moins pratique et efficace que de convertir le contrôle judiciaire en action maintenant et, au besoin, d'élaguer au moyen de la gestion d'instance. La gestion du recours collectif ne causerait pas plus de problèmes que si on tentait d'obtenir une réparation d'une autre façon. Enfin, les demandeurs représenteraient les intérêts du groupe de façon équitable et appropriée. Leur plan de déroulement de l'instance établit une méthode réaliste pour la poursuite de l'action et pour l'information des membres du groupe quant au déroulement de l'instance. Ils n'ont pas de conflit d'intérêts quant aux points de droit ou de fait collectifs, et ils ont communiqué un sommaire des ententes relatives aux honoraires et aux débours.

Le critère applicable au recours collectif a été respecté. Des économies seront réalisées sur le plan judiciaire, l'accès à la justice sera facilité et plus économique et, sans ce type de recours, il n'y aurait guère d'avantage à présenter des demandes de réparation aux tribunaux, étant donné que, si les demandeurs ont raison, les pertes individuelles sont minimes, mais les pertes globales sont importantes. Des questions graves de portée générale ont été certifiées. Comme la demande de contrôle judiciaire en l'espèce doit être instruite comme s'il s'agissait d'une action, la règle 299.19 prévoit le contenu de l'ordonnance qui autorise cette action.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11, art. 19(1a) (mod. par L.C. 1991, ch. 24, art. 6), (2) (mod., *idem*), 19.1a) (édicte, *idem*), 20(2).  
*Loi sur la protection du revenu agricole*, L.C. 1991, ch. 22.  
*Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 1 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21).  
*Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20.  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 17 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 3; 2002, ch. 8, art. 25), 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26), 18.2 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 28), 18.4(2) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27), 28 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8; 2002, ch. 8, art. 35).  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2.



299.19 (as enacted *idem*), 299.34 (as enacted *idem*), 299.41 (as enacted *idem*), 302, 313, 316.  
*Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11, s. 19(1)(a) (as am. by S.C. 1991, c. 24, s. 6), (2) (as am. *idem*), 19.1(a) (as enacted *idem*), 20(2).  
*Fishery (General) Regulations*, SOR/93-53.  
*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2.  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 5(1), 72 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194), 74(d).  
*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, s. 304(1).  
*Marine Mammal Regulations*, SOR/93-56.

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 5(1), 72 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194), 74d).  
*Règlement de pêche (dispositions générales)*, DORS/93-53.  
*Règlement sur les mammifères marins*, DORS/93-56.  
*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 304(1).  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 106, 299 (mod. par DORS/2006-219, art. 9), 299.1 (éditée par DORS/2002-417, art. 17), 299.11 (éditée, *idem*), 299.18 (éditée, *idem*), 299.19 (éditée, *idem*), 299.34 (éditée, *idem*), 299.41 (éditée, *idem*), 302, 313, 316.  
*Règles des Cours fédérales en matière d'immigration et de protection des réfugiés*, DORS/93-22 (mod. par DORS/2005-339, art. 1).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Tihomirovs v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] 2 F.C.R. 531; (2005), 31 Admin. L.R. (4th) 257; 49 Imm. L.R. (3d) 163; 339 N.R. 210; 2005 FCA 308.

##### DISTINGUISHED:

*Tihomirovs v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] 4 F.C.R. 341; (2006), 43 Admin. L.R. (4th) 139; 287 F.T.R. 71; 53 Imm. L.R. (3d) 236; 2006 FC 197; *Cassano v. Toronto-Dominion Bank* (2007), 87 O.R. (3d) 401; 47 C.P.C. (6th) 209; 230 O.A.C. 224; 2007 ONCA 781.

##### CONSIDERED:

*Canada v. Grenier*, [2006] 2 F.C.R. 287; (2005), 262 D.L.R. (4th) 337; 344 N.R. 102; 2005 FCA 348; *Momi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 2 F.C.R. 291; (2006), 293 F.T.R. 133; 55 Imm. L.R. (3d) 133; 2006 FC 738; *Augustawestland International Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)* (2006), 307 F.T.R. 62; 2006 FC 767; *Augustawestland International Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)* (2006), 303 F.T.R. 209; 2006 FC 1371; *Genge v. Canada (Attorney General)* (2007), 285 D.L.R. (4th) 259; 270 Nfld. & P.E.I.R. 182 (N.L.C.A.); *Sander Holdings Ltd. v. Canada (Minister of Agriculture)* (2006), 289 F.T.R. 221; 2006 FC 327; affd (2007), 370 N.R. 274; 2007 FCA 322; *Cassano v. Toronto-Dominion Bank* (2005), 9 C.P.C. (6th) 291 (Ont. S.C.J.).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION APPLIQUÉE :

*Tihomirovs c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] 2 R.C.F. 531; 2005 CAF 308.

##### DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

*Tihomirovs c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] 4 R.C.F. 341; 2006 CF 197; *Cassano v. Toronto-Dominion Bank* (2007), 87 O.R. (3d) 401; 47 C.P.C. (6th) 209; 230 O.A.C. 224; 2007 ONCA 781.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Canada c. Grenier*, [2006] 2 R.C.F. 287; 2005 CAF 348; *Momi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 2 R.C.F. 291; 2006 CF 738; *Augustawestland International Ltd. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, 2006 CF 767; *Augustawestland International Ltd. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, 2006 CF 1371; *Genge v. Canada (Attorney General)* (2007), 285 D.L.R. (4th) 259; 270 Nfld. & P.E.I.R. 182 (C.A. T.-N.-L.); *Sander Holdings Ltd. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)*, 2006 CF 327; conf. par 2007 CAF 322; *Cassano v. Toronto-Dominion Bank* (2005), 9 C.P.C. (6th) 291 (C.S.J. Ont.).

## REFERRED TO:

*Canada c. Capobianco*, 2005 QCCA 209; *Saskatchewan Wheat Pool v. Canada (Attorney General)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 190; 17 Admin. L.R. (2d) 243; 67 F.T.R. 98 (F.C.T.D.); *Saskatchewan Wheat Pool v. Canada (Attorney General)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 63; 113 Sask. R. 99; 17 Admin. L.R. (2d) 236 (C.A.); *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, [2001] 2 S.C.R. 534; (2000), 286 A.R. 201; 201 D.L.R. (4th) 385; [2002] 1 W.W.R. 1; 94 Alta. L.R. (3d) 1; 8 C.P.C. (5th) 1; 272 N.R. 135; 2001 SCC 46; *Le Corre v. Canada (Attorney General)* (2005), 347 N.R. 126; 2005 FCA 127; *Bisaillon v. Concordia University*, [2006] 1 S.C.R. 666; (2006), 266 D.L.R. (4th) 542; [2006] CLLC 220-033; 51 C.C.P.B. 163; 149 L.A.C. (4th) 225; 348 N.R. 201; 2006 SCC 19.

MOTION to have an application for judicial review treated as and proceeded with as an action under subsection 18.4(2) of the *Federal Courts Act*, and certified as a class action under rule 299.11 of the *Federal Courts Rules*. Motion allowed, questions certified.

## APPEARANCES:

*Lorne Waldman* and *Gerry A. Cuttler* for applicants.

*Marie-Louise Wcislo* and *Lorne McClenaghan* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Waldman & Associates*, Toronto, for applicants.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] HARRINGTON J.: This is the sequel to *Momi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 2 F.C.R. 291 (F.C.). *Momi* is a proposed class action taken by 11 plaintiffs on their own behalf as well as on behalf of literally millions of others who applied for and paid processing fees with respect to various immigration visas. They seek a partial refund on the basis that Her

## DÉCISIONS CITÉES :

*Canada c. Capobianco*, 2005 QCCA 209; *Saskatchewan Wheat Pool c. Canada (Procureur général)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 190; 17 Admin. L.R. (2d) 243; 67 F.T.R. 98 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Saskatchewan Wheat Pool v. Canada (Attorney General)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 63; 113 Sask. R. 99; 17 Admin. L.R. (2d) 236 (C.A.); *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, [2001] 2 R.C.S. 534; 2001 CSC 46; *Le Corre c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 127; *Bisaillon c. Université Concordia*, [2006] 1 R.C.S. 666; 2006 CSC 19.

REQUÊTE visant à faire instruire une demande de contrôle judiciaire comme une action en application du paragraphe 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* et à autoriser cette action comme recours collectif en vertu de la règle 299.11 des *Règles des Cours fédérales*. Requête accueillie, questions certifiées.

## ONT COMPARU :

*Lorne Waldman* et *Gerry A. Cuttler* pour les demandeurs.

*Marie-Louise Wcislo* et *Lorne McClenaghan* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Waldman & Associates*, Toronto, pour les demandeurs.

*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE HARRINGTON : Il s'agit de la suite de la décision *Momi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 2 R.C.F. 291 (C.F.). L'affaire *Momi* est un recours collectif envisagé par 11 demandeurs pour leur propre compte et au nom de millions d'autres personnes qui ont présenté diverses demandes de visa et déboursé les frais de traitement y

Majesty made a profit on the service, contrary to the restraints of the *Financial Administration Act* [R.S.C., 1985, c. F-11]. They calculate the excess payments to be more than \$700 million dollars.

[2] Were it not for the decision of the Federal Court of Appeal in *Canada v. Grenier*, [2006] 2 F.C.R. 287, I would have certified *Momi* as a class action. *Grenier* held that challenges to decisions of federal boards and tribunals must be by way of judicial review, rather than by action. The fees in question are found in regulations enacted by Her Excellency the Governor General in Council. As it has been held that such statutory instruments are decisions of a federal board or tribunal, I held the *Momi* action was premature, and stayed it.

[3] Alan and Irina Hinton were prepared to act as the representative plaintiffs in *Momi*, which is one of the requirements of a class action. Taking *Momi* to heart, they applied for leave and for judicial review of the decision of Citizenship and Immigration Canada dated on or about May 30, 2003 whereby the Minister charged and Alan Hinton paid \$75 to the Receiver General of Canada for the determination of an application for sponsorship of his wife, Irina, the whole pursuant to subsection 304(1) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* [SOR/2002-227].

[4] Although the application was out of time (it should have been taken within either 15 or 30 days), the Court extended the delays and granted leave. The Hintons have now moved that their application for judicial review be treated as and proceeded with as an action, as permitted by subsection 18.4(2) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act* [R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. *idem*, s. 14)] and that it be certified as a class action pursuant to rule 299.11 [as enacted by SOR/2002-417, s. 17] of the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)]. This is the very approach recommended by the Federal Court of Appeal in *Tihomirovs v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] 2 F.C.R. 531.

afférents. Ils cherchent à obtenir un remboursement partiel au motif que Sa Majesté a tiré un profit du service, et ce, en contravention des restrictions imposées par la *Loi sur la gestion des finances publiques* [L.R.C. (1985), ch. F-11]. Ils calculent que les paiements excédentaires s'élèvent à plus de 700 millions de dollars.

[2] Si ce n'était de l'arrêt *Canada c. Grenier*, [2006] 2 R.C.F. 287, rendu par la Cour d'appel fédérale, j'aurais autorisé un recours collectif dans l'affaire *Momi*. La Cour d'appel a jugé dans l'arrêt *Grenier* que les décisions des offices fédéraux doivent être contestées par voie de contrôle judiciaire plutôt que par voie d'action. Les frais en question sont établis dans des règlements pris par Son Excellence la gouverneure générale en conseil. Étant donné qu'il a été jugé que de tels textes réglementaires constituent des décisions d'offices fédéraux, j'ai conclu que l'action présentée dans l'affaire *Momi* était prématurée et je l'ai suspendue.

[3] Alan et Irina Hinton étaient prêts à agir en qualité de représentants demandeurs dans l'affaire *Momi*, ce qui constitue l'une des conditions d'autorisation du recours collectif. Prenant l'affaire *Momi* à cœur, ils ont présenté une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire d'une décision de Citoyenneté et Immigration Canada rendue le 30 mai 2003, dans laquelle le ministre a facturé 75 \$ à Alan Hinton, montant qu'il a payé au receveur général du Canada, en vue du traitement de la demande de parrainage de son épouse, Irina, le tout en vertu du paragraphe 304(1) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* [DORS/2002-227].

[4] Bien que la demande fût prescrite (elle aurait dû être présentée dans les 15 ou 30 jours de la décision), la Cour a prorogé le délai et a accordé l'autorisation. Les Hinton veulent maintenant que leur demande de contrôle judiciaire soit instruite comme s'il s'agissait d'une action, comme le permet le paragraphe 18.4(2) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales* [L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod., *idem*, art. 14)], et que cette action soit autorisée comme recours collectif en vertu de la règle 299.11 [édicte par DORS/2002-417, art. 17] des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)] (les Règles). Il s'agit de la démarche recommandée par la Cour d'appel fédérale

[5] The Minister opposes both aspects of the motion. She submits that the judicial review should not be treated as an action and failing that, should not be certified as a class action. In her view, none of the conditions which justify a class action as laid down in rule 299.18 [as enacted by SOR/2002-417, s. 17] has been met.

[6] The history and benefits of class actions were reviewed in *Momi* and need not be repeated. We can proceed directly to the conditions of certification required under rule 299.18, i.e. a reasonable cause of action, an identifiable class, common questions, preferred procedure and a representative plaintiff. Although the Minister argues that the Hintons do not meet any of the required conditions, she has two overarching submissions which percolate into all five of the conditions. I think it better to deal with them at the outset. The first is that in light of *Grenier*, the motion is still premature. The second is that the proposed certification unduly expands what is in issue. The application for judicial review only puts the validity of one fee, the spousal sponsorship fee, in issue, while the motion before me puts more than 40 fees in issue.

#### Grenier Revisited

[7] Grenier was an inmate whose behaviour was perceived as a threat to a corrections officer. He was found guilty of a disciplinary offence and sentenced to 14 days' segregation. On the eve of the third anniversary of the decision he took an action in damages in this Court. The validity of the *Corrections and Conditional Release Act* [S.C. 1992, c. 20] and the regulations thereunder were not challenged. The question considered by Mr. Justice Létourneau, speaking for the Federal Court of Appeal, was whether it was necessary for Mr. Grenier "to attack the administrative segregation decision of the institutional head by way of judicial review before bringing an action in damages" (at paragraph 12).

dans l'arrêt *Tihomirovs c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] 2 R.C.F. 531.

[5] La ministre conteste les deux aspects de la requête. Elle soutient que le contrôle judiciaire ne devrait pas être instruit en tant qu'action et que, subsidiairement, l'action ne devrait pas être autorisée comme recours collectif. À son avis, aucune des conditions d'autorisation d'un recours collectif énumérées à la règle 299.18 [éditée par DORS/2002-417, art. 17] n'est remplie.

[6] L'historique et les avantages du recours collectif ont été examinés dans la décision *Momi* et il n'est pas nécessaire d'y revenir. Nous pouvons aller de l'avant sans tarder et traiter des conditions d'autorisation prévues à la règle 299.18, c'est-à-dire la présence d'une cause d'action valable, d'un groupe identifiable, de points de droit ou de fait collectifs, d'un représentant demandeur, de même que le fait que le recours collectif est le meilleur moyen de régler l'affaire. Bien qu'elle soutienne que les Hinton ne remplissent aucune des conditions nécessaires, la ministre met de l'avant deux arguments principaux qui englobent les cinq conditions. Je pense qu'il est préférable d'analyser ces arguments dès maintenant. Le premier argument est que, eu égard à l'arrêt *Grenier*, la requête est encore prématurée. Le second argument est que l'autorisation demandée élargit de façon exagérée ce qui fait l'objet du contrôle judiciaire, soit la validité d'un seul type de frais demandé, celui relatif au parrainage par l'époux, alors que la requête dont je suis saisi en énumère plus de 40.

#### L'arrêt Grenier revisité

[7] M. Grenier était un prisonnier dont le comportement avait été perçu comme étant une menace pour une agente de correction. Il avait été déclaré coupable d'une infraction disciplinaire et condamné à une peine de 14 jours d'isolement préventif. Juste avant le troisième anniversaire de la décision, il avait déposé une action en dommages-intérêts en Cour fédérale. La validité de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* [L.C. 1992, ch. 20] et des règlements en découlant n'avait pas été contestée. La question examinée au paragraphe 12 de l'arrêt par le juge Létourneau au nom de la Cour d'appel fédérale était de savoir si M. Grenier devait « attaquer par voie de

[8] He pointed out that under section 17 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 3; 2002, c. 8, s. 25] of the *Federal Courts Act*, the Federal Court and the provincial courts have concurrent jurisdiction to try actions in damages under the *Crown Liability and Proceedings Act* [R.S.C., 1985, c. C-50, s. 1 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21)]. However, judicial review is reserved to the exclusive jurisdiction of the Federal Court and the Federal Court of Appeal under sections 18 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26] and 28 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8; 2002, c. 8, s. 35] of the *Federal Courts Act*.

[9] The following passages of *Grenier*, at paragraphs 24 and 33 are most important:

In the interests of justice, equity and efficiency, subject to the exceptions in section 28..., Parliament assigned the exercise of reviewing the lawfulness of the decisions of federal agencies to a single court, the Federal Court. This review must be exercised under section 18, and only by filing an application for judicial review....

...

It is especially important not to allow a section 17 proceeding as a mechanism for reviewing the lawfulness of a federal agency's decision when this indirect challenge to the decision is used to obviate the mandatory provisions of subsection 18(3) of the *Federal Courts Act*.

[10] He noted that the Quebec Court of Appeal had already acknowledged the Federal Court's exclusive jurisdiction to rule on the legality of decisions of a federal tribunal by way of judicial review (*Canada c. Capobianco*, 2005 QCCA 209).

[11] Combining *Grenier* with the decisions of Mr. Justice Rothstein, as he then was, in *Saskatchewan Wheat Pool v. Canada (Attorney General)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 190 (F.C.T.D.), and the Saskatchewan Court of

contrôle judiciaire la décision du directeur relative à l'isolement préventif avant de procéder par action en dommages-intérêts ».

[8] Le juge Létourneau a souligné qu'aux termes de l'article 17 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 3; 2002, ch. 8, art. 25] de la *Loi sur les Cours fédérales*, la Cour fédérale et les cours provinciales ont compétence concurrente concernant les actions en dommages-intérêts intentées en vertu de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* [L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 1 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21)]. Cependant, la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale ont compétence exclusive pour connaître des demandes de contrôle judiciaire en application des articles 18 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26] et 28 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8; 2002, ch. 8, art. 35] de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[9] Les passages de l'arrêt *Grenier*, aux paragraphes 24 et 33, qui suivent sont des plus importants :

Par souci de justice, d'équité et d'efficacité, sous réserve des exceptions de l'article 28 [...] le Parlement a confié à une seule Cour, la Cour fédérale, l'exercice du contrôle de la légalité des décisions des organismes fédéraux. Ce contrôle doit s'exercer et s'exerce, aux termes de l'article 18, seulement par la présentation d'une demande de contrôle judiciaire [...]

[...]

Il est d'autant plus important de ne pas permettre un recours sous l'article 17 comme mécanisme de contrôle de la légalité d'une décision d'un organisme fédéral que cette procédure de contestation indirecte de la décision permet de contourner les dispositions impératives du paragraphe 18(3) de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[10] Le juge Létourneau a souligné que la Cour d'appel du Québec avait déjà reconnu la compétence exclusive de la Cour fédérale pour connaître des contestations de la légalité des décisions des offices fédéraux au moyen du contrôle judiciaire (*Canada c. Capobianco*, 2005 QCCA 209).

[11] En interprétant l'affaire *Grenier* de concert avec la décision *Saskatchewan Wheat Pool v. Canada (Procureur général)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 190 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), rendue par le juge Rothstein, maintenant juge

Appeal in *Saskatchewan Wheat Pool v. Canada (Attorney General)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 63, I held that by enacting the Regulations by Order in Council, the Governor General in Council was acting as a federal board, commission or tribunal, subject to the superintending power of this Court. Thus *Momi* could not commence as an action.

[12] The effect of *Grenier* was carefully considered by Mr. Justice Kelen in *Agustawestland International Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)* (2006), 307 F.T.R. 62 (F.C.T.D.), and again at [*Agustawestland International Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*] (2006), 303 F.T.R. 209. In the former, he “converted” an application for judicial review into an action. As he said in the latter decision, at paragraphs 26-27:

In my reasons for order dated June 15, 2006, [2006] F.C.J. No. 961, 2006 FC 767, I stated the following at paragraph 47:

In *Grenier v. Canada*, the Federal Court of Appeal held that a person cannot indirectly challenge the lawfulness of a decision, by way of an action for damages, that is subject to judicial review within 30 days after the decision is made pursuant to subsection 18.1(2) of the *Federal Courts Act*. I would add that subsection 18(3) of the *Federal Courts Act* provides that the remedies of judicial review may be obtained only on an application for judicial review under section 18.1. The *Grenier* case applies to administrative decisions which are generally subject to judicial review, not to acts by the Crown which are normally subject to legal actions for breach of contract or tort. For this reason, the plaintiff’s action in this case for breach of contract and for tort would not be barred if the plaintiff had not, as the plaintiff has, also commenced applications for judicial review over the same subject matter. [Footnotes omitted.]

I shall elaborate. *Grenier* provides that an action in damages arising out of a ministerial decision cannot precede the judicial review of the decision at issue. However, I disagree with the defendants’ submission that *Grenier* has the far-reaching effect of prohibiting an action in damages from proceeding *concurrently* with a judicial review. A review of the Court of Appeal’s policy reasons in *Grenier* for prohibiting collateral

à la Cour suprême du Canada, et avec l’arrêt *Saskatchewan Wheat Pool v. Canada (Attorney General)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 63, rendu par la Cour d’appel de la Saskatchewan, j’ai conclu que lorsque la gouverneure générale en conseil prend un règlement par décret, elle agit alors en qualité d’office fédéral subordonné au pouvoir de surveillance de la Cour. L’affaire *Momi* ne pouvait donc débiter par une action.

[12] L’effet de l’arrêt *Grenier* a fait l’objet d’un examen minutieux de la part du juge Kelen dans la décision *Agustawestland International Ltd. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, 2006 CF 767, et également dans la décision [*Agustawestland International Ltd. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*], 2006 CF 1371. Dans la première décision, il a « converti » une demande de contrôle judiciaire en action. Comme il l’a affirmé, aux paragraphes 26 et 27 de la seconde décision :

Dans les motifs de l’ordonnance que j’ai rendue le 15 juin 2006, 2006 CF 767, j’ai dit ce qui suit au paragraphe 47 :

Dans l’arrêt *Grenier c. Canada* [ . . . ] la Cour d’appel fédérale a déclaré qu’une personne ne pouvait remettre en cause indirectement, par voie d’une action en dommages-intérêts, la légalité d’une décision pouvant faire l’objet d’une demande de contrôle judiciaire dans les trente jours de son prononcé, ainsi que le prévoit le paragraphe 18.1(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*. J’ajouterais que le paragraphe 18(3) de la *Loi sur les Cours fédérales* dispose que les recours extraordinaires prévus aux paragraphes 18(1) ou (2) [*sic*] sont exercés exclusivement par présentation d’une demande de contrôle judiciaire. L’arrêt *Grenier* s’applique aux décisions administratives qui peuvent en principe faire l’objet d’un contrôle judiciaire, et non aux actes pour lesquels Sa Majesté peut normalement être poursuivie en justice pour inexécution de contrat ou au titre de sa responsabilité civile délictuelle. Pour cette raison, l’action contractuelle et délictuelle de la demanderesse ne serait pas irrecevable si la demanderesse n’avait pas, contrairement à ce qu’elle a fait, introduit une instance en contrôle judiciaire portant sur le même objet. [Renvoi omis.]

Je précise ma pensée. L’arrêt *Grenier* établit qu’une action en dommages-intérêts qui découle d’une décision ministérielle ne peut précéder le contrôle judiciaire de la décision en cause. Toutefois, je ne peux pas souscrire à l’argument des défendeurs selon lequel l’arrêt *Grenier* a pour conséquence importante d’interdire qu’une action en dommages-intérêts et un contrôle judiciaire se poursuivent simultanément. L’examen des

attacks leads me to conclude that the ratio of that judgment does not extend to the facts of this case.

[13] On reconsideration, I question whether *Grenier* was simply intended to be limited to administrative decisions or whether, as I thought, it also extended to regulations enacted by Order in Council.

[14] *Grenier* was not followed by the Newfoundland and Labrador Court of Appeal in *Genge v. Canada (Attorney General)* (2007), 270 Nfld. & P.E.I.R. 182. The Attorney General had moved to strike a statement of claim which alleged that a seal fishery area had been closed when in fact no such order had been issued under the *Marine Mammal Regulations* [SOR/93-56] and the *Fishery (General) Regulations* [SOR/93-53]. The action was for loss of revenue.

[15] At paragraph 34, Barry J.A. stated:

On the facts of *Grenier*, Létourneau J.A. concluded that the claim should properly be characterized as in essence a challenge to the authority of a warden to issue a segregation order in the circumstances. If the reasoning employed should be interpreted as going further in deciding that, as a matter of law, in every tort action regarding federal administrative action, judicial review is a prerequisite for the superior court of a province to have jurisdiction, however the essence of the claim should be properly characterized, I must disagree.

[16] In any event, nowhere is it stated in *Grenier* that a judicial review must run its ordinary course, before an action can be commenced. The Rules allow that a judicial review may be treated as an action and certified as a class action. Rule 299.11 is quite specific as is the decision of the Federal Court of Appeal in *Tihomirovs*, a decision in which Mr. Justice Létourneau also sat. I conclude that *Grenier* does not serve as a bar.

considérations de principe qu'a exposées la Cour d'appel dans l'arrêt *Grenier* pour interdire les contestations indirectes m'amène à conclure que le raisonnement qui sous-tend ce jugement ne s'étend pas aux faits de la présente espèce.

[13] À bien y penser, je me demande si l'on a voulu que l'arrêt *Grenier* soit retreint aux décisions administratives, ou bien, comme je le croyais, qu'il touche également aux règlements pris par décret.

[14] L'arrêt *Grenier* n'a pas été suivi par la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador dans l'arrêt *Genge v. Canada (Attorney General)* (2007), 270 Nfld. & P.E.I.R. 182. Le procureur général avait présenté une requête en radiation d'une déclaration, dans laquelle on alléguait qu'une zone de pêche de phoques avait été fermée alors qu'en fait aucun décret n'avait été pris en vertu du *Règlement sur les mammifères marins* [DORS/93-56] et du *Règlement de pêche (dispositions générales)* [DORS/93-53]. Il s'agissait d'une action en perte de revenu.

[15] Le juge Barry a affirmé ce qui suit, au paragraphe 34 :

[TRADUCTION] Au vu des faits de l'affaire *Grenier*, le juge Létourneau a conclu que l'objet de la demande devait être qualifié adéquatement comme étant essentiellement une contestation du pouvoir du directeur du pénitencier d'ordonner, dans les circonstances, l'isolement préventif. Si l'on doit donner une interprétation large à ce raisonnement et en venir à la conclusion qu'en droit toutes les actions en matière délictuelle concernant les actes de l'administration fédérale doivent d'abord faire l'objet d'un contrôle judiciaire avant que les cours supérieures des provinces aient compétence, encore faudrait-il qu'elles soient correctement qualifiées, je ne peux souscrire à ce raisonnement.

[16] Quoi qu'il en soit, nulle part dans l'arrêt *Grenier* il n'est affirmé qu'un contrôle judiciaire doit suivre son cours normal avant qu'une action soit intentée. Les Règles disposent qu'un contrôle judiciaire peut être instruit comme s'il s'agissait d'une action et que cette action peut être autorisée comme recours collectif. La règle 299.11 est très explicite à ce sujet tout comme l'arrêt *Tihomirovs*, rendu par la Cour d'appel fédérale, arrêt auquel a participé le juge Létourneau. Je conclus que l'arrêt *Grenier* ne constitue pas un obstacle.

## ONE FEE OR MANY FEES?

[17] The Hinton's application for judicial review, as it currently stands, is limited to the \$75 fee paid pursuant to subsection 304(1) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*. Prior to hearing this motion, the Court directed that a draft statement of claim in support of the proposed class action be filed. It puts into question some 43 types of visas, authorizations and extensions. Twenty-eight relate to regulations under the former *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2] and 15 under the current Regulations. The Minister submits that a motion to treat a judicial review as a certified class action cannot serve as the basis to question fees which are not the subject of the original application for judicial review. Indeed, since revenue and expenses are determined on an annual basis, it is possible that a profit was made on one fee, one year, but not in another. Given a six-year time bar, this could lead to 258 separate applications for leave and for judicial review, each then subject to motions for leave, extensions of time and to be treated as a class action.

[18] Although the Minister's proposition may have merit in the abstract, subsection 19(2) [as am. by S.C. 1991, c. 24, s. 6] of the *Financial Administration Act* provides that "[f]ees and charges for a service ... may not exceed the cost to Her Majesty". Notice the singular "service" and the plural "fees." As mentioned in *Momi*, the fee differential for different types of visas may well depend on the amount of time or labour required. There is no real basis at this stage for suggesting that each "fee" is a distinct "service."

[19] This case is a bit unusual in that the record comprises far more than the bare pleadings. The various motions are replete with affidavits, and contrary to the usual practice in immigration matters, permission was

## UN OU PLUS D'UN TYPE DE FRAIS ?

[17] La demande de contrôle judiciaire présentée par les Hinton, dans sa version actuelle, se limite aux frais de 75 \$ payés en application du paragraphe 304(1) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Avant de traiter de la présente requête, la Cour a ordonné qu'un projet de déclaration soit déposé en appui au recours collectif envisagé. Il remet en cause quelque 43 types de visas, d'autorisations et de prolongations, dont 28 se rapportent aux règlements pris sous le régime de l'ancienne *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2] et 15 sont rattachés au Règlement actuel. Le ministre soutient que la requête visant à faire instruire le contrôle judiciaire comme un recours collectif autorisé ne peut servir de fondement à une remise en cause de frais non contestés dans la demande de contrôle judiciaire initiale. En effet, étant donné que les revenus et les dépenses sont déterminés annuellement, il est possible qu'un type de frais ait généré un profit une année, sans que cela se soit reproduit une autre année. Compte tenu de la prescription de six ans, cela pourrait se traduire par 258 demandes d'autorisation et de contrôle judiciaire distinctes, chacune d'entre elle pouvant ensuite faire l'objet de requêtes en autorisation, en prorogation de délai et en conversion en recours collectif.

[18] Bien que l'argument du ministre puisse être bien fondé dans l'abstrait, le paragraphe 19(2) [mod. par L.C. 1991, ch. 24, art. 6] de la *Loi sur la gestion des finances publiques* dispose que « [l]e prix fixé [...] ne peut excéder les coûts supportés par Sa Majesté [...] pour la prestation des services ». Noter dans la version anglaise le singulier du mot « *service* » et le pluriel du mot « *fees* ». Comme je l'ai mentionné dans la décision *Momi*, l'écart entre les frais selon les différents types de visa peut très bien dépendre du temps et du travail nécessaires à leur traitement. Il n'y a aucun fondement véritable à ce stade-ci qui puisse donner à penser que chaque « *fee* » (type de frais) correspond à un « *service* » (service) distinct.

[19] La présente affaire est quelque peu inhabituelle en ce sens que le dossier renferme bien plus que les simples actes de procédure. Les affidavits abondent dans les différentes requêtes et, contrairement à la pratique en



granted to cross-examine before leave to commence the judicial review was granted. The motion to convert was supported by affidavit, and an affidavit was filed in reply.

[20] At its commencement, the Hinton's application for judicial review had to be limited to the single decision which directly affected them (rule 302). If rule 299.11 has any meaning, a converted judicial review which has been certified if it were a class action must call into question more than one decision. It appears that only one service is in issue. This is not to say that as the case develops, subclasses may have to be created with respect to specific fees.

#### The Five-Part Test for Certification

[21] The requirements of rule 299.18 were set out at paragraph 26 and following of *Momi*:

In *Western Canada [sic] Shopping Centres*, Chief Justice McLachlin recommended that it would be better if the skeletal rules of practice, then current in Alberta, were fleshed out. At that time, the *Federal Courts Rules* also lacked detail, leaving it to individual judges to deal with individual cases on an *ad hoc* basis. Specific class action rules, rule 299.1 and following, were added in 2002 [SOR/2002-417, s. 17]. The key is that a proposed class action must be certified before it can proceed on behalf of anyone other than the plaintiffs specifically named therein. The rest is detail.

#### (a) Reasonable cause of action

[22] In this context, a reasonable cause of action for the purposes of certification is one that is not plainly and obviously deficient (*Western Canadian Shopping Centers Inc. v. Dutton*, [2001] 2 S.C.R. 534 and *Le Corre v. Canada (Attorney General)* (2005), 347 N.R. 126 (F.C.A.)). Notwithstanding the Minister's comment that the remark was *obiter*, in *Tihomirovs*, above, Mr. Justice Rothstein pointed out that in the immigration context,

matière d'immigration, on a donné l'autorisation de contre-interroger, avant que l'autorisation de présenter une demande de contrôle judiciaire soit accordée. La requête en vue de faire convertir le contrôle judiciaire en action était appuyée par un affidavit, et un affidavit a été déposé en guise de réponse.

[20] Au tout début, selon la règle 302, la demande de contrôle judiciaire des Hinton ne devait porter que sur la décision qui les touchait directement. Pour que la règle 299.11 garde tout son sens, un contrôle judiciaire converti en action qui est elle-même autorisée comme recours collectif doit remettre en question plus d'une décision. Il semble que seulement un service pose un problème, ce qui n'empêche pas qu'à mesure que l'affaire évolue, on ne puisse pas créer des sous-groupes relativement à certains frais.

#### Le critère en cinq parties relatif à l'autorisation

[21] Aux paragraphes 26 et suivants de la décision *Momi*, je traite des conditions énumérées à la règle 299.18 :

Dans *Western Canada [sic] Shopping Centres*, précité, le juge en chef McLachlin a déclaré qu'il serait préférable d'étoffer les règles de pratique squelettiques en vigueur à cette époque en Alberta. À la même époque, les *Règles des Cours fédérales* étaient également peu détaillées, et laissaient au juge le soin de se prononcer de façon ponctuelle dans chaque affaire. Les règles relatives au recours collectif, la règle 299.1 et suivantes, ont été ajoutées en 2002 [DORS/2007-417, art. 17]. L'élément essentiel est qu'un recours collectif envisagé doit être autorisé avant que les demandeurs dont les noms sont expressément mentionnés dans la demande d'autorisation puissent poursuivre l'action pour le compte d'autres personnes. Le reste n'est que des détails accessoires.

#### a) Une cause valable d'action

[22] Dans le contexte d'une demande d'autorisation, une cause d'action est valable si elle n'est pas viciée de façon évidente ou manifeste (*Western Canadian Shopping Centers Inc. c. Dutton*, [2001] 2 R.C.S. 534, et *Le Corre c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 127). Je rappelle, en dépit du commentaire du ministre selon lequel l'observation était une opinion incidente, que le juge Rothstein a souligné dans l'arrêt *Tihomirovs*, précité,

leave must first be obtained before applying for judicial review. Leave is not given unless the Court considers there is a fairly arguable case. Furthermore, since the application was out of time, the Court also had to be satisfied the delay was justified and that the pleadings established a reasonable cause of action on the merits. There is a reasonable cause of action.

(b) Identifiable class

[23] It is clear that there is a class of two or more persons. The Minister's position is that there are 43 classes, or perhaps 258. However, as stated in *Momi*, all potential plaintiffs allege a systemic violation of subsection 19(2) of the *Financial Administration Act*. As the case may develop, it may become necessary to create subclasses. Furthermore, I would exclude from the overall class those who may face a six-year time-bar defence.

(c) Common questions of law or fact

[24] This test has been met. As mentioned above, the systemic violation of section 19(2) of the *Financial Administration Act* permeates throughout. Again, I acknowledge that some subclasses may have to be created if it is established that different fees were determined by way of different methodologies.

(d) Is a class action the preferable procedure?

[25] While not downplaying the Minister's other submissions, I think it accurate to say that the main objection rested on this point. The actual text of paragraph 299.18(1)(d) [of the Rules] provides "Subject to subsection (3), a judge shall certify an action as a class action if... (d) a class action is the preferable procedure for the fair and efficient resolution of the common questions of law or fact".

que dans le domaine de l'immigration, on doit d'abord obtenir une autorisation avant de présenter une demande de contrôle judiciaire. L'autorisation n'est accordée que si la Cour juge que la cause est raisonnablement défendable. De plus, étant donné que leur demande était présentée en dehors du délai prescrit, les demandeurs devaient également convaincre la Cour que le retard était justifié et que les actes de procédure établissaient une cause d'action valable sur le fond. Il y a une cause d'action valable en l'espèce.

b) L'existence d'un groupe identifiable

[23] Il y a clairement un groupe d'au moins deux personnes. La position du ministre est qu'il y a 43 groupes, si ce n'est 258. Cependant, comme je l'ai mentionné dans la décision *Momi*, tous les demandeurs éventuels allègueraient une violation systémique du paragraphe 19(2) de la *Loi sur la gestion des finances publiques*. Selon l'évolution de l'affaire, il se peut qu'il devienne nécessaire de créer des sous-groupes. De plus, j'exclurais de l'ensemble les demandeurs à qui la prescription de six ans pourrait être opposée en l'espèce.

c) Les points de droit ou de fait collectifs

[24] Cette partie du critère a été remplie. Comme je l'ai mentionné précédemment, la violation systémique du paragraphe 19(2) de la *Loi sur la gestion des finances publiques* est la toile de fond. Encore une fois, je reconnais qu'il faudra peut-être créer quelques sous-groupes s'il est prouvé que d'autres frais ont été déterminés par des méthodologies différentes.

d) Le recours collectif est-il le meilleur moyen de régler l'affaire?

[25] Sans nier la valeur des autres arguments du ministre, je crois qu'il est juste d'affirmer que son principal argument repose sur le point suivant. Le texte de l'alinéa 299.18(1)d des Règles dispose que « [s]ous réserve du paragraphe (3), le juge autorise une action comme recours collectif si [...] d) le recours collectif est le meilleur moyen de régler de façon équitable et efficace les points de droit ou de fait collectifs ».

[26] Subsection 299.18(2) [of the Rules] requires certain matters to be considered in concluding whether a class action is the preferable procedure. There are five such matters.

[27] The first is whether questions of law or fact common to the member of the class predominate over questions affecting individual members. Common questions predominate, as I will exclude from the class those individuals who may be facing a time-bar defence.

[28] The second is whether a significant number of the members of the class have a valid interest in individually controlling the prosecution of separate actions. The answer is clearly no. For instance, based on their calculations, the Hintons would only be entitled to a recovery of \$36.69. The costs will easily run into the hundreds of thousands of dollars.

[29] The third matter to be considered is whether the class action would involve claims that are or have been the subject of any other action. The Hintons have excluded those who have amicably resolved another dispute with the Minister. The only other individuals who were involved in other actions are the 10 individuals otherwise within the class who filed separate actions in 2001, actions which were either discontinued or dismissed for want of prosecution. I shall exclude them from the class.

[30] The crux of the matter is to be found in paragraphs 299.18(2)(d) and (e) [of the Rules]: “(d) other means of resolving the claims are less practical or less efficient; and (e) the administration of the class action would create greater difficulties than those likely to be experienced if relief were sought by other means.”

[31] I am guided by the words of Mr. Justice Rothstein in *Tihomirovs*, above, at paragraphs 12 and 19:

I agree with the Minister that the intention of judicial review proceedings is to have public law matters decided in a summary manner. However, as I will explain, this is not a bar to conversion. It is just another consideration to be taken into account on the application for conversion.

[26] Le paragraphe 299.18(2) des Règles exige qu’on tienne compte de cinq facteurs lorsque l’on doit juger si le recours collectif est le meilleur moyen de régler l’affaire.

[27] Le premier facteur consiste à savoir si les points de droit ou de fait collectifs prédominent sur ceux qui ne concernent que certains membres. Les points de droit ou de fait collectifs prédominent puisque je vais exclure du groupe les personnes qui pourraient faire l’objet d’un moyen de défense fondé sur la prescription.

[28] Le deuxième facteur est le nombre de membres du groupe qui ont véritablement intérêt à poursuivre des actions séparées. La réponse est manifestement aucun. Par exemple, selon leur calcul, les Hinton auraient droit à un recouvrement de 36,69 \$. Les dépens s’élèveront facilement à hauteur de centaines de milliers de dollars.

[29] Le troisième facteur est la question de savoir si le recours collectif comprendrait des réclamations qui ont été ou qui sont l’objet d’autres actions. Les Hinton ont exclu les personnes qui ont réglé à l’amiable un autre litige avec le ministre. Les seules autres personnes qui étaient parties dans une autre action sont les 10 personnes qui, bien qu’elles fassent partie du groupe, ont déposé des actions séparées en 2001, lesquelles ont été soit interrompues, soit rejetées pour défaut de poursuivre. Ces personnes seront exclues du groupe.

[30] Le nœud de l’affaire se trouve aux alinéas 299.18(2)d) et e) [des Règles] respectivement : « d) l’aspect pratique ou l’efficacité des autres moyens de régler les réclamations; e) la question de savoir si la gestion du recours collectif créerait de plus grandes difficultés que l’adoption d’un autre moyen ».

[31] Je prends pour guide les propos du juge Rothstein dans l’arrêt *Tihomirovs*, précité, aux paragraphes 12 et 19 :

Je conviens avec le ministre que la procédure de contrôle judiciaire vise à régler de façon sommaire les questions de droit public. Toutefois, comme je l’expliquerai plus loin, il ne s’agit pas là d’un obstacle à la conversion. Il s’agit simplement d’un facteur supplémentaire dont il convient de tenir compte dans une telle demande.

...

To answer the Minister's concern that conversion for the purpose of certifying a class action defeats the purpose of judicial review, the question of the preferable procedure is a matter to be taken into account in the conversion/certification proceeding. The Court will look at the questions of practicality and efficiency and which procedure will provide the least difficulty for resolving the matter. For example, a multiplicity of judicial review proceedings, which a class action might avoid, might also be avoided if the parties agree to treat one judicial review as a test case for other judicial reviews dealing with the same issue. These and other considerations should allow the court to determine whether to grant conversion and certification.

[32] *Tihomirovs* was sent back to the Federal Court for reconsideration. The issue in that case was whether the applications for permanent residence of the proposed class be assessed in accordance with the old criteria set out in the *Immigration Act* or the new criteria under the *Immigration and Refugee Protection Act* [S.C. 2001, c. 27]. As Madam Justice Mactavish stated in *Tihomirovs v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] 4 F.C.R. 341 (F.C.), at paragraphs 119 and 120:

As the respondent pointed out, the Minister is obliged to follow the law. As a consequence, should the Court ultimately declare that the regulation in question is *ultra vires*, and that members of the proposed class are entitled to have their applications for permanent residence assessed in accordance with the criteria set out in the *Immigration Act*, the Minister will be obliged to act accordingly. This will be the case, whether or not individual members of the proposed class assert their right to have their applications treated in this fashion.

As a result, there is no need to ensure that all of the members of the proposed class be party to a class action in order to derive a benefit from a favourable decision in Mr. Tihomirovs' case. Moreover, requiring that notice be given of the litigation and of the court's resolution of the common question will only add unnecessary cost and delay to the process.

[33] Consequently, she did not convert *Tihomirovs* into an action, and certify it as a class action. Her decision was followed by Mr. Justice von Finckenstein in *Sander Holdings Ltd. v. Canada (Minister of Agriculture)* (2006),

[...]

En réponse à la prétention du ministre selon laquelle la conversion effectuée aux fins de l'autorisation d'un recours collectif contrevient à l'objet du contrôle judiciaire, la procédure souhaitable est l'un des facteurs à prendre en considération dans le cadre de la procédure de conversion et d'autorisation. Le tribunal examinera les problèmes liés à la facilité et à l'efficacité des procédures, et choisira celle qui offrira le moins de difficultés pour régler les questions en litige. Par exemple, une pluralité de contrôles judiciaires que permettrait d'éviter un recours collectif pourrait également être évitée si les parties convenaient de considérer un seul contrôle judiciaire comme une cause type pour les autres contrôles judiciaires qui portent sur la même question. Ces facteurs, parmi d'autres, devraient permettre au tribunal de décider s'il convient d'autoriser la conversion et l'autorisation du recours collectif.

[32] L'affaire *Tihomirovs* a été renvoyée à la Cour fédérale pour nouvel examen. La question en litige était de savoir si les demandes de résidence permanente des membres du groupe envisagé devaient être évaluées conformément aux anciens critères de la *Loi sur l'immigration* ou, plutôt, conformément aux nouveaux critères prévus à la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* [L.C. 2001, ch. 27]. Comme l'a affirmé la juge Mactavish dans la décision *Tihomirovs c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] 4 R.C.F. 341 (C.F.), aux paragraphes 119 et 120 :

Comme l'a souligné le défendeur, le ministre est tenu d'appliquer la loi. Par conséquent, si la Cour finit par déclarer que le règlement en cause est *ultra vires* et que les membres du groupe envisagé ont droit à ce que leur demande de résidence permanente soit évaluée en conformité avec les critères établis dans la *Loi sur l'immigration*, le ministre sera tenu d'agir en conséquence. Il en sera ainsi que les membres individuels du groupe envisagé revendiquent ou non leurs droits à ce que leur demande soit traitée de cette façon.

Par conséquent, il n'est pas du tout nécessaire de veiller à ce que tous les membres du groupe envisagé soient parties à un recours collectif pour qu'ils puissent tirer avantage d'une décision favorable dans le dossier de M. Tihomirovs. En outre, exiger un avis du litige et de la décision de la Cour relativement au point collectif aurait pour seul effet d'ajouter inutilement des coûts et des retards au processus.

[33] Par conséquent, la juge Mactavish n'a pas converti l'affaire *Tihomirovs* en action ni autorisé le recours collectif. Sa décision a été suivie par le juge von Finckenstein dans la décision *Sander Holdings Ltd.*

289 F.T.R. 221 (F.C.), recently upheld by the Federal Court of Appeal (2007), 370 N.R. 274. That case related to the net income stabilization program under the *Farm Income Protection Act* [S.C. 1991, c. 22]. The program was voluntary and set out what were called Point of Sale Guidelines (POS). The guidelines were changed over the life of the program. The plaintiffs argued that the change amounted to an invalid amendment or were *ultra vires* the agreement, and that in any event the defendant was obliged to reimburse amounts allegedly improperly excluded from the relevant calculations.

[34] As I read *Sander*, the focus was on the legitimacy of the changes, although at paragraph 57, Mr. Justice von Finckenstein did note that there were factual differences in affidavits as to financial calculations. He was of the view that there was no need for a trial and *viva voce* evidence to get the facts properly established. He said: “Should the Plaintiff be successful in having the POS Guidelines declared *ultra vires*, that decision will have to be addressed by the Defendant and appropriate action will undoubtedly ensue.” In this case, the main focus is on financial calculations. If income did not exceed outgo, the Regulations are perfectly valid.

[35] The Minister submits that the Hinton claim should continue on the narrow platform of a judicial review. In simple terms, the tribunal (the Governor in Council) files the record before it when the decision was made, the applicants file their motion record with supporting affidavits, the respondent files her motion record which may or may not be supported by affidavit, cross-examinations ensue, and then a hearing is scheduled. Although the respondent is not obliged to put in affidavit evidence, she represents she would do so. Furthermore, the Court under rule 313 may order other material to be filed, and even in special circumstances authorize a witness to testify (rule 316). The validity of the Regulations is better considered in an ordinary judicial review and if declared invalid, as noted by Madam Justice Mactavish in *Tihomirovs*, other members of the proposed class would benefit from that declaration,

*c. Canada (Ministre de l’Agriculture)*, 2006 CF 327, récemment confirmée par la Cour d’appel fédérale, 2007 CAF 322. Cette affaire concernait le programme de compte de stabilisation du revenu net instauré sous le régime de la *Loi sur la protection du revenu agricole* [L.C. 1991, ch. 22]. Le programme était facultatif, et il établissait les lignes directrices concernant les points de vente. Les lignes directrices avaient changé au cours de la durée du programme. Les demandeurs alléguaient que le changement constituait une modification invalide ou qu’il excédait les pouvoirs conférés par l’accord et que, de toute façon, le défendeur devait rembourser les sommes qui, selon eux, avaient été injustement exclues des calculs pertinents.

[34] Selon mon interprétation de la décision *Sander*, l’enjeu était la légitimité des changements, et ce, même si au paragraphe 57 le juge von Finckenstein a bien souligné qu’il y avait des différences entre les affidavits relativement aux calculs financiers. Il était d’avis qu’un procès et que des témoignages de vive voix étaient inutiles pour établir les faits de façon satisfaisante. Il a affirmé : « [s]i les demandeurs réussissent à faire déclarer les Lignes directrices *ultra vires*, le défendeur devra tenir compte de cette décision et prendre les mesures appropriées par la suite ». Dans la présente affaire, l’enjeu principal repose sur les calculs financiers. Si les revenus n’ont pas excédé les dépenses, le Règlement est parfaitement valide.

[35] La ministre soutient que la demande des Hinton devrait se poursuivre dans le cadre restreint du contrôle judiciaire. En termes clairs, le tribunal administratif (la gouverneure en conseil) dépose le dossier dont elle disposait lorsque la décision a été prise; les demandeurs déposent leur dossier de requête avec affidavits; le défendeur dépose son dossier avec ou sans affidavit; les contre-interrogatoires suivent et la date d’audience est alors fixée. Bien qu’il ne soit pas dans l’obligation de déposer des affidavits, le défendeur affirme qu’il le fera. De plus, la Cour peut ordonner le dépôt de documents supplémentaires en vertu de la règle 313 et, dans des circonstances particulières, elle peut même autoriser l’audition d’un témoin en vertu de la règle 316. La validité du Règlement est mieux à même d’être analysée lors d’un contrôle judiciaire normal et, comme l’a souligné la juge Mactavish dans l’affaire *Tihomirovs*, s’il

without all the unnecessary paraphernalia and expense of a class action.

[36] I do not agree. As aforesaid, the fundamental point is that the validity of the Regulations cannot be determined purely as a point of law. The Regulations are only invalid, or not fully enforceable, if Her Majesty made a profit. This is essentially a question of fact on which the Court will need the benefit of expert testimony. The Minister takes the position that the cost of the service exceeded the revenue. If so, that is a perfectly valid defence. The best way to get to the bottom of things is by an action.

[37] The tribunal record already produced in accordance with the *Federal Courts Immigration and Refugee Protection Rules* [SOR/93-22 (as am. by SOR/2005-339, s.1)] is limited to the statutory instrument registered and published in the *Canada Gazette* enacting the *Immigration and Refugee Protection Regulations*. The bilingual record comprises a mere 25 pages. There is no information whatsoever as to past expenses, past income, and future projections.

[38] *Tihomirovs* was a very different situation. The declaration was prospective. If Mr. Tihomirovs succeeded, then those whose applications for permanent residence had not yet been processed would be processed under the same regulations. In this case, all the fees were paid in advance. Depending on the time frame fixed by the Court, the Minister estimates that over 12 million visas may be in issue.

[39] The Minister has not agreed to a test case, or to a blanket extension of suit time. Unless protected now, as time goes by, members of the proposed class who do not currently face a six-year time bar will in the future. Furthermore, without a class action, the Court could theoretically be faced with millions of applications for extension of time and applications for leave. Not very

est déclaré invalide, d'autres membres du groupe envisagé bénéficieront du jugement déclaratoire, sans la complexité et les dépenses inutiles reliées à un recours collectif.

[36] Je ne suis pas de cet avis. Comme je l'ai déjà mentionné, le point crucial est que la validité du Règlement ne peut être jugée uniquement sur une question de droit. Le Règlement sera jugé invalide, ou partiellement applicable, seulement si Sa Majesté a fait un profit. Il s'agit essentiellement d'une question de fait et, pour y répondre, la Cour aura besoin de témoignages d'experts. La position du ministre est que les coûts du service excèdent les revenus. Si c'est bien le cas, c'est une défense parfaitement adéquate. La meilleure façon de connaître les tenants et aboutissants de cette affaire est par une action.

[37] Le dossier du tribunal administratif, qui a été déposé en application des *Règles des Cours fédérales en matière d'immigration et de protection des réfugiés* [DORS/93-22 (mod. par DORS/2005-339, art. 1)], se limite au texte réglementaire enregistré et publié dans la *Gazette du Canada* promulguant le *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Le dossier bilingue ne renferme qu'un petit 25 pages. Il n'y a absolument aucun renseignement sur les dépenses et les revenus antérieurs ou sur les prévisions.

[38] L'affaire *Tihomirovs* était très différente. Le jugement déclaratoire était prospectif. Si M. Tihomirovs avait eu gain de cause, les membres du groupe envisagé dont la demande de résident permanent n'avait pas encore été traitée auraient vu leur dossier évalué suivant le même règlement. Dans la présente affaire, tous les frais ont été payés en avance. Tout dépendant de la période qui sera établie par la Cour, le ministre estime que plus de 12 millions de visas pourraient être touchés.

[39] Le ministre n'a pas accepté de procéder au moyen d'une cause type ou d'une prorogation indéterminée du délai pour instruire l'affaire. Avec le temps qui passe, les membres du groupe envisagé qui ne sont pas protégés actuellement seront aux prises avec la prescription de six ans. De plus, sans le recours collectif, la Cour pourrait théoriquement devoir faire face à des millions de

many will bother. As I stated in *Momi*, above, at paragraph 16:

In *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, [2001] 2 S.C.R. 534 on appeal from the Court of Appeal for Alberta, Chief Justice McLachlin stated three important advantages of a class action over a multiplicity of individual actions. First, there is judicial economy in that unnecessary duplication is avoided. Second, litigation costs are spread over a large number of plaintiffs. This makes access to justice easier in that the advancement of claims is more economical than if pursued on an individual basis. Finally, these actions ensure that actual and potential wrong-doers modify their future behaviour. Without such actions, those who cause widespread but individually minor harm may not otherwise have their conduct called into account.

[40] As mentioned above, in an application for judicial review, the respondent may decide not to put in affidavits, and in any event may be selective in terms of the documentation produced and as to the matters deposed on affidavit. This has been a recurring problem in *Agustawestland*, above.

[41] In an action, on the other hand, a party is required to issue an affidavit of documents identifying all the documents in its possession, custody or control that touch upon an issue, not simply those which were before the decision maker. The representative of a party examined on discovery must testify to knowledge, information and belief, not limiting himself or herself to personal knowledge. The examination for discovery is far more intrusive, and well designed to elicit admissions which could either shorten or bring the proceedings to an end. The questions are based on the pleadings and are less constrained than a cross-examination, which should automatically find its way into the court record.

[42] The question is whether an exchange of affidavits, and cross-examinations thereon, would be sufficient to allow the Court to tote up the expenses, which are the real subject of controversy, and compare them to the revenue

demandes de prorogation de délai et de demandes d'autorisation. Peu de membres du groupe envisagé s'en donneraient la peine. Comme je l'ai affirmé dans la décision *Momi*, au paragraphe 16 :

Dans l'arrêt *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, [2001] 2 R.C.S. 534, un appel d'une décision de la Cour d'appel de l'Alberta, la juge en chef McLachlin expose les trois grands avantages qu'offre le recours collectif par rapport à une multiplicité d'actions individuelles. Premièrement, il permet de faire des économies sur le plan judiciaire, en évitant toute duplication inutile. Deuxièmement, les frais judiciaires sont répartis entre un grand nombre de demandeurs, ce qui facilite l'accès à la justice en rendant économiques des poursuites qui auraient été trop coûteuses pour être intentées individuellement. Enfin, ces recours incitent les malfaisants réels et éventuels à modifier à l'avenir leur comportement. Sans le recours collectif, les personnes qui causent des préjudices individuels mineurs mais nombreux n'auraient peut-être pas à répondre de leurs agissements.

[40] Comme je l'ai mentionné précédemment, le défendeur peut décider, dans le cadre d'un contrôle judiciaire, de ne pas déposer d'affidavits, et, de toute façon, il peut être sélectif concernant les documents déposés et les faits que renferme l'affidavit; cela a constitué un problème récurrent dans l'affaire *Agustawestland*, précitée.

[41] Dans une action, par contre, chaque partie doit déposer un affidavit de documents qui renferme la liste de tous les documents qu'elle a en sa possession ou qui sont sous son autorité ou sous sa garde et qui touchent une question en litige, et non seulement les documents dont disposait le décideur. Le représentant d'une partie interrogé dans le cadre d'un interrogatoire préalable doit répondre au mieux de sa connaissance et de sa croyance, en ne se limitant pas à sa connaissance personnelle. L'interrogatoire préalable est bien plus rigoureux et il est conçu pour faciliter des admissions qui pourraient soit mettre un terme à l'instance, soit l'abrèger. Les questions sont fondées sur les actes de procédure et moins limitées que celles d'un contre-interrogatoire qui, lui, doit normalement être consigné au dossier de la Cour.

[42] La question est de savoir si un échange d'affidavits suivi de contre-interrogatoires les concernant serait suffisant pour que la Cour puisse établir le total des dépenses, ce qui constitue l'objet réel de la controverse,

generated by the visa program. Barring testimony at the hearing, which is not the standard practice; the Court would be unable to pose questions of its own. Take for example the affidavit of Tom Heinze, a law clerk, filed in opposition to the motion. His assertions were on information and belief, but presumably his affidavit would be replaced when the matter is heard on the merits by those with personal knowledge. Among other things, he set out various expenses which the Minister submits should be taken into account when considering the cost of administering the service. One interesting item for the fiscal year commencing 1 April 2004 is the salary of the Federal Court and Federal Court of Appeal judges, of which just over half was attributed to the visa program.

[43] Leaving aside whether the cost to Her Majesty should extend to the cost of maintaining Parliament and judges, the figures raise an almost unlimited number of questions. The *Immigration and Refugee Protection Act* takes less than half of the Federal Court's time, and the vast majority of that time relates to refugee claims, not visa claims. The Federal Court of Appeal only gets involved if a serious question of general importance is certified. How was the percentage determined? The costing is more properly dealt with on an examination for discovery. Plaintiffs' experts should have an opportunity to examine that information before filing their affidavits and testifying in open court.

[44] The Minister submits that if it turns out that the narrow platform of an ordinary judicial review, even with the Court ordering that more documentation be produced and allowing for the testimony of witnesses in open court, is found insufficient, then the judicial review could be converted into an action. To my way of thinking, this proposal is far less practical and far less efficient than converting now and through case management cutting back if, as and when appropriate. By the same token, I do not think that the administration of a class action would cause greater difficulties than if relief were sought by other means.

en vue de les comparer au revenu tiré du programme de visa. Sauf les témoignages à l'audience, ce qui n'est pas d'usage, la Cour serait dans l'incapacité de poser ses propres questions. Qu'en serait-il, par exemple, de l'affidavit déposé par Tom Heinze, stagiaire, en contestation de la requête? Ses allégations étaient fondées sur ses croyances, mais on peut présumer que son affidavit serait remplacé par ceux de personnes ayant des connaissances personnelles lorsque l'affaire sera entendue sur le fond. Notamment, il énumère diverses dépenses qui, selon le ministre, devraient être prises en compte lors de l'évaluation du coût de la prestation des services. Un élément intéressant de l'exercice commençant le 1<sup>er</sup> avril 2004 est le salaire des juges de la Cour fédérale et de la Cour d'appel fédérale, dont un peu plus de la moitié a été attribué au programme de visa.

[43] Abstraction faite de la question de savoir si le coût payé par Sa Majesté devrait comprendre le coût de fonctionnement du Parlement et les salaires des juges, les chiffres soulèvent une quantité presque illimitée de questions. La *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* accapare moins de la moitié de la charge de travail de la Cour fédérale et, dans la vaste majorité des cas, il s'agit de demandes d'asile et non de demandes de visa. La Cour d'appel fédérale intervient seulement si une question grave de portée générale est certifiée. De quelle façon a-t-on déterminé le pourcentage? L'interrogatoire préalable est la façon la plus appropriée d'établir les coûts. Les experts des demandeurs devraient avoir l'occasion d'examiner ces renseignements avant de déposer leurs affidavits et de témoigner en audience publique.

[44] Le ministre soutient que s'il s'avérait que le cadre restreint du contrôle judiciaire soit jugé insuffisant, même après que la Cour ait ordonné le dépôt de documents supplémentaires et permis l'audition de témoins lors d'une audience publique, alors le contrôle judiciaire pourrait être converti en action. À mon avis, cette proposition est beaucoup moins pratique et efficace que de convertir le contrôle judiciaire en action maintenant et, au besoin, d'élargir au moyen de la gestion d'instance. De même, je ne pense pas que la gestion du recours collectif causerait plus de problèmes que si les membres du groupe envisagé tentaient d'obtenir une réparation d'une autre façon.



[45] The Minister has expressed some concern over the sheer volume of applications which would be covered by the class action. There may well be in excess of 12 million. This will not add up to 12 million plaintiffs, as some would have paid more than one and perhaps several processing fees. Nevertheless, although records may no longer be complete with respect to some of the earlier visas, the Minister does have extensive records. Furthermore, the fees for the different visas remained constant over the years. This is to be contrasted with the recent decision of the Court of Appeal of Ontario in *Cassano v. Toronto-Dominion Bank* (2007), 47 C.P.C. (6th) 209, where Chief Justice Winkler, speaking for the Court, certified a class action involving foreign currency transactions conducted with Visa credit cards issued by the Bank. The motions Judge noted that in 2003 alone there were in excess of 4 million Toronto-Dominion Bank Visa cards ([*Cassano v. Toronto-Dominion Bank*] (2005), 9 C.P.C. (6th) 209 (Ont. S.C.J.)). One of the complaints was that the Bank charged a “conversion fee” which was undisclosed and unauthorized. Rates of exchange, unlike the fees in this case, change almost daily. The Bank estimated that it would take 1 500 people about one year to identify and record the foreign exchange transactions on the cardholder statements that are available only on microfiche and at a cost of \$48 500 000. However as Chief Justice Winkler stated, at paragraph 49:

The economic argument advanced by TD ignores the fact that the damages calculation would only be necessary if TD is found to have breached the contract with its cardholders. Therefore, the essence of TD’s argument is that the recovery phase of the litigation, subsequent to a finding of liability, will cause it to incur significant expense. It would hardly be sound policy to permit a defendant to retain a gain made from a breach of contract because the defendant estimates its costs of calculating the amount of the gain to be substantial. A principal purpose of the *CPA* is to facilitate recovery by plaintiffs in circumstances where otherwise meritorious claims are not economically viable to pursue. To give any effect to the economic argument advanced by TD here would be to pervert the policy underpinning the statute.

[45] Le ministre a exprimé des craintes quant au nombre considérable de demandes qui seraient englobées par le recours collectif, car il pourrait bien y en avoir plus de 12 millions. Cela ne veut pas dire que le nombre total des demandeurs s’élèvera à 12 millions, étant donné que certains demandeurs ont payé plus d’une fois des frais de traitement, si ce n’est plusieurs types de frais de traitement. Néanmoins, bien que le dossier puisse ne plus contenir de renseignements quant à certains anciens visas, le ministre a bel et bien un dossier volumineux. De plus, les frais demandés pour les divers visas sont demeurés constants au fil des années. Il faut différencier cette situation du récent arrêt rendu par la Cour d’appel de l’Ontario *Cassano v. Toronto-Dominion Bank* (2007), 47 C.P.C. (6th) 209, dans lequel le juge en chef Winkler, au nom de la Cour, a autorisé un recours collectif concernant des transactions effectuées en devises étrangères à l’aide de cartes de crédit Visa émises par la banque. Le juge des requêtes avait souligné qu’en 2003 seulement il y avait plus de quatre millions de cartes de crédit de la Banque Toronto-Dominion en circulation ([*Cassano v. Toronto-Dominion Bank*] (2005), 9 C.P.C. (6th) 291 (C.S.J. Ont.)). Une des plaintes était que la banque avait prélevé des [TRADUCTION] « frais de conversion » qui n’étaient ni divulgués ni autorisés. Les taux de change, contrairement aux frais en l’espèce, changent presque quotidiennement. La banque estimait qu’il faudrait que 1 500 personnes travaillent pendant environ un an, au coût de 48 500 000 \$, pour qu’elles puissent repérer et recenser les transactions effectuées en devises étrangères, lesquelles se trouvent seulement sur microfiches. Cependant, comme l’a affirmé le juge en chef Winkler, au paragraphe 49 :

[TRADUCTION] L’argument économique soulevé par la banque TD ne tient pas compte du fait que le calcul des dommages ne serait nécessaire que s’il est conclu qu’elle a manqué à ses obligations contractuelles envers les détenteurs de cartes de crédit. Par conséquent, le cœur de l’argument de la banque TD est que l’étape de recouvrement du litige, ultérieure à une conclusion de responsabilité, lui fera engager d’importantes dépenses. Il ne serait pas judicieux de permettre à un défendeur de garder un gain réalisé grâce à un manquement à ses obligations contractuelles, parce qu’il estime que le coût pour effectuer le calcul du montant du gain serait trop important. Un des objectifs principaux de la *Loi sur les recours collectifs* est de faciliter le recouvrement aux demandeurs dans des circonstances où des demandes de recouvrement par ailleurs bien fondées ne seraient pas rentables. Retenir l’argument

This concern is addressed in the Hinton litigation plan, as the initial focus would be on a single year, a bifurcation allowed under rule 106 and following.

(e) Representative plaintiff

[46] I am satisfied that the Hintons would fairly and adequately represent the interests of the class. Their litigation plan sets out a workable method of advancing the action and notifying class members of how the proceeding is progressing (although the plan can and will be improved). They do not have a conflict on the common questions of law or fact, and have provided a summary of the agreement regarding fees and disbursements.

[47] The plan calls for notices to be given to class members through the plaintiffs' solicitors' Web site, the Citizenship and Immigration Web site, by notices at counsellor offices and notices in Canadian newspapers which cater to recent immigrants. These notices do not go far enough. For instance, those who paid for student and other temporary visas are presumably no longer here, and have no particular reason to visit the nominated Web sites. Many may not have computers. Until these matters are refined, and given the real possibility of an appeal, I dispense with notice as authorized by rule 299.34 [as enacted by SOR/2002-417, s. 17].

[48] The litigation plan is probably too ambitious in estimating that the matter would be ready for trial in a year. However that is a detail which can be modified from time to time through scheduling orders. I will order that a statement of claim which is already in draft form be filed and served by January 31, 2008. As a statement of defence was already filed in the *Momi* action, the Minister's statement of defence shall be due within the

économique de la banque TD en l'espèce dénaturerait l'objet de la loi.

Le plan de déroulement de l'instance des Hinton tient compte de ces réserves étant donné qu'il ciblera initialement une seule année, une bifurcation possible en vertu des règles 106 et suivantes.

e) Les représentants demandeurs

[46] Je suis convaincu que les Hinton représenteraient de façon équitable et appropriée les intérêts du groupe. Leur plan de déroulement de l'instance (bien qu'il puisse être amélioré, et il le sera assurément) établit une méthode réaliste pour la poursuite de l'action et pour l'information des membres du groupe quant au déroulement de l'instance. Ils n'ont pas de conflit d'intérêts quant aux points de droit ou de fait collectifs, et ils ont communiqué un sommaire des ententes relatives aux honoraires et aux débours.

[47] Selon le plan, les membres du groupe seront avisés par l'intermédiaire du site Internet de l'avocat des demandeurs et de celui de Citoyenneté et Immigration Canada, par des avis envoyés dans les cabinets d'avocat et par des avis dans les journaux canadiens qui s'adressent aux nouveaux immigrants. Ces avis n'ont pas une assez grande portée. Par exemple, les personnes qui ont payé des frais pour un visa d'étudiant ou pour tout autre visa temporaire ne sont probablement plus au pays, et il n'y a aucune raison particulière pour laquelle ils se rendraient sur les sites Internet énumérés. Nombre d'entre eux ne possèdent peut-être pas d'ordinateur. Tant que ces détails ne seront pas peaufinés et vu la possibilité d'un appel, je dispense les représentants demandeurs de l'obligation d'aviser les membres du groupe, comme le prévoit la règle 299.34 [éditée par DORS/2002-417, art. 17].

[48] Le plan de déroulement de l'instance est probablement trop ambitieux lorsqu'il tient pour acquis que l'affaire pourrait être prête pour l'instruction dans un an. Cependant, ce n'est qu'un détail qui peut être modifié de façon ponctuelle par voie d'ordonnance modifiant l'échéancier. J'ordonnerai qu'une déclaration, dont le projet est déjà rédigé, soit déposée et signifiée au plus tard le 31 janvier 2008. Étant donné qu'une défense

normal delays, that is to say 30 days after service of the statement of claim.

### Contents of Order

[49] As I am satisfied that this application for judicial review should be treated and proceeded with as an action, and certified as a class action, rule 299.19 [as enacted *idem*] requires the order to:

**299.19 (1) ...**

- (a) describe the class;
- (b) state the name of the representative plaintiff;
- (c) state the nature of the claims made on behalf of the class;
- (d) state the relief claimed by or from the class;
- (e) set out the common questions of law or fact for the class; and
- (f) specify the time and manner for members to opt out of the class action.

The *Momi* statement of claim was filed 11 March 2005 while the Hinton application for leave and for judicial review was only filed 12 September 2006. This means that some individuals who would have fallen within the *Momi* class are, by my reasoning, excluded from the Hinton class because they may have to deal with a six-year time bar, which is an individualized problem. On the other hand, in *Momi* I would have excluded those who filed applications on or after 1 April 2003 as the data for that fiscal year was not available when the statement of claim was filed. However, it was available when the Hinton application was filed, and, as with the other years, the plaintiffs have a reasonable cause of action. The *Momi* action is still alive, and depending how the law develops, may possibly serve as a class action for those who do not fall within the Hinton class.

a déjà été déposée dans l'affaire *Momi*, la ministre devra déposer sa défense dans le délai normal, soit dans les 30 jours de la signification de la déclaration.

### Le contenu de l'ordonnance

[49] Étant donné que je suis convaincu que la demande de contrôle judiciaire doit être instruite comme s'il s'agissait d'une action, et que cette action doit être autorisée comme recours collectif, la règle 299.19 [éditée, *idem*] dispose que l'ordonnance doit renfermer :

**299.19 (1) [...]**

- a) la description du groupe;
- b) le nom du représentant demandeur;
- c) l'énoncé de la nature des réclamations présentées au nom du groupe;
- d) l'énoncé des réparations demandées par ou contre le groupe;
- e) l'énumération des points de droit ou de fait collectifs du groupe;
- f) des instructions quant à la façon dont les membres du groupe peuvent s'exclure du recours collectif et la date limite pour le faire.

La déclaration dans l'affaire *Momi* avait été déposée le 11 mars 2005, alors que la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire en l'espèce n'a été déposée que le 12 septembre 2006. Cela signifie que certaines personnes qui auraient pu faire partie du groupe dans l'affaire *Momi* sont, selon mon interprétation, exclues du groupe en l'espèce parce qu'elles pourraient devoir faire face à la prescription de six ans, ce qui constitue un problème individuel. Par contre, dans l'affaire *Momi*, j'aurais exclu les demandeurs qui ont présenté une demande à compter du 1<sup>er</sup> avril 2003, parce que les données pour cet exercice n'étaient pas disponibles lors du dépôt de la déclaration. Cependant, ces données étaient disponibles lors du dépôt de la demande des Hinton, et, tout comme pour les autres années, les demandeurs ont une cause d'action valable. L'affaire *Momi* est toujours en instance, et selon le développement de la jurisprudence, elle pourrait peut-être servir de recours collectif pour les demandeurs qui ne font pas partie du groupe en l'espèce.

[50] Thus the plaintiff class consists of those persons who, at any time during the period 1 April 1994 to 31 March 2004, paid a fee or charge to the defendant for a determination of any of the applications made pursuant to any one or more of the regulations listed in Schedule A of the order, and who were informed of determination decisions in respect of such applications on or after 12 September 2000 and includes all such persons regardless of the outcome of their application, as well as all such applications that are currently in progress.

[51] Excluded from the class are the 10 individuals referred to in paragraph 29 hereof, as well as those covered by an amicable settlement, being certain persons who before 1 January 2002 submitted applications seeking an immigrant visa in the skilled worker, self-employed, entrepreneur and investor categories, excluding provincial nominees and those destined to Quebec, as more precisely defined in the accompanying order.

[52] The representative plaintiffs are Alan Hinton and Irina Hinton.

[53] The nature of the claims, and the relief claimed by and on behalf of the class are:

(a) a declaration that the fee regulations, and each of them are unlawful, unconstitutional and *ultra vires*;

(b) restitution of the portion of the fees paid by the plaintiff class to Her Majesty which exceeds the cost of providing the service to the plaintiff class during the period in question;

(c) a declaration that all such excess fees are held in trust for the plaintiffs and the plaintiff class;

(d) an order that such excess fees be repaid to the plaintiffs and the plaintiff class; and

[50] Par conséquent, le groupe des demandeurs est constitué des personnes qui, au cours de la période du 1<sup>er</sup> avril 1994 au 31 mars 2004, ont payé un type de frais au défendeur en vue du traitement de toute demande présentée dans le cadre d'au moins un des règlements énumérés à l'annexe A de l'ordonnance, et qui ont été informées de la décision relative à ces demandes à compter du 12 septembre 2000, et ce, peu importe le résultat de leur demande; font aussi partie du groupe les personnes dont les demandes sont actuellement en traitement.

[51] Sont exclues du groupe les 10 personnes mentionnées au paragraphe 29 des présents motifs, de même que celles qui ont réglé à l'amiable, soit les personnes qui, avant le 1<sup>er</sup> janvier 2002, ont déposé des demandes de visa en qualité de travailleur qualifié, de travailleur autonome, d'entrepreneur et d'investisseur, à l'exception de la catégorie des candidats des provinces et de ceux destinés au Québec; ces exclusions sont décrites plus précisément dans l'ordonnance qui accompagne les présents motifs.

[52] Les représentants demandeurs sont Alan Hinton et Irina Hinton.

[53] La nature des réclamations présentées au nom du groupe et les réparations demandées par et au nom du groupe se présentent comme suit :

a) un jugement déclaratoire selon lequel les frais réglementaires sont illégaux, anticonstitutionnels et invalides;

b) la restitution de la portion des frais payés à Sa Majesté par le groupe demandeur qui excède le coût de la prestation du service au cours de la période en question;

c) un jugement déclaratoire selon lequel tous ces frais excédentaires sont détenus en fiducie au nom des demandeurs et du groupe demandeur;

d) une ordonnance selon laquelle ces frais excédentaires doivent être remboursés aux demandeurs et au groupe demandeur;

(e) interest.

[54] The common question of fact is whether the fees and charges for the service exceed the cost to Her Majesty in right of Canada of providing the service to the plaintiff class. If so, the common question of law is whether the plaintiff class is entitled to recovery.

[55] As stated earlier, the time and manner for members to opt out of the class is left in abeyance for the time being.

#### Certified Questions

[56] The Regulations were issued on the recommendation of the Minister of Citizenship and Immigration and the Treasury Board pursuant to the subsection 5(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act* and paragraphs 19(1)(a) [as am. by S.C. 1991, c. 24, s. 6], 19.1(a) [as enacted *idem*] and subsection 20(2) of the *Financial Administration Act*. An application for judicial review under the *Immigration and Refugee Protection Act* requires leave (section 72 [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194]). A negative judicial review by the Federal Court under the *Immigration and Refugee Protection Act* is normally final. An appeal to the Federal Court of Appeal only lies under paragraph 74(d) if the judge certifies that a serious question of general importance is involved and states the question.

[57] The very fact that this is the first contested case certified as a class action under rule 299.1 [as enacted by SOR/2002-417, s. 17] and following raises serious questions of general importance, some of which I pose myself. I am quite uncertain whether the *Immigration and Refugee Protection Act* should be read in such a way that one who is directly affected by a regulation under the Act must obtain leave in order to challenge the *vires* of the regulation, and has no right of appeal if leave is not given. The serious questions of general importance which I have certified are as follows:

e) le paiement des intérêts.

[54] Le point de fait collectif est de savoir si les frais de service ont excédé le coût supporté par Sa Majesté du chef du Canada pour fournir les services au groupe demandeur. Dans l'affirmative, le point de droit collectif est de savoir si le groupe demandeur a droit à un recouvrement.

[55] Comme je l'ai déjà affirmé, la façon dont les membres du groupe peuvent s'exclure du recours collectif et la date limite pour le faire sont laissées en suspens pour le moment.

#### Les questions certifiées

[56] Le Règlement a été pris sur la recommandation du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et du Conseil du Trésor en vertu du paragraphe 5(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* et des alinéas 19(1)a) [mod. par L.C. 1991, ch. 24, art. 6] et 19.1a) [édicte, *idem*] et du paragraphe 20(2) de la *Loi sur la gestion des finances publiques*. Une demande de contrôle judiciaire présentée en vertu de l'article 72 [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194] de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* nécessite une demande d'autorisation. Une décision défavorable rendue par la Cour fédérale dans le cadre d'un contrôle judiciaire relevant de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* est normalement définitive. Le seul droit d'appel à la Cour d'appel fédéral est prévu à l'alinéa 74d) : le juge doit certifier que l'affaire soulève une question grave de portée générale et l'énoncer.

[57] Le simple fait qu'il s'agit de la première affaire contestée qui soit autorisée comme recours collectif en vertu des règles 299.1 [édicte par DORS/2002-417, art. 17] et suivantes, soulève des questions graves de portée générale, dont certaines que je vais formuler moi-même. Je ne suis pas convaincu que la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* doive être interprétée d'une telle façon qu'une personne qui est directement touchée par un règlement pris sous le régime de cette Loi doive obtenir une autorisation pour contester la validité de ce règlement ou n'ait pas le droit d'interjeter appel si elle n'en reçoit pas l'autorisation. Les questions graves de portée générale que je certifie sont les suivantes :

(a) Is leave required to commence an action for judicial review, the purpose of which is to put in issue the *vires* of a regulation issued pursuant to the *Immigration and Refugee Protection Act*?

(b) Must claimants who seek recovery of money paid under a regulation alleged to be *ultra vires* commence proceedings by way of judicial review?

(c) May a judicial review, which is treated and proceeded with as an action, call into question the *vires* of fee categories not paid by the representative plaintiffs?

(d) Since recovery of money is beyond the scope of judicial review, must the claimants await the outcome of judicial review before commencing an action?

[58] In addition, and despite some overlapping, I certify the two questions posed by the Minister as follows:

(e) When the legality of a federal regulation is properly challenged in a judicial review application in Federal Court, is it premature to “convert” that judicial review into an action (pursuant to subsection 18.4(2) of the *Federal Courts Act*) before the Federal Court has heard and rendered its decision disposing of the judicial review?

(f) When the central legal issue in a proposed class action (launched pursuant to rule 299 [as am. by SOR/2006-219, s. 9] of the *Federal Courts Rules*) is the legality of a federal regulation, does *Grenier* (2005 FCA 348) require that the legality of the federal regulation first be determined by the Federal Court, through the process of judicial review pursuant to subsection 18(1) of the *Federal Courts Act*?

[59] Although the Hinton submitted there was no need to certify questions, in the event the Court did determine a question ought to be certified they proposed the following, which I also certify, notwithstanding some repetition with the others:

a) Une autorisation est-elle nécessaire pour présenter une demande de contrôle judiciaire dont l’objet est de remettre en question la validité d’un règlement pris en vertu de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*?

b) Le demandeur qui cherche à recouvrer une somme payée en application d’un règlement qu’il allègue être invalide doit-il procéder par voie de contrôle judiciaire?

c) Un contrôle judiciaire qui est instruit comme s’il s’agissait d’une action peut-il remettre en question la validité de catégories de frais que les représentants demandeurs n’ont pas payé?

d) Étant donné que le recouvrement d’une somme d’argent ne peut être ordonné par suite d’un contrôle judiciaire, les demandeurs doivent-ils attendre le résultat du contrôle judiciaire avant d’engager une action?

[58] De plus, et malgré quelques chevauchements, je certifie les deux questions suivantes soulevées par le ministre :

e) Lorsque la validité d’un règlement fédéral est adéquatement contestée dans le cadre d’une demande de contrôle judiciaire présentée devant la Cour fédérale, est-il prématuré de « convertir » le contrôle judiciaire en action (en vertu du paragraphe 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*) avant que la Cour fédérale ait rendu sa décision sur le contrôle judiciaire?

f) Lorsque la principale question de droit dans un recours collectif envisagé (engagé en vertu de la règle 299 [mod. par DORS/2006-219, art. 9] des *Règles des Cours fédérales*) concerne la validité d’un règlement fédéral, l’arrêt *Grenier* (2005 CAF 348) exige-t-il que cette question soit tout d’abord tranchée par la Cour fédérale dans le cadre d’un contrôle judiciaire fondé sur le paragraphe 18(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*?

[59] Bien qu’ils aient soutenu qu’il n’était pas nécessaire de certifier des questions, les Hinton ont proposé la question qui suit pour le cas où la Cour en aurait décidé autrement; je la certifie également, malgré quelques répétitions :

(g) Where the central issue in an application for judicial review which is the subject of an application for conversion and certification as a class action involves a mixed question of fact and law in which resolution of disputed facts is critical to the determination of these common questions of fact and law, and where in the exercise of its discretion the Court concludes that it is appropriate to direct that the application for judicial review be treated and proceeded with as an action pursuant to section 18.2 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 28] and subsection 18.4(2) of the *Federal Courts Act* and that the proceeding be converted as a class action pursuant to rule 299, does *Grenier* preclude the Court from making such order and instead require that the validity of the regulation in issue in the judicial review first be determined without conversion or certification pursuant to section 18(1)?

[60] In summation, I am satisfied that the standard for a class action has been met. There is judicial economy, access to justice is easier and more economical, and were it not for this form of action there would be little incentive to apply to the courts for redress, because, if the applicants are right, individual loss is minor but the overall loss is substantial (*Western Canadian Shopping Centers*, above, and *Bisaillon v. Concordia University*, [2006] 1 S.C.R. 666).

[61] There is no reason to depart from the no-cost principle set out in rule 299.41 [as enacted by SOR/2002-417, s. 17].

g) Dans le cas où la question principale dans une demande de contrôle judiciaire qui fait l'objet d'une demande de conversion en action qui, elle-même, fait l'objet d'une demande d'autorisation comme recours collectif soulève une question mixte de fait et de droit pour la résolution de laquelle l'établissement des faits contestés est capital, et que, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, la Cour conclut qu'il est opportun d'ordonner que la demande de contrôle judiciaire soit instruite comme s'il s'agissait d'une action en vertu de l'article 18.2 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 28] et du paragraphe 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* et que l'action soit autorisée comme recours collectif en vertu de la règle 299, l'arrêt *Grenier* empêche-t-il la Cour de rendre une telle ordonnance et exige-t-il plutôt que l'on doive d'abord juger de la validité du règlement au cœur du contrôle judiciaire sans qu'il y ait conversion ou certification en vertu du paragraphe 18(1) ?

[60] En résumé, je suis convaincu que le critère du recours collectif est respecté. Ainsi, des économies sur le plan judiciaire seront réalisées, l'accès à la justice sera facilité et plus économique, et, sans ce type de recours, il n'y aurait guère d'avantage à présenter des demandes de réparation aux tribunaux, étant donné que, si les demandeurs ont raison, les pertes individuelles sont minimales, mais les pertes globales sont importantes (*Western Canadian Shopping Centers*, précité, et *Bisaillon c. Université Concordia*, [2006] 1 R.C.S. 666).

[61] Il n'y a aucune raison de ne pas suivre le principe de non-adjudication des dépens établi par la règle 299.41 [édicte par DORS/2002-417, art. 17].

IMM-1445-07  
2008 FC 234

IMM-1445-07  
2008 CF 234

**Mohamed Hussain** (*Applicant*)

**Mohamed Hussain** (*demandeur*)

v.

c.

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

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

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

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

Federal Court, Hughes J.—Toronto, February 19 and 21, 2008.

Cour fédérale, juge Hughes—Toronto, 19 et 21 février 2008.

*Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Judicial review of refusal to return cash, performance bonds on basis person for whom bonds posted not respecting residence condition — Minister’s officials erred in stating had no discretion in matter, failing to consider applying ministerial guidelines in force at time of dispute — Officials also not giving sufficient attention to meaning of “residence”, applicant’s submissions with respect to that issue — Application allowed.*

*Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d’immigration — Contrôle judiciaire de la décision de ne pas restituer la garantie en espèces et la garantie de bonne exécution au motif que la personne à l’égard de laquelle les garanties ont été déposées ne s’est pas conformée à la condition de résidence — Les représentants du ministre ont commis une erreur lorsqu’ils ont déclaré qu’ils n’avaient aucun pouvoir discrétionnaire en la matière et en n’appliquant pas les lignes directrices ministérielles en vigueur au moment du différend — De même, les représentants n’ont pas cherché outre mesure à savoir ce que signifiait le mot « résidence » et n’ont pas pris en compte les observations du demandeur à cet égard — Demande accueillie.*

This was an application for judicial review of the refusal, by the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness, to return both a cash bond and a performance bond posted by the applicant for Manoharan Somu. The Minister’s officials alleged that Mr. Somu failed to comply with the terms and conditions of the bonds, in particular by not residing with the bondsperson at all times, unless otherwise authorized in writing by a Canada Border Services Agency officer. They thus requested payment in satisfaction of the performance bond. An exchange of correspondence ensued, from August 22, 2005 (date of the first request for payment) to March 22, 2007 (date of the decision under review). Throughout this exchange, the applicant argued that Mr. Somu’s permanent place of residence was with him, and that Mr. Somu had only temporarily stayed with a friend while the applicant’s home underwent renovations.

Il s’agissait d’une demande de contrôle judiciaire de la décision du ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile refusant de restituer la garantie en espèces et la garantie de bonne exécution que le demandeur a déposées pour le compte de Manoharan Somu. Les représentants du ministre ont soutenu que M. Somu ne s’était pas conformé aux conditions des garanties, notamment en ne résidant pas en tout temps avec la caution, sauf autorisation écrite d’un agent de l’Agence des services frontaliers du Canada. Ils ont donc demandé un paiement pour satisfaire à la garantie de bonne exécution. Il y a eu un échange de lettres entre le 22 août 2005 (date de la première demande de paiement) et le 22 mars 2007 (date de la décision contestée). Pendant cette période, le demandeur a affirmé que M. Somu résidait en permanence chez lui et que M. Somu a seulement demeuré temporairement chez un ami pendant la durée des travaux de rénovation chez le demandeur.

*Held*, the application should be allowed.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

Citizenship and Immigration Canada’s guidelines with respect to deposits and guarantees were amended on February 11, 2007. Under the old guidelines, it was possible to determine whether settlement for an amount less than that originally stipulated in

Les lignes directrices de Citoyenneté et Immigration Canada relatives aux garanties ont été modifiées le 11 février 2007. Selon les anciennes lignes directrices, on pouvait déterminer s’il convenait de fixer un montant plus faible que celui stipulé



a guarantee was appropriate. Under the new guidelines, the discretionary power to reduce or otherwise alter the amount of the deposit or the guarantee no longer exists, but discretion is granted to decide whether a breach of conditions is severe enough to warrant forfeiture. The Minister's officials not only erred when they said they had no discretion in the matter, they failed to recognize that since the dispute arose when the old guidelines were in force, consideration had to be given to applying those old guidelines to the situation at hand.

The Minister's officials did not give sufficient consideration as to what "residence" means. It must be considered carefully having regard to all the circumstances. It has no precise or single meaning, and should not be confused with a temporary move or sojourn. Also, no serious consideration was given to the applicant's submissions with respect to the residence issue. There was still a clear and lively debate as to whether the Minister's position with respect to residence was applicable in the circumstances. The Minister failed to recognize that debate or, if he did, he failed to recognize that an exercise of discretion must be applied in determining whether to return some or all of the bonds (under the old guidelines), or whether a severe enough breach has occurred so as to justify the forfeiture (under the new guidelines).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Kang v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)* (2006), 293 F.T.R. 277; 2006 FC 652; *Thomson v. The Minister of National Revenue*, [1946] S.C.R. 209; [1946] 1 D.L.R. 689; [1946] C.T.C. 51.

##### CONSIDERED:

*Tsang v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)* (2006), 290 F.T.R. 137; 54 Imm. L.R. (3d) 271; 2006 FC 474; *Khalife v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] 4 F.C.R. 437; (2006), 42 Admin. L.R. (4th) 182; 287 F.T.R. 306; 52 Imm. L.R. (3d) 267; 2006 FC 221; *Harkat v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 198.

#### AUTHORS CITED

Citizenship and Immigration Canada. *Operational Manual: Enforcement (ENF)*, Chapter ENF 8: Deposits and Guarantees, online <<http://www.cic.gc.ca/english/resources/manuals/enf/enf08e.pdf>>.

à l'origine dans la garantie d'exécution. Les nouvelles directives ne prévoient plus le pouvoir discrétionnaire de réduire ou de modifier autrement le montant du dépôt, mais elles confèrent le pouvoir discrétionnaire de décider si le non-respect des conditions est suffisamment grave pour justifier la confiscation du dépôt de garantie. Les représentants du ministre ont non seulement commis une erreur lorsqu'ils ont déclaré qu'ils n'avaient aucun pouvoir discrétionnaire en la matière, mais aussi lorsqu'ils n'ont pas vu que, puisque le différend a surgi lorsque les anciennes lignes directrices s'appliquaient, il leur revenait d'appliquer les anciennes lignes directrices au cas dont ils étaient saisis.

Les représentants du ministre n'ont pas cherché outre mesure à savoir ce que signifiait le mot « résidence ». Ce mot doit être considéré avec précaution, compte tenu de toutes les circonstances. Aucune signification précise ou unique ne lui est attribuée, et la résidence ne doit pas être confondue avec un déménagement ou un séjour temporaire. En outre, il n'y a eu aucune véritable prise en compte des observations du demandeur quant à la question de la résidence. Il subsistait une controverse manifeste et très actuelle quant à savoir si la position du ministre était applicable aux circonstances en l'espèce. Le ministre n'a pas reconnu cette controverse ou, s'il l'a reconnue, il n'a pas reconnu que l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire s'imposait pour savoir s'il convenait de restituer une partie ou la totalité des garanties (anciennes lignes directrices) ou si un non-respect suffisamment grave des conditions était survenu de façon à justifier la confiscation (nouvelles lignes directrices).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Kang c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2006 CF 652; *Thomson v. The Minister of National Revenue*, [1946] R.C.S. 209.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Tsang c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2006 CF 474; *Khalife c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] 4 R.C.F. 437; 2006 CF 221; *Harkat c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 198.

#### DOCTRINE CITÉE

Citoyenneté et Immigration Canada. *Guide opérationnel : Exécution de la Loi (ENF)*. Chapitre ENF 8 : Garanties, en ligne <<http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/guides/enf/enf08f.pdf>>.

APPLICATION for judicial review of the decision not to return cash and performance bonds to the applicant. Application allowed.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision de ne pas remettre la garantie en espèces et la garantie de bonne exécution au demandeur. Demande accueillie.

APPEARANCES:

*Ellen M. Snow* for applicant.  
*Angela Marinos* for respondent.

ONT COMPARU :

*Ellen M. Snow* pour le demandeur.  
*Angela Marinos* pour le défendeur.

SOLICITORS OF RECORD:

*Stikeman Elliott LLP*, Toronto, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Stikeman Elliott s.e.n.c.r.l., s.r.l.*, Toronto, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

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

HUGHES J.:

LE JUGE HUGHES :

[1] The applicant Mr. Hussain had the misfortune to act as a bondsperson for Mr. Somu, a brother-in-law of a friend. Somu was being held at the time in July 2002 by the Canada Border Services Agency pending a decision on his claim for refugee status. Hussain posted two bonds, a cash bond in the sum of \$5,000 and a performance bond also in the sum of \$5,000. As matters turned out, Somu was ultimately removed from Canada and the Minister will not return the money for either bond to Hussain who now seeks judicial review of the decision not to return either bond. For the reasons that follow, I find that the application is allowed.

[1] Le demandeur a eu la malchance d'agir comme caution pour M. Somu, beau-frère d'un ami. M. Somu était alors détenu, en juillet 2002, par l'Agence des services frontaliers du Canada jusqu'à ce qu'il soit statué sur sa demande d'asile. Le demandeur a déposé deux garanties, une garantie en espèces au montant de 5 000 \$ et une garantie de bonne exécution, elle aussi de 5 000 \$. Il se trouve que M. Somu fut finalement renvoyé du Canada et que le ministre n'entend pas restituer au demandeur les deux garanties. Le demandeur sollicite maintenant le contrôle judiciaire de la décision du ministre de ne pas lui restituer les garanties. Pour les motifs qui suivent, je ferai droit à la demande.

[2] The standard of review in matters respecting the return or forfeiture of bonds of this type has been considered by Justice Mosley of this Court in *Kang v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)* (2006), 293 F.T.R. 652. He considered other decisions of this Court and stated that the jurisprudence is complex and still evolving. While at least one decision (*Tsang v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)* (2006), 290 F.T.R. 137 (F.C.)) says that the standard is correctness, another (*Khalife v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] 4 F.C.R. 437 (F.C.)) says that it is reasonableness. Justice Mosley determined that he would

[2] La norme de contrôle qui s'applique aux affaires portant sur la restitution ou la confiscation de garanties de ce genre a été examinée par le juge Mosley, de la Cour fédérale, dans la décision *Kang c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2006 CF 652. Il a considéré d'autres décisions de la Cour, pour conclure que la jurisprudence en la matière est complexe et encore fluctuante. Selon au moins un précédent (*Tsang c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2006 CF 474), la norme est la décision correcte, mais selon un autre (*Khalife c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] 4 R.C.F. 437 (C.F.)), c'est la norme de décision

examine the matter on the basis of reasonableness and so will I, except as to matters of law where the standard is correctness.

[3] On July 22, 2002, Hussain signed a cash bond and delivered the sum of \$5,000 to the Minister's representatives. Conditions were indicated by a check mark and handwritten interlineations on a standard form provided by the Minister's representatives:

Person Concerned shall report as directed in writing for the making of removal arrangements and removal if conditional Removal Order becomes effective.

Person Concerned shall, prior to being released, provide Immigration officials with the residential address where s/he will reside. Before changing residence, he/she must report any such change in person to an Immigration officer at the Canada Immigration Reporting Centre, 6900 Airport Road, Entrance 2D, Mississauga, Ontario or at such other location as specified by an Immigration officer in writing.

Person Concerned shall report to the Citizenship and Immigration Canada Reporting Centre, 6900 Airport Road, Entrance 2B, Mississauga, Ontario at a frequency of once each week in accordance with a written reporting schedule which is to be provided to him/her by Citizenship and Immigration Canada at the time of release. An officer may in writing cancel this information, change the reporting location or reduce the reporting frequency starting Wednesday, July 31, 2002 between 9am and 3pm.

Person Concerned shall cooperate fully with Citizenship and Immigration Canada with respect to the accurate completion of any document or questionnaire related to establishing identity or obtaining travel documents and shall sign any such documents in a timely manner.

Person Concerned shall reside at all times with bondsperson, unless otherwise authorized in writing by an officer.

Person Concerned shall not work without authorization from Citizenship and Immigration

Person Concerned shall provide documentation other:—original document to establish identity prior to release.

raisonnable. Le juge Mosley a conclu qu'il examinerait l'affaire selon la norme de décision raisonnable et j'appliquerai la même norme, sauf pour les questions de droit, qui sont revues selon la norme de décision correcte.

[3] Le 22 juillet 2002, le demandeur a signé une garantie en espèces et remis la somme de 5 000 \$ aux représentants du ministre. Les conditions étaient indiquées par des coches et par des interlignes manuscrits, sur un formulaire réglementaire fourni par les représentants du ministre :

[TRADUCTION] L'intéressé devra se présenter, après en avoir reçu l'ordre par écrit, pour que soient prises les dispositions touchant son renvoi et pour qu'il soit procédé à son renvoi si la mesure de renvoi conditionnelle devient exécutoire.

L'intéressé devra, avant d'être mis en liberté, indiquer aux fonctionnaires de l'immigration le lieu de son domicile. Avant tout changement de domicile, il devra signaler tel changement en personne à un fonctionnaire de l'immigration, au Centre de contrôle de Citoyenneté et Immigration Canada, 6900 chemin de l'Aéroport, entrée 2D, à Mississauga, en Ontario, ou à tel autre endroit qu'indiquera par écrit un fonctionnaire de l'immigration.

L'intéressé devra se présenter au Centre de contrôle de Citoyenneté et Immigration Canada, 6900 chemin de l'Aéroport, entrée 2B, à Mississauga, en Ontario, une fois par semaine, conformément à un calendrier en forme écrite qui lui sera remis par Citoyenneté et Immigration Canada au moment de sa mise en liberté. Un agent pourra, par écrit, annuler cette information, changer l'endroit où l'intéressé devra se présenter ou réduire la fréquence de ses visites au Centre, et cela, à compter du mercredi 31 juillet 2002, entre 9 heures et 15 heures.

L'intéressé coopérera pleinement avec Citoyenneté et Immigration Canada en remplissant avec exactitude tout document ou questionnaire portant sur l'établissement de son identité ou sur l'obtention de titres de voyage, et il devra signer en temps utile tout document du genre.

L'intéressé résidera en tout temps chez la caution, sauf autorisation écrite d'un agent.

L'intéressé ne pourra pas travailler, sauf autorisation de Citoyenneté et Immigration Canada.

L'intéressé produira, avant sa mise en liberté, un document original établissant son identité.

[4] On the same day, July 22, 2002, Hussain signed a performance bond, in effect an undertaking to pay if certain conditions above are not respected, in the sum of \$5,000. The first page of the document says “see attached ‘Conditions of Release’”. The attached conditions were signed by Hussain but despite assurances from the Minister’s representatives that they would be sent shortly, they were not forwarded to the applicant until quite some time later, December 6, 2006, by which time the parties were engaged in serious discussion concerning the two bonds. The conditions respecting the performance bond and the cash bond are the same.

[5] On August 22, 2005, the Minister’s official wrote to the applicant stating that Somu had failed to comply with the terms and conditions of each bond and requested a payment of \$5,000 in satisfaction of the performance bond. The stated breach was that Somu had failed to appear for the pre-removal risk assessment (PRRA) interview on August 19, 2005. There appears to be some correspondence that went missing from the Minister’s record since the solicitor then acting for both Hussain and Somu appears to have furnished some materials to the Minister’s officials that were missing from their files. It is not clear what was missing or for how long. In any event, the Minister’s officials sent a further letter to the applicant on July 27, 2006 demanding payment in respect of the performance bond and stating:

Thank you for your submissions that were received on 30Jan2006 and reviewed. I have determined that there are grounds to estreat the \$5000.00 Performance Bond and forfeit the \$5000.00 Cash Bond #B106194, both signed by you on 22Jul2002.

1- Mr. Somu failed to appear for his interview he breached one condition of the bond being to report as directed for the making of removal arrangements and removal if the conditional removal order became effective.

2- the requirement to reside at all times with bondsperson unless otherwise authorized by an Immigration Officer in writing.

[4] Le même jour, le 22 juillet 2002, le demandeur signait une garantie de bonne exécution, c’est-à-dire un engagement de payer la somme de 5 000 \$ si les conditions susmentionnées n’étaient pas respectées. La première page du document contient les mots suivants : voir les conditions annexées de mise en liberté. Les conditions annexées étaient signées par le demandeur, mais, malgré l’assurance des représentants du ministre qu’elles lui seraient envoyées prochainement, elles n’ont été transmises au demandeur que bien plus tard, le 6 décembre 2006, alors que les parties étaient engagées dans une discussion sérieuse concernant les deux garanties. Les conditions de la garantie de bonne exécution et celles de la garantie en espèces sont les mêmes.

[5] Le 22 août 2005, le représentant du ministre a écrit au demandeur pour lui dire que M. Somu ne s’était pas conformé aux conditions de chacune des garanties et il le pria de payer la somme de 5 000 \$ pour satisfaire à la garantie de bonne exécution. Le manquement allégué était que M. Somu ne s’était pas présenté le 19 août 2005 à l’entrevue portant sur l’examen des risques avant renvoi (ERAR). Il semble qu’une certaine correspondance a disparu du dossier du ministre, car l’avocat qui représentait alors à la fois le demandeur et M. Somu aurait remis aux représentants du ministre certains documents qui ne figuraient pas dans leurs dossiers. On ne sait trop quels documents étaient absents, ni depuis combien de temps. En tout état de cause, les représentants du ministre ont envoyé une deuxième lettre au demandeur le 27 juillet 2006, pour exiger paiement en accord avec la garantie de bonne exécution. Ils écrivaient ce qui suit :

[TRADUCTION] Merci de votre communication, que nous avons reçue le 30 janvier 2006 et que nous avons examinée. Je suis arrivé à la conclusion qu’il y a lieu de donner effet à la garantie de bonne exécution de 5 000 \$ et de confisquer la garantie en espèces n° B106194 au montant de 5 000 \$, deux garanties que vous avez signées le 22 juillet 2002.

1- M. Somu ne s’est pas présenté à son entrevue et il a donc transgressé l’une des conditions de la garantie, puisqu’il devait se présenter, si ordre lui en était donné, pour que soient prises les dispositions touchant son renvoi et pour qu’il soit procédé à son renvoi si la mesure de renvoi conditionnelle devenait exécutoire.

2- Il devait résider en tout temps avec la caution, sauf autorisation écrite d’un agent d’immigration.

3- before changing residence, must report any such change in residence in person to an immigration official at the Canada Immigration center, 6900 Airport Rd., Mississauga, ON.

[6] The applicant responded promptly on August 14, 2006, providing an explanation as to those alleged breaches emphasizing that it was he, Hussain, who brought Somu in to the authorities as soon as an issue was raised. The Minister's officials do not appear to have put sufficient weight on this cooperation. He [Hussain] said:

What I'm trying to convey to you is the fact that I brought Mr. Somu immediately to your office when the letter was found. Further, he was deported: i.e.; he did not flee the country. With regards to your second reason that you provided for having the bond forfeited, Mr. Somu was permanently residing at my home. However, during the time of renovation of my home, there was no place for him to stay, therefore, he had to stay elsewhere which was on a temporary basis. Nevertheless, his permanent place of residence was at my home. This also addresses your third reason for having the bond forfeited: the reason that you were not informed of a change in residence is because there was no change in address for Mr. Somu.

[7] On September 11, 2006, the Minister responded indicating that Somu had "clearly breached more than one of these conditions" and maintaining the request for payment upon the performance bond:

On July 27, 2006 we sent you a letter addressing the many violations of the cash/performance bond dated July 22, 2002 Mr. Somu breached. Mr. Somu clearly breached more than one of these conditions when he failed to appear for his interview, for not residing with you at all times, and for failing to provide Immigration officials his residential address.

With regards to your reference to statements made by an officer about your responsibilities as surety, a copy of the "Conditions of Release" is provided to all bondspersons, and we have on file a copy of the "Conditions of Release" which were attached to the bonds you signed on July 22, 2002.

[8] This letter was responded to by a firm of solicitors acting for Hussain, Stikeman Elliott, on November 2,

3- Avant tout changement de domicile, il devait signaler tout changement du genre, en personne, à un agent d'immigration, au centre d'Immigration Canada, 6900 chemin de l'Aéroport, à Mississauga, en Ontario.

[6] Le demandeur a répondu promptement, le 14 août 2006, en fournissant des explications concernant ces manquements prétendus. Il a souligné que c'était lui, Hussain, qui amenait M. Somu aux autorités dès qu'une difficulté surgissait. Les représentants du ministre ne semblent pas avoir accordé un poids suffisant à cette coopération. Le demandeur écrivait ce qui suit :

[TRADUCTION] Ce que j'essaie de vous faire comprendre, c'est que j'ai conduit M. Somu immédiatement à vos bureaux quand la lettre a été trouvée. En outre, il a été expulsé, c'est-à-dire qu'il ne s'est pas enfui du pays. S'agissant du deuxième motif que vous invoquez pour confisquer la garantie, M. Somu résidait en permanence chez moi. Cependant, au cours des travaux de rénovation de mon habitation, il n'y avait pas de place pour lui ici et il a donc dû demeurer ailleurs temporairement. Néanmoins, il résidait chez moi d'une manière permanente. Cela répond également au troisième motif que vous invoquez pour confisquer la garantie : si vous n'avez pas été informé d'un changement de domicile de M. Somu, c'est parce que M. Somu n'a pas changé de domicile.

[7] Le 11 septembre 2006, le ministre a répondu au demandeur que M. Somu avait [TRADUCTION] « manifestement transgressé plus d'une de ces conditions » et que la somme prévue par la garantie de bonne exécution devait être payée :

[TRADUCTION] Le 27 juillet 2006, nous vous avons envoyé une lettre faisant état des nombreuses transgressions commises par M. Somu, déclenchant ainsi la garantie en espèces et la garantie de bonne exécution datées du 22 juillet 2002. M. Somu a manifestement transgressé plus d'une de ces conditions, puisqu'il ne s'est pas présenté à son entrevue, qu'il n'a pas résidé chez vous en tout temps et qu'il n'a pas signalé aux fonctionnaires de l'immigration sa nouvelle adresse.

En ce qui concerne les déclarations faites par un agent à propos de vos responsabilités en tant que caution, une copie des « conditions de mise en liberté » est remise à toutes les cautions, et nous avons dans nos dossiers une copie des « conditions de mise en liberté » qui accompagnait les garanties que vous avez signées le 22 juillet 2002.

[8] Un cabinet d'avocats, Stikeman Elliott, agissant pour le demandeur, a répondu à cette lettre le 2 novembre

2006. They asked for a copy of the conditions attached to the performance bond and for reconsideration of the Minister's position. The Minister's official responded by letter dated December 6, 2006 in which only breaches relating to residency were maintained:

This is further to your letter dated November 02, 2006 and reviewed by Officer J. Martin. Officer Martin has determined that Mr. Manoharan Somu failed to meet the following condition of his bond namely, he failed to reside with the bondsperson at all times unless authorized in writing by a CBSA officer.

At the time of Mr. Manoharan Somu's Pre-Removal Risk Assessment invitation on August 30, 2005 the client stated that he has been living with a friend for a month and not with the bondsperson as required by the performance bond. Canada Border Service Agency has not agreed or approved any change of address.

Further, on two separate occasions September 01, 2005 and September 08, 2005 at detention review Mr. Somu again confirmed that he had not been living with the bondsperson as Mr. Mohammed Hussain's house was under renovations. Mr. Hussain had requested that Mr. Somu relocate during the renovations. However, he never sought or received from CBSA a change of address approval, including when he reported to CBSA at 6900 Airport Road, in Toronto, Ontario.

Therefore, the bond conditions have been violated by not abiding to the conditions of the bond & therefore, is forfeit to the crown.

[9] The applicant's solicitors responded by letter dated January 29, 2007 taking issue with the Minister's position that its residency conditions had been breached. The letter said, in part:

We understand that CBSA found a breach of conditions as a result of information provided by Mr. Somu during interviews with CBSA Officers while detained. However, Mr. Hussain provided additional information with respect to the relevant facts; CBSA has not provided him with an explanation as to why his evidence does not justify a return or reduction of his deposit.

2006. Les avocats voulaient obtenir une copie des conditions annexées à la garantie de bonne exécution et ils priaient le ministre de réexaminer sa position. Le représentant du ministre a répondu par lettre du 6 décembre 2006, dans laquelle il écrivait que seuls étaient retenus les manquements se rapportant à l'obligation de résidence de M. Somu :

[TRADUCTION] La présente fait suite à votre lettre du 2 novembre 2006, examinée par l'agent J. Martin. L'agent Martin a conclu que M. Manoharan Somu a transgressé la condition suivante de sa mise en liberté : il a manqué à son obligation de résider en tout temps chez la caution, alors qu'il n'avait pas l'autorisation écrite d'un agent de l'ASFC de se soustraire à cette obligation.

Lorsque M. Manoharan Somu fut invité à se présenter le 30 août 2005 pour un examen des risques avant renvoi, il a déclaré qu'il vivait chez un ami pour un mois et non chez la caution, comme il y était tenu de par la garantie de bonne exécution. L'Agence des services frontaliers du Canada n'a approuvé aucun changement de domicile.

Par ailleurs, à deux reprises, le 1<sup>er</sup> septembre 2005 et le 8 septembre 2005, lors du contrôle de sa détention, M. Somu a confirmé à nouveau qu'il ne vivait pas chez la caution, car des travaux de rénovation étaient en cours d'exécution chez M. Mohammed Hussain. M. Hussain avait demandé à M. Somu de trouver un autre endroit durant les rénovations. Cependant, M. Somu n'a jamais sollicité ni obtenu l'approbation de l'ASFC pour un changement de domicile, y compris à la date où il s'est présenté à l'ASFC, 6900 chemin de l'Aéroport, à Toronto, en Ontario.

Par conséquent, M. Somu a transgressé les conditions de sa mise en liberté et la garantie doit donc être confisquée.

[9] Les avocats du demandeur ont répondu par lettre datée du 29 janvier 2007 en contestant la position du ministre pour qui M. Somu avait transgressé les conditions touchant son lieu de résidence. La lettre contenait notamment ce qui suit :

[TRADUCTION] Nous croyons comprendre que l'ASFC a conclu à une violation des conditions après que M. Somu eut communiqué une information à des agents de l'ASFC au cours d'entrevues durant sa détention. Cependant, M. Hussain a communiqué des renseignements additionnels à propos des faits pertinents; l'ASFC ne lui a pas expliqué pourquoi les renseignements en cause qu'il a communiqués ne justifiaient pas la restitution au moins partielle de son dépôt.

For instance, the information provided by Mr. Hussain in his letters to CBSA dated August 14, 2006 and September 29, 2006 include the following key facts:

Manoharan Somu remained resident at Mr. Hussain's residence at all times; and

While Mr. Hussain's home underwent renovations, Mr. Somu did stay temporarily with a friend; however, his place of permanent residence at all times remained at Mr. Hussain's home.

In addition, during the time period in question, even Mr. Hussain's two daughters temporarily stayed with their grandmother, yet their permanent residence did not change. Likewise, Mr. Somu's residence did not change: his personal belongings were at Mr. Hussain's residence; his mail was delivered to Mr. Hussain's house and he regularly attended at Mr. Hussain's house.

In our view, CBSA's correspondence thus far fails to demonstrate that Mr. Hussain's evidence has been taken into account as required.

[10] Citizenship and Immigration Canada, as they call themselves, provide guidelines for use by their officials in making determinations in the discharge of their various duties. These guidelines do not have the force or effect of an Act or Regulation but have been recognized as providing assistance to the Court in determining whether discretion has been properly exercised (*Kang*, above, at paragraph 37). Up until this point, these guidelines and, in particular, "ENF 8, Deposits and Guarantees" [Citizenship and Immigration Canada. *Operational Manual: Enforcement (ENF)*] said with respect to forfeiture of a bond:

Delegated CIC or CBSA officers should consider each case on its own merits.

...

The manager will determine whether it is appropriate to settle for an amount less than that originally stipulated in a guarantee on a case-by-case basis, according to regional guidelines.

[11] Those guidelines changed effective February 11, 2007. The second excerpt quoted above was changed to read:

Par exemple, les renseignements fournis par M. Hussain dans ses lettres à l'ASFC datées du 14 août 2006 et du 29 septembre 2006 font notamment état des faits suivants :

M. Manoharan Somu a continué de résider en tout temps chez M. Hussain;

Durant les travaux de rénovation entrepris chez M. Hussain, M. Somu est demeuré temporairement chez un ami; cependant, il continuait de résider en permanence chez M. Hussain.

En outre, durant la période en question, même les deux filles de M. Hussain sont allées demeurer temporairement chez leur grand-mère, mais leur lieu de résidence n'avait pas changé pour autant. Pareillement, le lieu de résidence de M. Somu n'avait pas changé : ses effets personnels se trouvaient chez M. Hussain; son courrier était livré chez M. Hussain, et il se présentait régulièrement chez M. Hussain.

À notre avis, la correspondance de l'ASFC à ce jour ne montre pas qu'il a été tenu compte de l'information communiquée par M. Hussain à l'ASFC.

[10] Citoyenneté et Immigration Canada, comme on appelle cet organisme, communique des directives à l'intention de ses représentants, pour les aider lorsqu'ils prennent des décisions dans l'exercice de leurs diverses fonctions. Ces directives n'ont pas la force ou l'effet d'une loi ou d'un règlement, mais sont reconnues comme des instruments qui permettent à la Cour de dire si un pouvoir discrétionnaire a été valablement exercé (*Kang*, précitée, au paragraphe 37). Jusqu'à aujourd'hui, ces directives, et en particulier la directive ENF 8 Garanties [Citoyenneté et Immigration Canada. *Guide opérationnel : Exécution de la Loi (ENF)*] renfermait ce qui suit à propos de la confiscation d'une garantie :

Les agents délégués de CIC ou de l'ASFC doivent examiner chaque cas en fonction de son bien-fondé.

[...]

Le gestionnaire déterminera au cas par cas s'il convient de fixer un montant plus faible que celui stipulé à l'origine dans la garantie d'exécution, en accord avec les lignes directrices de l'administration centrale.

[11] Ces directives ont été modifiées le 11 février 2007. Le deuxième passage susmentionné est maintenant formulé comme il suit :

CIC and CBSA managers and officers have discretionary power to decide whether a breach of conditions is severe enough to warrant the forfeiture of the deposit or the guarantee. However, CIC as well as CBSA managers and officers do not have discretionary power to reduce or otherwise alter the amount of the deposit or guarantee.

[12] Thus while it appears that the policy continues that every situation must be considered on a case-by-case basis, the policy to accept a lesser payment has been replaced with a policy that the amount cannot be reduced but consideration must be given as to whether the breach was “severe enough.”

[13] The Minister’s official did not respond to the applicant’s lawyers’ letter of January 29, 2007 until March 7, 2007 which was after the change in policy. The official wrote:

Thank you for taking the time to write and discuss the matter respecting your client Mohamed Hussain the bonds person for the above subject Mr. Somu. I have taken the time to review all of the recent case law you have provided from the Federal Court of Canada that discusses cases that consider forfeiture of cash and for performance bonds.

While I understand Mr. Hussain takes his obligations by signing these bonds seriously, he does agree in your correspondence the bonds were breached when Mr. Manoharan Somu moved without written authorization from Canada Border Services Agency (CBSA). Further, I understand that you would like to resolve this case by having the cash bond forfeit and the return of the performance bond to your client.

Unfortunately, I am governed by Chapter ENF 8, Deposits and Guarantees, which has been recently changed February 11, 2007 to Section 7.8 and a paragraph has been deleted. In addition, the title of the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness has been changed to the Minister of Public Safety.

The recent manual inductions clearly direct Managers not to take partial estreatment. I have enclosed the Chapter 8 as a reference including paragraph highlighted 7.8 Deposit and Guarantee given by a third party.

Les gestionnaires et agents de CIC et de l’ASFC possèdent le pouvoir discrétionnaire de décider si le non-respect des conditions est suffisamment grave pour justifier la confiscation du dépôt de garantie ou la réalisation de la garantie d’exécution. Toutefois, les gestionnaires et agents de CIC et de l’ASFC ne possèdent pas le pouvoir discrétionnaire de réduire ou de modifier autrement le montant du dépôt de garantie ou de la garantie d’exécution.

[12] Ainsi, bien qu’il semble que chaque situation doit encore être considérée comme un cas d’espèce, la politique qui autorisait l’acceptation d’un paiement moindre a été remplacée par une politique selon laquelle le montant de la garantie ne peut pas être réduit, sous réserve qu’il faut se demander si le non-respect des conditions a été « suffisamment grave ».

[13] Le représentant du ministre n’a répondu que le 7 mars 2007, c’est-à-dire après le changement de la politique, à la lettre des avocats du demandeur datée du 29 janvier 2007. Le représentant écrivait ce qui suit :

[TRADUCTION] Merci d’avoir pris le temps de nous écrire à propos de l’affaire qui intéresse votre client, Mohamed Hussain, la caution de M. Somu. J’ai passé en revue tous les jugements récents de la Cour fédérale du Canada que vous avez cités, où il est question de la confiscation de garanties en espèces et de garanties de bonne exécution.

Je comprends que M. Hussain prenait au sérieux ses obligations lorsqu’il a signé ces garanties, mais il reconnaît dans votre correspondance que M. Manoharan Somu a transgressé les conditions de sa mise en liberté quand il a déménagé sans avoir obtenu au préalable l’autorisation de l’Agence des services frontaliers du Canada (ASFC). Je crois comprendre aussi que vous voudriez que cette affaire soit résolue par confiscation de la garantie en espèces et restitution à votre client de la garantie de bonne exécution.

Malheureusement, je dois m’en tenir au chapitre *ENF 8 Garanties* qui est modifié, depuis le 11 février 2007, à la section 7.8 et dont un paragraphe a été supprimé. En outre, le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile s’appelle maintenant ministre de la Sécurité publique.

Les récentes modifications apportées au guide donnent clairement instruction aux gestionnaires de ne pas accepter une exécution partielle des garanties. Je joins à la présente le chapitre 8, pour référence, y compris le paragraphe 7.8, mis en relief, intitulé « Garantie fournie par un tiers ».



While I understand this is not what you are requesting unfortunately, these bonds already are forfeited to the Crown and I have no discretion in this matter. Trust this bring this to a conclusion.

[14] This letter is not correct in at least two respects. First, the post-February 11, 2007 policy does require an exercise of discretion; it requires a consideration as to whether the breach of conditions was “severe enough.” Second, the official did not recognize that since the dispute arose when the old guidelines were in force, consideration had to be given to applying those old guidelines to the situation at hand. As discussed by Mosley J. in *Kang*, above, at paragraph 37, the guidelines are not law and, as he said at paragraphs 27 to 31, it is reasonable for the Minister, in these circumstances, to continue to apply the previous guidelines:

As mentioned above, Manager Gilker’s affidavit states that she “...determined that Ms. Lee had breached a Condition of Release, causing the Applicants’ bond to be forfeited”. This suggests that the Manager considered that there was no scope for her to exercise any discretion once she had made the factual determination that a breach of condition had occurred.

In cases decided under the former *Immigration Act*, this Court held that while a breach of condition was a condition precedent for the exercise of discretion, the Officer must still turn her mind to the exercise of discretion when deciding whether to declare a bond forfeited: *Gayle*, above *Bcherraway v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2003), 255 F.T.R. 161, 2003 FC 1427 (F.C.T.D.).

This line of precedent was applied to forfeiture decisions under the current legislation in *Uanseru*. In that case, there was both a \$5000 performance bond and a \$5000 cash deposit. The officer decided not to enforce the performance bond but ordered the cash deposit forfeited. Justice Mactavish found that it was impossible to discern from the officer’s reasons why she differentiated between the two. Thus there was no way of determining whether the officer relied upon considerations that were irrelevant or extraneous to the statutory purpose, one of the principles enunciated by the Supreme Court of Canada in *Maple Lodge Farms v. Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2, 137 D.L.R. (3d) 558 for determining whether discretion has been properly exercised.

Je sais que ce n’est pas ce que vous espériez, mais malheureusement ces garanties sont déjà confisquées au bénéfice de la Couronne et je n’ai aucun pouvoir discrétionnaire en la matière. J’ose espérer que cela clôt le dossier.

[14] Cette lettre est erronée sous au moins deux aspects. D’abord, la politique postérieure au 11 février 2007 confère bel et bien un pouvoir discrétionnaire; elle requiert de se demander si le non-respect des conditions a été « suffisamment grave ». Deuxièmement, le représentant du ministre n’a pas vu que, puisque le différend avait surgi à l’époque où les anciennes directives s’appliquaient, il lui revenait d’appliquer les anciennes directives au cas dont il était saisi. Ainsi que l’écrivait le juge Mosley dans la décision *Kang*, précitée, au paragraphe 37, les lignes directrices n’ont pas force de loi et, comme il le disait aux paragraphes 27 à 31, il est raisonnable pour le ministre, dans ces conditions, de continuer d’appliquer les anciennes lignes directrices :

Comme il a été mentionné plus haut, la gestionnaire Gilker déclare dans son affidavit qu’elle a [TRADUCTION] « [...] déterminé que M<sup>me</sup> Lee avait contrevenu à une condition de sa mise en liberté, ce qui a provoqué la confiscation du cautionnement de la demanderesse ». Cela laisse entendre que la gestionnaire a considéré qu’elle ne pouvait plus exercer un pouvoir discrétionnaire quelconque après avoir déterminé, en se fondant sur les faits, qu’il y avait eu contravention.

Dans des décisions rendues en vertu de l’ancienne *Loi sur l’immigration*, la Cour a statué que, bien que le défaut de se conformer à une condition de la mise en liberté soit une condition préalable à l’exercice du pouvoir discrétionnaire, l’agent doit quand même se consacrer à l’exercice de ce pouvoir au moment de décider s’il faut déclarer la confiscation d’un cautionnement : *Gayle*, précitée, et *Bcherraway c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* (2003), 255 F.T.R. 161, 2003 CFPI 1427 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

Ce courant jurisprudentiel a été suivi dans des décisions relatives à une confiscation effectuée en vertu de la loi actuellement en vigueur et, plus particulièrement, dans *Uanseru*. Dans cette affaire, il était question à la fois d’une garantie d’exécution de 5 000 \$ et d’un cautionnement en espèces de 5 000 \$. L’agente en cause a décidé de ne pas exercer la garantie d’exécution, mais a ordonné la confiscation du cautionnement en espèces. La juge Mactavish a conclu qu’il était impossible d’isoler dans les motifs de l’agente les raisons pour lesquelles elle avait fait une distinction entre les deux. Il n’y avait donc aucune façon de savoir si l’agente s’était fondée sur des considérations irrégulières ou étrangères à l’objet de la loi, l’un des principes énoncés par la Cour suprême du Canada dans *Maple Lodge Farms c. Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2, 137

The respondent Minister conceded in *Uanseru* that notwithstanding the change in the legislation, the officer retained the discretion not to declare a performance bond forfeited where there has been a breach of the terms of release.

There was a similar concession in *Khalife*. Moreover, in *Khalife*, the officer had exercised her discretion to order a lesser amount forfeited. The issue in that case was whether she was required to consider the degree of fault of the subject or surety and apply proportionality principles similar to those developed in the criminal courts for estreats of bail bonds.

[15] The applicant's solicitors took issue with the letter of March 7, 2007 and wrote to a different senior official on March 8. That official responded by letter dated March 22, 2007 which is the decision sought to be reviewed. The substantive portion of that letter for these purposes reads:

I have consulted with the legal services department of the Canada Border Services Agency (CBSA), and can offer you the following comments. CBSA's position is that once a person released subject to a cash or performance bond has breached the conditions of their release, there is no discretion in the Immigration and Refugee Protection Act (IRPA) for an officer to excuse a portion of the bond; consequently, the guarantor remains liable for the full amount specified in the performance bond.

[16] That decision is not correct for the same reason that the letter of March 7 was not correct. First, there is discretion under the new guidelines which must be fairly exercised and communicated to the applicant, namely, was the breach "severe enough." Second, these are policies, not law, and a discretion remains in respect of an issue that was clearly in dispute under the old guidelines, to continue to apply those guidelines.

[17] Further it is clear from the record and the Minister's officials' correspondence that they did not act reasonably

D.L.R. (3d) 558, pour déterminer si un pouvoir discrétionnaire a été correctement exercé.

Dans *Uanseru*, le ministre défendeur a admis que, malgré les modifications apportées à la législation, l'agente conservait le pouvoir discrétionnaire de ne pas déclarer la confiscation d'une garantie d'exécution en cas d'observation des conditions de mise en liberté.

Une concession similaire a été faite dans *Khalife*. De plus, dans *Khalife*, l'agente avait exercé son pouvoir discrétionnaire pour ordonner la confiscation d'un montant moins élevé. Dans cette affaire, il s'agissait de savoir si l'agente était tenue de considérer le degré de la faute du sujet ou du garant et d'appliquer des principes de proportionnalité similaires à ceux qui ont été établis dans les cours criminelles pour la confiscation des cautionnements.

[15] Les avocats du demandeur n'ont pas accepté la lettre du 7 mars 2007 et ont écrit le 8 mars à un autre haut fonctionnaire. Celui-ci a répondu par lettre du 22 mars 2007, laquelle représente la décision que le demandeur voudrait faire annuler. La portion essentielle de ladite lettre, aux fins qui nous concernent, est ainsi formulée :

[TRADUCTION] J'ai consulté le contentieux de l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) et je puis vous communiquer les observations suivantes. La position de l'ASFC est que, dès qu'une personne mise en liberté à la faveur d'une garantie en espèces ou d'une garantie de bonne exécution contrevient aux conditions de sa mise en liberté, l'agent chargé du dossier n'a pas le pouvoir, selon la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR), de renoncer à une portion de la garantie; par conséquent, la caution demeure tenue de payer le montant intégral précisé dans la garantie de bonne exécution.

[16] Cette décision est erronée, pour la même raison qu'était erronée la lettre du 7 mars. D'abord, les nouvelles lignes directrices confèrent un pouvoir discrétionnaire qui doit être exercé équitablement, et les lignes directrices doivent être communiquées au demandeur, en ce sens que l'agent doit se demander si le non-respect des conditions a été « suffisamment grave ». Deuxièmement, il s'agit de politiques, non d'une loi, et l'agent concerné conserve le pouvoir discrétionnaire d'appliquer les anciennes lignes directrices à une question litigieuse qui manifestement a surgi à l'époque des anciennes lignes directrices.

[17] Il ressort clairement aussi du dossier et de la correspondance des représentants du ministre que ceux-

in that they did not give sufficient consideration as to what the word “residence” means. It is a word of the Minister’s own choosing, the Minister put that word in the printed form setting out the conditions of bail. If that word is in any way ambiguous it is the Minister’s responsibility to assume the risk of any ambiguity.

[18] In law, the word “resident” or “residence” is one that must be considered carefully having regard to all the circumstances. There is no precise or single meaning. Residence is not to be confused with temporary move or sojourn. The leading authority often quoted in these circumstances is *Thomson v. The Minister of National Revenue*, [1946] S.C.R. 209 which, while a tax case, is referred to often in numerous non-tax cases. In that case, Rand J. said, at page 224:

The gradation of degrees of time, object, intention, continuity and other relevant circumstances, shows, I think, that in common parlance “residing” is not a term of invariable elements, all of which must be satisfied in each instance. It is quite impossible to give it a precise and inclusive definition. It is highly flexible, and its many shades of meaning vary not only in the contexts of different matters, but also in different aspects of the same matter. In one case it is satisfied by certain elements, in another by others, some common, some new.

and Kerwin J. said, at pages 211-212:

There is no definition in the Act of “resident” or “ordinarily resident” but they should receive the meaning ascribed to them by common usage. When one is considering a Revenue Act, it is true to state, I think, as it is put in the Standard Dictionary, that the words “reside” and “residence” are somewhat stately and not to be used indiscriminately for “live”, “house” or “home”. The Shorter Oxford English Dictionary gives the meaning of “reside” as being “To dwell permanently or for a considerable time, to have one’s settled or usual abode, to live, in or at a particular place.” By the same authority “ordinarily” means “1. In conformity with rule; as a matter of regular occurrence. 2. In most cases, usually, commonly. 3. To the usual extent. 4. As is normal or usual.” On the other hand, the meaning of the word “sojourn” is given as “to make a temporary stay in a place; to remain or reside for a time.”

ci n’ont pas agi raisonnablement, en ce sens qu’ils n’ont pas cherché outre mesure à savoir ce que signifiait le mot « résidence ». C’est un mot que le ministre a décidé d’utiliser, c’est lui qui a inséré ce mot dans le formulaire imprimé énumérant les conditions de la mise en liberté. Si ce mot est de quelque façon ambigu, c’est au ministre qu’il revient d’assumer le risque d’une telle ambiguïté.

[18] En droit, le mot « résident » ou « résidence » doit être considéré avec précaution, compte tenu de toutes les circonstances. Aucune signification précise ou unique ne lui est attribuée. La résidence ne doit pas être confondue avec un déménagement ou séjour temporaire. L’arrêt de principe souvent cité dans ce cas est l’arrêt *Thomson v. The Minister of National Revenue*, [1946] R.C.S. 209, un précédent qui, même s’il s’agissait de fiscalité, est souvent mentionné dans de nombreuses affaires sans rapport avec l’impôt. Dans l’arrêt *Thomson*, le juge Rand écrivait, à la page 224 :

[TRADUCTION] L’échelonnement des degrés de temps, d’objet, d’intention, de continuité et autres circonstances pertinentes montre, je crois, que, dans le langage courant, la « résidence » n’est pas un ensemble d’éléments invariables, dont tous doivent être présents dans un cas donné. Il est parfaitement impossible de donner à ce mot une définition précise et complète. C’est une notion extrêmement souple, et ses nombreuses nuances varient non seulement d’une affaire à une autre, mais également dans les divers aspects d’une même affaire. Dans un cas, il y a résidence si certains éléments sont présents, et dans un autre si d’autres éléments sont présents, certains fréquents, d’autres nouveaux.

et le juge Kerwin écrivait, aux pages 211 et 212 :

[TRADUCTION] La Loi ne contient aucune définition du mot « résident » ou de l’expression « ordinairement résident », mais on devrait leur attribuer la signification qui leur est conférée par l’usage. Lorsqu’on a affaire à une loi de nature fiscale, il est vrai d’affirmer, je crois, comme on peut le voir dans le Standard Dictionary, que les mots « résider » et « résidence » ont quelque chose d’imposant et ne doivent pas être utilisés indistinctement pour les mots « vivre », « maison » ou « habitation ». Le *Shorter Oxford Dictionary* définit ainsi le mot « résider » (« *reside* ») : « Habiter d’une manière permanente ou pour une période considérable dans un lieu, avoir son domicile établi ou habituel, pour vivre, dans ou à un certain endroit. » Dans le même dictionnaire, le mot « ordinairement » (« *ordinarily* ») signifie : « 1. En conformité avec une règle; de façon régulière. 2. Dans la plupart des cas, habituellement, généralement. 3. Communément. 4. Couramment. » Par ailleurs, le mot « séjourner » (« *sojourn* ») est défini ainsi : « Rester

[19] The question of residence was considered extensively by Justice Dawson of this Court in the very recent decision of *Harkat v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 198. “Reside” involves consideration of many things including: whether a person “usually” sleeps every night at a certain place; were absences for temporary purposes; what was the intent of the persons involved; and whether there was an intent to return; are among the matters for consideration. I repeat paragraphs 44, 45, 48 and 54 of that decision:

In this context, to “reside” with someone means to “live” with them. As the release order was ultimately amended, Mr. Harkat was to live with Ms. Harkat, Ms. Brunette, and Mr. Weidemann.

I do take guidance from the decisions relied upon by Mr. Harkat. While the supervising sureties were not each obliged to sleep at the residence every night in order for Mr. Harkat to reside with them, his residence had to be the place where they usually returned to and slept at night. Such an interpretation of “reside” is consistent with that applied by the High Court of Justice in *Abu Rideh v. Secretary of State for the Home Department*, [2007] EWHC 2237 (Admin) at paragraphs 11 and 33. So long as the supervising sureties’ absences from the residence were each for a temporary purpose and they intended to return to the residence, the sureties resided with Mr. Harkat and he with them.

...

For the purpose of the release order, I find as a fact that Ms. Brunette had left the residence with the intent of not living there again. I also find no intent on the part of the Harkats to later move in with her. The most reasonable inference, based upon Ms. Brunette’s evasive testimony, Ms. Harkat’s clear testimony and Ms. Harkat’s e-mail of December 9, 2007, is that Ms. Brunette and the Harkats were to go their separate ways. There was no plan on their part that the Harkats would join Ms. Brunette at her new location.

...

As for the argument that, by virtue of her “strong and regular contact” with the residence, Ms. Brunette continues to reside there, the usual meaning of “reside”, as Mr. Justice Tarnopolsky noted in *Gravino*, is where one sleeps. Ms. Brunette no longer sleeps at the residence on a regular basis. The purpose of

temporairement dans un lieu; demeurer ou résider pendant un certain temps. »

[19] La notion de résidence a été examinée en détail par la juge Dawson, de la Cour fédérale, dans un jugement très récent, *Harkat c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2008 CF 198. Le mot « résider » requiert la prise en compte de nombreux aspects, à savoir : une personne dort-elle « habituellement » chaque soir au même endroit? Ses absences étaient-elles temporaires? Quelle était l’intention de cette personne? Avait-elle l’intention de revenir? Ce sont là des points à examiner. Je cite les paragraphes 44, 45, 48 et 54 de ce jugement :

Dans ce contexte, « résider » avec une personne signifie « vivre » avec elle. Selon les termes de l’ordonnance de mise en liberté à la suite des plus récentes modifications, M. Harkat devait vivre avec M<sup>me</sup> Harkat, M<sup>me</sup> Brunette et M. Weidemann.

Je tiens compte des décisions invoquées par M. Harkat. Chacune des cautions de surveillance n’était pas obligée de passer chaque nuit à la résidence pour que M. Harkat réside avec elles, mais la résidence de ce dernier devait être l’endroit où elles avaient l’habitude de revenir et de passer la nuit. Une telle interprétation de « résider » est conforme à celle retenue par la High Court of Justice dans *Abu Rideh c. Secretary of State for the Home Department*, [2007] EWHC 2237 (Admin), aux paragraphes 11 et 33. Tant que les absences des cautions de surveillances de la résidence avaient chaque fois un but temporaire et que les cautions avaient l’intention de revenir à la résidence, les cautions résidaient avec M. Harkat et réciproquement.

[...]

Pour l’application de l’ordonnance de mise en liberté, j’en arrive à la conclusion de fait que M<sup>me</sup> Brunette avait quitté la résidence avec l’intention de ne plus y vivre. Je conclus aussi que les Harkat n’avaient pas l’intention d’emménager avec elle plus tard. L’inférence la plus raisonnable que l’on puisse tirer du témoignage évasif de M<sup>me</sup> Brunette, du témoignage clair de M<sup>me</sup> Harkat et de son courrier électronique du 9 décembre 2007, est que M<sup>me</sup> Brunette et les Harkat allaient partir chacun de leur côté. Il n’était pas prévu que les Harkat rejoindraient M<sup>me</sup> Brunette à sa nouvelle adresse.

[...]

Pour ce qui est de l’argument selon lequel M<sup>me</sup> Brunette continue de résider dans la maison en raison de son « contact étroit et régulier » avec la résidence, « résider » est l’endroit où l’on dort selon le sens habituel de ce terme, comme l’a fait remarquer le juge Tarnopolsky dans *Gravino*. M<sup>me</sup> Brunette ne

paragraph 6 of the release order was to ensure effective supervision of Mr. Harkat. Effective supervision comes from the supervisor's physical presence—not from the presence of their belongings. I repeat that there was nothing temporary about Ms. Brunette's decision to no longer sleep at the residence.

[20] It is clear from a review of the Tribunal record in this case that the Minister's officials, as early as January 2006, had determined on the basis of the evidence of Somu only that he had ceased to "reside" with Hussain. Part of the reason for arriving at that determination was that Somu had been evasive and apparently had at one time hidden in a closet. If this latter reason was a consideration it was never communicated to Hussain and should have been as a matter of fairness.

[21] Repeated correspondence from Hussain's lawyers as to his side of the "residence" story seems to have fallen on deaf ears. The Tribunal record shows no serious consideration of those submissions. The Minister has chosen to file no evidence. Thus he has provided no enlightenment as to the true deliberations made and all the factors taken into account.

[22] Taking the Minister's position as to "residence" at its highest, there is still a clear and lively debate as to whether it is applicable in the circumstances of this case. The Minister failed to recognize that debate or, if he did, failed to recognize that an exercise of discretion must be applied in determining whether to return some or all of the bonds (old guidelines) or whether a "severe enough" breach had occurred so as to justify the return of the entire amount or not (new guidelines).

[23] The issue is not simply who was right or wrong on "residency." Rather, the issue is the failure to recognize that a legitimate dispute exists and, as a result, to exercise discretion.

dort plus régulièrement à la résidence. Le paragraphe 6 de l'ordonnance de mise en liberté visait à assurer une surveillance efficace de M. Harkat. Une surveillance efficace suppose la présence effective du surveillant—non la présence de ses effets personnels. Je répète qu'il n'y avait rien de temporaire dans la décision de M<sup>me</sup> Brunette de ne plus dormir à la résidence.

[20] L'examen du dossier du tribunal dans la présente affaire montre clairement que, dès janvier 2006, les représentants du ministre avaient décidé, se fondant sur le seul témoignage de M. Somu, qu'il avait cessé de « résider » chez le demandeur. Ils sont arrivés à cette conclusion en partie parce que M. Somu avait été évasif et que, semble-t-il, il s'était une fois caché dans un placard. Si cette dernière raison a pu être déterminante, elle n'a jamais été communiquée au demandeur et elle aurait dû l'être, pour des raisons d'équité.

[21] Les diverses lettres des avocats du demandeur où ils exposaient sa version de la « résidence » de M. Somu semblent s'être heurtées à un mur. Le dossier du tribunal n'atteste aucune véritable prise en compte de ces observations. Le ministre a choisi de ne produire aucune preuve. Il n'a donc pas contribué à éclaircir les véritables délibérations tenues par ses représentants, ni les facteurs considérés.

[22] Si l'on prend dans son sens le plus étendu la position du ministre au regard de la « résidence », il subsiste une controverse manifeste et très actuelle quant à savoir si cette position est applicable aux circonstances de la présente affaire. Le ministre n'a pas reconnu cette controverse ou, s'il l'a reconnue, il n'a pas reconnu que l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire s'imposait pour savoir s'il convenait de restituer une partie ou la totalité des garanties (anciennes lignes directrices) ou si un non-respect « suffisamment grave » des conditions était survenu au point qu'il faille se demander si le montant intégral des garanties devait ou non être restitué (nouvelles lignes directrices).

[23] Il ne s'agit pas simplement de savoir qui avait tort et qui avait raison en ce qui concerne la « résidence ». La difficulté est plutôt le fait que les représentants du ministre n'ont pas reconnu l'existence d'un différend légitime et, donc, n'ont pas exercé leur pouvoir discrétionnaire.

[24] It is clear from the record that the Minister's officials failed to give appropriate consideration to what is meant by residency or to apply an appropriate meaning to the circumstances of this particular case. Had the officials done so they would recognize that there is a genuine dispute on the facts of this case and would either have returned both the cash and performance bonds to the applicant as under the new policy there can hardly be said to be a breach that could in any way be considered "severe enough" or under the old policy, returned the entire two bonds to the applicant.

[25] The application will be allowed with costs. I am advised that the Minister is still garnishing the applicant's wages to satisfy the performance bond. The continuation of that garnish is prohibited until final determination of the Minister's reconsideration of this matter. There is no question for certification.

#### JUDGMENT

For the reasons provided:

THIS COURT ADJUDGES that:

1. The application is allowed;
2. The matter is returned for reconsideration in accordance with these reasons;
3. The Minister is prohibited from further garnishing of the applicant's wages until final determination of the Minister's reconsideration of the matter;
4. There is no question for certification;
5. No order as to costs.

[24] Il ressort clairement du dossier que les représentants du ministre ne se sont pas demandé outre mesure ce que signifiait le mot « résidence » ou ne lui ont pas attribué le sens qui se prêtait aux circonstances de la présente affaire. S'ils l'avaient fait, ils auraient reconnu qu'il existait un authentique différend au sujet des circonstances de la présente affaire et, se fondant sur la nouvelle politique, auraient restitué au demandeur sa garantie en espèces et sa garantie de bonne exécution, étant donné qu'il serait difficile d'affirmer qu'il y a eu non-respect pouvant de quelque façon être qualifié de « suffisamment grave », ou, se fondant sur l'ancienne politique, auraient restitué au demandeur l'intégralité des deux garanties.

[25] La demande sera accueillie avec dépens. Je suis informé que le ministre continue de pratiquer une saisie-arrêt sur la rémunération du demandeur pour donner effet à la garantie de bonne exécution. Il doit être mis fin à cette saisie-arrêt jusqu'à la décision finale du ministre, après réexamen de la présente affaire. Aucune question n'est certifiée.

#### JUGEMENT

Pour les motifs susmentionnés,

LA COUR STATUE que :

1. La demande est accueillie;
2. L'affaire est renvoyée au ministre, pour nouvelle décision conforme aux présents motifs;
3. Il est enjoint au ministre de mettre fin à la saisie-arrêt pratiquée sur la rémunération du demandeur, jusqu'à la décision finale du ministre après réexamen de l'affaire;
4. Aucune question n'est certifiée;
5. Il n'est pas adjugé de dépens.

IMM-3520-05  
2008 FC 344

IMM-3520-05  
2008 CF 344

**Emmanuel Ese Ikhuwu** (*Applicant*)

v.

**The Minister of Citizenship and Immigration**  
(*Respondent*)

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

Federal Court, Mosley J.—Toronto, February 28; March  
18, 2008.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Removal of Permanent Residents — Judicial review of visa officer's determination outside Canada applicant failed to satisfy residency requirements to maintain permanent resident status, inadmissible to Canada under Immigration and Refugee Protection Act, ss. 28, 41(b) — Applicant not appealing within 60 days prescribed by regulations — Deportation order issued — Subsequently obtaining extension of time to appeal — S. 46(1)(b) providing person losing permanent resident status on final determination of decision made outside Canada that person failed to comply with s. 28 residency obligation — Whether visa officer's determination "final" as appeal not decided when deportation order issued — Parliament intending to ensure determination of non-compliance made outside Canada under s. 28 subject to right of appeal, only final when right exhausted — S. 46(1)(b) correctly interpreted if s. 28 determination considered "final" when time prescribed by Immigration Appeal Division Rules for bringing appeal from decision expired, resulting in loss of permanent resident status — Any resulting removal order must be suspended upon filing of motion for extension of time — No impediment herein to removal order when issued — Order not vitiated either by filing of motion for extension of time or by granting thereof but suspended pending outcome of appeal — Order remaining valid, executable upon completion of appeal, review process — Application dismissed.*

**Emmanuel Ese Ikhuwu** (*demandeur*)

c.

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

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

Cour fédérale, juge Mosley—Toronto, 28 février; 18  
mars 2008.

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Renvoi de résidents permanents — Contrôle judiciaire de la décision rendue hors du Canada de l'agent des visas portant que le demandeur n'avait pas rempli les exigences de résidence nécessaires au maintien de son statut de résident permanent et qu'il était donc interdit de territoire au Canada suivant les art. 28 et 41b) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — Le demandeur n'a pas interjeté appel dans les 60 jours prévus par les règles — Prise d'une mesure d'expulsion — Obtention ultérieure d'une prorogation du délai prévu pour interjeter appel — L'art. 46(1)b) prévoit qu'emporte perte du statut de résident permanent la confirmation en dernier ressort du constat, hors du Canada, de manquement à l'obligation de résidence prévue à l'art. 28 — La question de savoir si la décision de l'agent des visas constituait une confirmation « en dernier ressort » n'avait pas été tranchée lorsque la mesure d'expulsion a été prise — L'intention du législateur était de s'assurer qu'une décision rendue hors du Canada selon laquelle il y a eu manquement suivant l'art. 28 serait assujettie à un droit d'appel et serait seulement confirmée en dernier ressort — L'art. 46(1)b) est interprété correctement si la décision rendue en application de l'art. 28 constitue une confirmation « en dernier ressort » lorsque le délai prévu par les Règles de la Section d'appel de l'immigration pour interjeter appel de la décision est expiré, ce qui entraîne la perte du statut de résident permanent — Il faut surseoir à toute mesure de renvoi qui découle de la perte de ce statut dès le dépôt d'une requête en prorogation — En l'espèce, rien n'empêchait la prise de la mesure de renvoi au moment où elle a été prise — La mesure n'a été réduite à néant ni par le dépôt de la requête en prorogation ni par le fait que la requête a été accueillie, mais elle a fait l'objet d'une suspension en attendant l'issue de l'appel — La mesure de renvoi demeurerait valide et exécutable suivant l'issue des processus d'appel et de contrôle — Demande rejetée.*

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY  
CONSIDERED

*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 28 (as am. by S.C. 2003, c. 22, s. 172(E)), 36(2)(a), 41(b), 46(1)(b),(c), 63.  
*Immigration Appeal Division Rules*, SOR/2002-230, rr. 9(3), 58(d).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## CONSIDERED:

*Ikhuiwu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] I.A.D.D. No. 1110 (QL); *Rumpler v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 3 F.C.R. 702; (2006), 58 Admin. L.R. (4th) 307; 304 F.T.R. 280; 60 Imm. L.R. (3d) 71; 2006 FC 1485.

## REFERRED TO:

*Ikhuiwu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 35; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; 50 C.B.R. (3d) 163; 33 C.C.E.L. (2d) 173; 221 N.R. 241; 106 O.A.C. 1; *Liang v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] F.C.J. No. 1301 (T.D.) (QL); *Marine Atlantic Inc. v. Canadian Merchant Service Guild* (2000), 25 Admin. L.R. 250; 61 C.L.R.B.R. (2d) 174; 258 N.R. 112 (F.C.A.); *Za'Rour v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 1281; *Wang v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2006), 302 F.T.R. 127; 2006 FC 1298.

## AUTHORS CITED

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

APPLICATION for judicial review of a visa officer's determination that the applicant failed to satisfy residency requirements to maintain permanent resident status, thereby making him inadmissible to Canada under section 28 and paragraph 41(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Application dismissed.

## APPEARANCES:

*Jide Oladejo* for applicant.  
*Catherine C. Vasilaros* for respondent.

## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 28 (mod. par L.C. 2003, ch. 22, art. 172(A)), 36(2)a), 41b), 46(1)b), c), 63.  
*Règles de la Section d'appel de l'immigration*, DORS/2002-230, règles 9(3), 58d).

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Ikhuiwu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] D.S.A.I. n° 1110 (QL); *Rumpler c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 3 R.C.F. 702; 2006 CF 1485.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Ikhuiwu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 35; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Liang c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] A.C.F. n° 1301 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Marine Atlantic Inc. c. Guilde de la marine marchande du Canada*, [2000] A.C.F. n° 1217 (C.A.) (QL); *Za'Rour c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 1281; *Wang c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1298.

## DOCTRINE CITÉE

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4<sup>e</sup> éd. Toronto: Butterworths, 2002.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision de l'agent des visas portant que le demandeur n'avait pas rempli les exigences de résidence nécessaires au maintien de son statut de résident permanent et qu'il était donc interdit de territoire au Canada suivant l'article 28 et l'alinéa 41b) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Demande rejetée.

## ONT COMPARU :

*Jide Oladejo* pour le demandeur.  
*Catherine C. Vasilaros* pour le défendeur.



## SOLICITORS OF RECORD:

*Jide Oladejo*, Toronto, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] MOSLEY J.: This application for judicial review raises the question of when a determination of non-compliance with the residency obligation under section 28 [as am. by S.C. 2003, c. 22, s. 172(E)] of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the Act) becomes “final” so as to deprive a permanent resident of that status.

[2] The background to this matter is set out in the decision of my colleague Justice Yves de Montigny in *Ikhuiwu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 35. I will summarize the facts that are pertinent to this proceeding.

[3] Mr. Ikhuiwu, a citizen of Nigeria, came to Canada and obtained permanent resident status as a sponsored immigrant in 1998. He later returned to Nigeria and while there found it necessary to apply to the Canadian Mission to replace the documentary evidence of his landed status that he no longer had in his possession.

[4] On August 19, 2003 a visa officer at Lagos determined that Mr. Ikhuiwu had failed to satisfy the residency requirements to maintain permanent resident status and was thereby inadmissible to Canada under section 28 and paragraph 41(b) of the Act. Nonetheless, Mr. Ikhuiwu managed to make his way back to Canada.

[5] It was open to Mr. Ikhuiwu to appeal the visa officer’s decision to the Immigration Appeal Division (IAD) within the 60 days prescribed by the regulations but he did not do so.

[6] Mr. Ikhuiwu has managed to acquire an extensive criminal record during his sojourns in Canada. On May 27, 2005, while he was serving a short prison sentence,

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Jide Oladejo*, Toronto, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE MOSLEY : La présente demande de contrôle judiciaire soulève la question de savoir à quel moment un constat de manquement à l’obligation de résidence prévue à l’article 28 [mod. par L.C. 2003, ch. 22, art. 172(A)] de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la Loi), est « confirm[é] en dernier ressort » de manière à ce que le résident permanent perde son statut.

[2] Les faits de la présente affaire ont été exposés par mon collègue le juge Yves de Montigny dans la décision *Ikhuiwu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2008 CF 35. Je vais résumer les faits pertinents quant à la présente instance.

[3] M. Ikhuiwu, un citoyen du Nigéria, est entré au Canada et y a obtenu le statut de résident permanent en tant qu’immigrant parrainé en 1998. Il est par après retourné au Nigéria et, pendant qu’il y était, il a jugé nécessaire de présenter une demande à la mission canadienne en vue d’obtenir le remplacement de la preuve documentaire de son statut de résident permanent qu’il n’avait plus en sa possession.

[4] Le 19 août 2003, un agent des visas à Lagos a conclu que M. Ikhuiwu n’avait pas rempli les exigences de résidence nécessaires au maintien de son statut de résident permanent et qu’il était donc interdit de territoire au Canada suivant l’article 28 et l’alinéa 41b) de la Loi. Néanmoins, M. Ikhuiwu a réussi à revenir au Canada.

[5] M. Ikhuiwu pouvait interjeter appel de la décision de l’agent des visas auprès de la Section d’appel de l’immigration (la SAI) dans les 60 jours prévus par les règles, mais ne l’a pas fait.

[6] Pendant ses séjours au Canada, M. Ikhuiwu s’est constitué un lourd casier judiciaire. Le 27 mai 2005, alors qu’il purgeait une courte peine d’emprisonnement,

a deportation order was made against him as a foreign national who had committed certain offences.

[7] On August 8, 2005 Mr. Ikhuiwu submitted a motion to the IAD for an extension of time to appeal against the visa officer's section 28 determination. The IAD granted the motion on December 28, 2005. On December 12, 2006 [[2006] I.A.D.D. No. 1110 (QL)] it dismissed the appeal, finding, among other things, that the visa officer's decision was valid in law and that the applicant's circumstances did not warrant humanitarian and compassionate relief. On judicial review, Justice de Montigny upheld that decision and declined to certify a question.

[8] In his written representations filed on this application, Mr. Ikhuiwu sought to challenge the issuance of the deportation order on two grounds. First, he contended that the Minister's delegate erred in issuing the order as he should not have been considered a foreign national and thereby subject to the inadmissibility provision in paragraph 36(2)(a) of the Act while he had a subsisting right of appeal against the visa officer's decision. Secondly, he submitted that the Minister's delegate breached procedural fairness by failing to provide reasons when the deportation order was issued. Both of these issues invoke the correctness standard of judicial review.

[9] At the oral hearing, counsel for Mr. Ikhuiwu proposed to abandon the first ground on the basis that it had been resolved by Justice de Montigny's decision. Counsel was invited by the Court to reconsider that position as the issue did not appear to have been addressed in either the IAD decision or that of Justice de Montigny.

[10] In oral submissions and post-hearing written representations, counsel developed the argument that the visa officer's decision in 2003 was not a "final determination", as contemplated by paragraph 46(1)(b) of the Act, because it remained subject to appeal. The effect of the IAD's decision to grant an extension of time was to retroactively restore the applicant's right of appeal

une mesure d'expulsion a été prise contre lui en tant qu'étranger ayant commis certaines infractions.

[7] Le 8 août 2005, M. Ikhuiwu a présenté une requête à la SAI en vue d'obtenir une prorogation du délai prévu pour interjeter appel de la décision rendue par l'agent des visas en application de l'article 28. La SAI a accueilli la requête le 28 décembre 2005. Le 12 décembre 2006 [[2006] D.S.A.I. n° 1110 (QL)], la SAI a rejeté l'appel, concluant entre autres que la décision de l'agent des visas était fondée en droit et que la situation du demandeur ne justifiait pas une réparation fondée sur des motifs d'ordre humanitaire. Lors du contrôle judiciaire, le juge de Montigny a confirmé la décision et a choisi de ne pas certifier de question.

[8] Dans les observations écrites déposées dans le cadre de la présente demande, M. Ikhuiwu a tenté de contester la mesure d'expulsion pour deux motifs. Premièrement, le demandeur a prétendu que le représentant du ministre avait commis une erreur en prenant la mesure, puisqu'il n'aurait pas dû être considéré comme un étranger et n'aurait donc pas dû être assujéti à la disposition d'interdiction de territoire contenue à l'alinéa 36(2)a) de la Loi alors qu'il bénéficiait du droit d'interjeter appel de la décision de l'agent des visas. Deuxièmement, le demandeur a soutenu que le représentant du ministre avait manqué à l'équité procédurale en omettant de motiver la mesure d'expulsion. Ces deux questions sont assujétiées à la norme de contrôle de la décision correcte.

[9] À l'audience, l'avocat de M. Ikhuiwu a proposé d'abandonner le premier moyen, au motif que la question avait été tranchée par la décision du juge de Montigny. La Cour a invité l'avocat du demandeur à revoir cette position, puisque la question ne semblait avoir été tranchée ni dans la décision de la SAI ni dans celle du juge de Montigny.

[10] Dans sa plaidoirie et ses observations écrites déposées après l'audience, l'avocat du demandeur a exposé un argument selon lequel la décision rendue par l'agent des visas en 2003 ne constituait pas une « confirmation en dernier ressort », aux termes de l'alinéa 46(1)b) de la Loi, puisqu'elle pouvait faire l'objet d'un appel. La décision de la SAI d'accorder la prorogation du

and his permanent resident status. Thus the visa officer's determination was not final until such time as the appeal was decided. As the deportation order was premised on the fact that the applicant was no longer a permanent resident of Canada at the time it was issued, it was vitiated by the grant of the extension.

[11] The respondent's position is that on May 27, 2005 at the time the deportation order was made, the applicant was a foreign national. As of October 20, 2003, the end of the prescribed appeal period, there had been a "final determination made outside of Canada" that he had failed to comply with the residency obligation under section 28. The IAD's decision to grant the extension of time had no effect on the applicant's immigration status up to that date. Between October 20, 2003 and December 28, 2005, the applicant remained a foreign national. The respondent acknowledges that there may be a question as to his status between the grant of the extension and the dismissal of the appeal on December 12, 2006.

[12] Paragraph 46(1)(b) of the Act provides that a person loses permanent resident status on "a final determination of a decision made outside of Canada" that they have failed to comply with the section 28 residency obligation. Subsection 63(4) provides that a permanent resident may appeal to the IAD against a section 28 residency determination. Subrule 9(3) of the *Immigration Appeal Division Rules*, SOR/2002-230 (the Rules), requires that the notice of appeal from a decision made outside Canada on the residency obligation be filed with the IAD within 60 days of receipt of the written decision by the appellant. Paragraph 58(d) of the Rules permits the Division to extend a time limit after the limit has passed.

[13] There does not appear to be any jurisprudence on the question of what constitutes a "final determination" in paragraph 46(1)(b). The applicant submits that the Court in construing the meaning of the phrase should rely upon the principled approach to statutory interpretation set out by Ruth Sullivan and Elmer Driedger in *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed.

déjà rétablissait rétroactivement le droit d'appel du demandeur et son statut de résident permanent. Par conséquent, la décision de l'agent des visas ne constituait pas une confirmation en dernier ressort avant que l'appel ne soit tranché. Comme elle reposait sur le fait que le demandeur n'était plus un résident permanent du Canada au moment où elle a été prise, la mesure d'expulsion a été réduite à néant par l'octroi de la prorogation.

[11] Selon le défendeur, lorsque la mesure d'expulsion a été prise le 27 mai 2005, le demandeur était un étranger. Dès le 20 octobre 2003, soit la fin du délai d'appel prévu, il y avait eu « confirmation en dernier ressort du constat, hors du Canada », selon lequel le demandeur avait manqué à l'obligation de résidence prévue à l'article 28. La décision de la SAI d'accorder la prorogation du délai n'avait eu aucun effet sur le statut d'immigrant du demandeur jusqu'à cette date. Entre le 20 octobre 2003 et le 28 décembre 2005, le demandeur était demeuré un étranger. Le défendeur convient qu'il existe peut-être une question quant au statut du demandeur entre le moment où la prorogation a été accordée et le moment où l'appel a été rejeté le 12 décembre 2006.

[12] L'alinéa 46(1)(b) de la Loi prévoit qu'emporte perte du statut de résident permanent « la confirmation en dernier ressort du constat, hors du Canada », de manquement à l'obligation de résidence prévue à l'article 28. Le paragraphe 63(4) prévoit que le résident permanent peut interjeter appel auprès de la SAI de la décision rendue sur l'obligation de résidence prévue à l'article 28. Le paragraphe 9(3) des *Règles de la Section d'appel de l'immigration*, DORS/2002-230 (les Règles), exige que l'avis d'appel de la décision rendue hors du Canada sur l'obligation de résidence soit déposé auprès de la SAI dans les 60 jours suivant la date à laquelle l'appelant reçoit la décision écrite. L'alinéa 58(d) des Règles permet à la SAI de proroger un délai après son expiration.

[13] Il ne semble pas y avoir de jurisprudence sur la question de savoir ce qui constitue la « confirmation en dernier ressort » visée à l'alinéa 46(1)(b). Le demandeur soutient que la Cour, en interprétant la signification de l'expression, devrait se fonder sur la méthode d'interprétation législative fondée sur des principes énoncée par Ruth Sullivan et Elmer Driedger dans

(Toronto: Butterworths, 2002) and adopted by the Supreme Court of Canada in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27. The words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act and the intention of Parliament.

[14] In a somewhat analogous context, the principled approach was applied by my colleague Justice Edmond Blanchard to the interpretation of the appeal rights under the Act in *Rumpler v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 3 F.C.R. 702 (F.C.). Justice Blanchard found that the IAD had the jurisdiction to grant an extension of time where section 63 of the Act gave a right of appeal to a permanent resident and that status had been lost through the operation of paragraph 46(1)(c) because a removal order had come into force in the interim. Should the extension be granted, Justice Blanchard found, then the appeal would be heard within time and the removal order would be vitiated.

[15] Considering the objects of the Act and the profound consequences of a loss of permanent resident status, I think it is clear that the intention of Parliament was to ensure that a determination of non-compliance made outside of Canada under section 28 would be subject to a right of appeal and would only be final when that right had been exhausted. Parliament also provided for the making of rules to govern the appellate process. Those rules prescribe the time limit within which such an appeal can be brought and provide for the extension of that limit at the discretion of the IAD.

[16] In my view, the correct interpretation of paragraph 46(1)(b) is that a section 28 determination is final when the time prescribed by the Rules for bringing an appeal from the decision has expired. The effect of the statutory scheme at that time is the loss of permanent resident status. That and the operation of other provisions of the Act may lead, as in this case, to the issuance of a removal order. However, a harmonious interpretation of those provisions with the IAD's jurisdiction to grant an extension of time to appeal the section 28 determination

*Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4<sup>e</sup> éd. (Toronto : Butterworths, 2002), et adoptée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27. Il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

[14] Dans un contexte quelque peu analogue, la méthode fondée sur des principes a été appliquée à l'interprétation des droits d'appel sous le régime de la Loi, par mon collègue le juge Edmond Blanchard, dans la décision *Rumpler c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 3 R.C.F. 702 (C.F.). Le juge Blanchard a conclu que la SAI avait la compétence pour accorder une prorogation de délai dans une situation où l'article 63 de la Loi donnait un droit d'appel à un résident permanent ayant perdu son statut par l'application de l'alinéa 46(1)c) en raison de la prise d'effet d'une mesure de renvoi dans l'intervalle. Selon le juge Blanchard, si la prorogation était accordée, l'appel serait alors entendu dans le délai prévu et la mesure de renvoi serait réduite à néant.

[15] Compte tenu de l'objet de la Loi et des graves conséquences de la perte du statut de résident permanent, il est manifeste selon moi que l'intention du législateur était de s'assurer qu'une décision rendue hors du Canada selon laquelle il y a eu manquement suivant l'article 28 serait assujettie à un droit d'appel et serait seulement confirmée en dernier ressort lorsque ce droit serait éteint. Le législateur a également prévu que des règles pourraient être prises afin de régir le processus d'appel. Ces règles prévoient le délai pendant lequel un tel appel peut être interjeté et confèrent à la SAI le pouvoir discrétionnaire de proroger ce délai.

[16] À mon avis, l'interprétation qu'il convient de donner à l'alinéa 46(1)b) est que la décision rendue en application de l'article 28 est confirmée en dernier ressort lorsque le délai prévu par les règles pour interjeter appel de la décision est expiré. Le système législatif entraîne alors la perte du statut de résident permanent, ce qui peut, avec l'application d'autres dispositions de la Loi, entraîner comme en l'espèce la prise d'une mesure de renvoi. Cependant, une interprétation harmonieuse de ces dispositions avec la compétence qu'a la SAI

requires that any removal order deriving from the loss of permanent resident status be suspended upon the filing of a motion for an extension and, if granted, until the appeal is decided.

[17] In the present case, there was no impediment to the issuance of the removal order at the time it was made. In my view, the order was not vitiated by the filing of the motion for an extension nor its grant but was suspended pending the outcome of the appeal. It was open to the applicant at that time to seek leave for judicial review of the appeal decision and a stay of execution of the removal order pending the outcome of the process, as he did in this instance. But the removal order remained valid and executable upon completion of the appeal and review processes.

[18] With respect to the second ground raised by the applicant in these proceedings, the failure of the Minister's delegate to provide reasons in issuing the removal order, the absence of a request serves as a complete answer to that complaint: see *Liang v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] F.C.J. No. 1301 (T.D.) (QL); *Marine Atlantic Inc. v. Canadian Merchant Service Guild* (2000), 25 Admin. L.R. 250 (F.C.A.); *Za'Rour v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 1281. In any event, the officer's CAIPS [Computer Assisted Immigration Processing System] notes would serve as adequate reasons for the decision: see *Wang v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1298, at paragraph 22.

[19] The applicant has asked that I certify the following question:

What is the interpretation of s. 46(1)(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act* which provides that "A person loses permanent resident status on a final determination of a decision made outside of Canada that they have failed to comply with the residency obligation under section 28"?

[20] The respondent opposes the certification of a question on the ground that nothing is to be gained from

d'accorder la prorogation du délai d'appel de la décision rendue suivant l'article 28 exige qu'il y ait sursis à toute mesure de renvoi découlant de la perte du statut de résident permanent dès le dépôt d'une requête en prorogation et, si la requête est accueillie, jusqu'à ce que l'appel soit tranché.

[17] En l'espèce, rien n'empêchait la prise de la mesure de renvoi au moment où elle a été prise. À mon avis, la mesure n'a été réduite à néant ni par le dépôt de la requête en prorogation ni par le fait que la requête a été accueillie; elle a toutefois fait l'objet d'une suspension en attendant l'issue de l'appel. Il était alors loisible au demandeur de solliciter le contrôle judiciaire de la décision d'appel et le sursis à l'exécution de la mesure de renvoi en attendant l'issue de l'instance, comme il l'a fait en l'espèce. Toutefois, la mesure de renvoi demeurerait valide et exécutable suivant l'issue des processus d'appel et de contrôle.

[18] En ce qui concerne le deuxième moyen invoqué par le demandeur en l'espèce, soit l'omission du représentant du ministre de motiver la mesure de renvoi, l'absence d'une demande en ce sens y répond entièrement : se référer à *Liang c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] A.C.F. n° 1301 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Marine Atlantic Inc. c. Guilde de la marine marchande du Canada*, [2000] A.C.F. n° 1217 (C.A.) (QL); *Za'Rour c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 1281. Quoi qu'il en soit, les notes du STIDI [Système de traitement informatisé des dossiers d'immigration] de l'agent feraient fonction de motifs suffisants de la décision : se référer à *Wang c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1298, au paragraphe 22.

[19] Le demandeur m'a demandé de certifier la question suivante :

[TRADUCTION] Comment faut-il interpréter l'alinéa 46(1)(b) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* qui prévoit : « Emportent perte du statut de résident permanent les faits suivants : [...] la confirmation en dernier ressort du constat, hors du Canada, de manquement à l'obligation de résidence »?

[20] Le défendeur conteste la certification d'une question au motif qu'il n'y a aucun avantage à interjeter

an appeal in this matter. However, should the Court consider that this is an appropriate case in which to certify a question, the respondent proposes the following question:

Did the IAD's decision to grant an extension of time to appeal the visa officer's decision have the effect of invalidating the deportation order issued against the applicant?

[21] The question proposed by the applicant is too general in scope and would not be dispositive of this matter. Moreover, I agree with the respondent that there is nothing to be gained from an appeal in this case as the substantive merits regarding the visa officer's decision have been dealt with in the IAD's decision and the judicial review before Justice de Montigny. A reversal of this decision would merely result in the issuance of a new removal order. Accordingly, I decline to certify a question.

#### JUDGMENT

IT IS THE JUDGMENT OF THIS COURT that the application is dismissed. No question is certified.

appel de la présente affaire. Cependant, si la Cour devait juger que la présente affaire justifie la certification d'une question, le défendeur propose la question suivante :

[TRADUCTION] La décision de la SAI d'accorder une prorogation du délai prévu pour interjeter appel de la décision de l'agent des visas a-t-elle eu pour effet d'invalidier la mesure d'expulsion prise contre le demandeur?

[21] La question proposée par le demandeur est de portée trop générale et ne permettrait pas de trancher la présente affaire. En outre, je partage l'avis du défendeur selon lequel il n'y a aucun avantage à interjeter appel en l'espèce, puisque le bien-fondé de la décision de l'agent des visas a été examiné dans la décision de la SAI et dans le contrôle judiciaire devant le juge de Montigny. L'annulation de cette décision entraînerait simplement la prise d'une nouvelle mesure de renvoi. Par conséquent, je choisis de ne pas certifier de question.

#### JUGEMENT

LA COUR ORDONNE que la demande soit rejetée. Aucune question n'est certifiée.

IMM-2534-06  
2007 FC 1368

IMM-2534-06  
2007 CF 1368

**Gloriza Dela Rea Manalang, Sheena Dela Rea Manalang, and Rizza Dela Rea Manalang** (*Applicants*)

**Gloriza Dela Rea Manalang, Sheena Dela Rea Manalang, et Rizza Dela Rea Manalang** (*demandereses*)

v.

c.

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

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

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

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

Federal Court, Heneghan J.—Winnipeg, February 21, further submissions February 21, March 14, 15 and April 3; Ottawa, December 28, 2007.

Cour fédérale, juge Heneghan—Winnipeg, 21 février, autres observations présentées les 21 février, 14 et 15 mars et 3 avril; Ottawa, 28 décembre 2007.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Judicial review of Immigration and Refugee Board Immigration Appeal Division (IAD) decision dismissing applicants' appeals from exclusion orders — Principal applicant misrepresenting marital history on permanent residence application, submitting false birth certificates for children — No reason to interfere with IAD's conclusion principal applicant's misrepresentations material, deliberate — IAD's comment regarding principal applicant's control over pregnancy not establishing reasonable apprehension of bias — IAD considering best interests of minor applicants — Convention on the Rights of the Child informing application of Immigration and Refugee Protection Act, but not part of statutory scheme — Application dismissed.*

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Contrôle judiciaire de la décision de la Section d'appel de l'immigration (SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié rejetant les appels formés par les demandereses à l'encontre de mesures d'exclusion — La demanderesse principale a fait de fausses déclarations quant à ses antécédents matrimoniaux sur sa demande de résidence permanente et a produit de faux certificats de naissance pour ses enfants — La Cour n'avait aucune raison de modifier la conclusion de la SAI selon laquelle les fausses déclarations de la demanderesse principale étaient importantes et délibérées — Les remarques de la SAI quant à la grossesse de la demanderesse principale ne faisait pas état d'une crainte raisonnable de partialité — La SAI a tenu compte de l'intérêt supérieur des demandereses mineures — La Convention relative aux droits de l'enfant constitue un point de repère dans l'application de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, mais ne fait pas partie du régime établi par la Loi — Demande rejetée.*

*Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Immigration and Refugee Board Immigration Appeal Division (IAD), on own motion, ordering rehearing of appeal on basis designated representative not appointed for minor applicants — IAD statutory tribunal, not superior court — Fact one panel heard appeal not meaning seized of matter forever — Parliament extending high degree of autonomy to IAD over practice, proceedings — Exercise of authority herein pre-empting possible breach of procedural fairness, not giving rise to loss of jurisdiction.*

*Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — La Section d'appel de l'immigration (la SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié avait ordonné de sa propre initiative une nouvelle audience parce qu'un représentant désigné n'avait pas été nommé pour les deux demandereses mineures — La SAI est un tribunal établi par la loi, non une juridiction supérieure — Le fait qu'un tribunal a instruit un appel ne signifie pas qu'il est saisi pour toujours de cette affaire — Le législateur a conféré à la SAI un niveau élevé d'autonomie quant à sa pratique et sa procédure — L'exercice du pouvoir en l'espèce pour anticiper un éventuel manquement à l'équité procédurale n'entraînait pas une perte de compétence.*

This was an application for judicial review of a decision by the Immigration Appeal Division (IAD) of the Immigration and Refugee Board (Board) dismissing the applicants' appeals from exclusion orders issued as a result of misrepresentations made by the principal applicant. The principal applicant, who had been sponsored to come to Canada as a spouse, lied about her marital history on her permanent residence application, and submitted false birth certificates for her children.

The IAD panel that rendered the decision was the second one to hear the appeal because the IAD had, on its own motion, ordered a rehearing since a designated representative had not been appointed for the two minor applicants during the first hearing. No decision was ever rendered by the first panel.

The second IAD panel found the exclusion orders to be valid in law, and concluded that the evidence did not warrant the positive exercise of discretion, on humanitarian and compassionate grounds, to allow the appeals.

At issue was whether the Board possessed the authority to order a rehearing; whether the misrepresentations and undisclosed information were material to a relevant matter; whether the IAD's reasons gave rise to a reasonable apprehension of bias; and whether the IAD complied with Canada's obligations under the *Convention on the Rights of the Child*.

*Held*, the application should be dismissed.

The applicants were wrong to rely on the description of the IAD as a "court of record" in subsection 174(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act* for their argument that a panel of the IAD who has heard an appeal is seized of the matter, which cannot therefore be adjudicated by another panel. The IAD is a statutory tribunal, not a superior court. Nowhere in the Act does it say that any particular IAD panel that is constituted to hear an appeal is necessarily forever seized of that matter. The Act does however accord each Division of the Board, including the IAD, sole and exclusive jurisdiction to determine all questions of law and fact that come before it. Here, the absence of a designated representative could have given rise to a breach of procedural fairness. The IAD pre-empted such an eventuality by acting as it did. In light of the provisions in the Act authorizing the IAD to make rules concerning its practice and procedure, it is clear that Parliament intended to extend a high degree of autonomy to the IAD over its practice and proceedings. The exercise of that authority herein did not give rise to a loss of jurisdiction.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Section d'appel de l'immigration (la SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) rejetant les appels formés par les demanderesse à l'encontre des mesures d'exclusion prononcées contre elles par suite de fausses déclarations faites par la demanderesse principale. Cette dernière, qui a été parrainée pour venir au Canada en tant qu'épouse, à menti quant à ses antécédents matrimoniaux sur sa demande de résidence permanente, et a produit de faux certificats de naissance pour ses enfants.

Le tribunal de la SAI qui a rendu la décision était le deuxième tribunal à entendre l'appel parce que la SAI avait ordonné de sa propre initiative une nouvelle audience étant donné qu'un représentant désigné n'avait pas été nommé pour les deux demanderesse mineures pendant la première audience. Aucune décision n'a été rendue par le premier tribunal.

Le deuxième tribunal de la SAI a statué que les mesures d'exclusion étaient valides en droit, et a conclu que la preuve ne lui permettait pas d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'accueillir les appels pour des motifs d'ordre humanitaire.

Il s'agissait de trancher les questions de savoir si la Commission avait le pouvoir d'ordonner une nouvelle instruction de l'affaire; si les fausses déclarations et les renseignements non divulgués étaient importants à un objet pertinent; si les motifs exposés par la SAI donnaient lieu à une crainte raisonnable de partialité; et si la SAI s'était conformée aux obligations du Canada selon la *Convention relative aux droits de l'enfant*.

*Jugement* : la demande doit être rejetée.

Les demanderesse ont invoqué à tort la description de la SAI comme « cour d'archives » au paragraphe 174(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* pour soutenir qu'un tribunal de la SAI qui a instruit un appel est saisi de l'affaire et que l'affaire ne peut donc être tranchée par un autre tribunal. La SAI est un tribunal établi par la loi, non une juridiction supérieure. Aucune disposition de la Loi ne précise qu'un tribunal donné de la SAI, constitué pour instruire un appel, est nécessairement saisi pour toujours de cette affaire. Cependant, la Loi accorde à chacune des sections une compétence exclusive au regard de toutes questions de droit ou de fait dont elle est saisie. En l'espèce, l'absence d'un représentant désigné aurait pu constituer un manquement à l'équité procédurale. En agissant comme elle l'a fait, la SAI a anticipé une telle éventualité. Il ressort clairement des dispositions de la Loi qui autorisent la SAI à prendre des règles concernant sa pratique et sa procédure que le législateur entendait conférer à la SAI un niveau élevé d'autonomie quant à sa pratique et sa procédure. L'exercice de ce pouvoir en l'espèce n'entraînait pas une perte de compétence.



The misrepresentations were material and deliberate. There was no basis for interfering with the IAD's findings. The argument that the materiality of these misrepresentations could be mitigated because the principal applicant could qualify as a "conjugal partner" under paragraph 117(1)(a) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* was not addressed as it was not raised in the notice of application for judicial review.

While the IAD's remarks about the principal applicant's pregnancy (i.e. that she allowed herself to become pregnant between IAD hearings) may have been inappropriate, they did not undermine the integrity of the decision as a whole, which was solidly grounded in the evidence. A reasonable apprehension of bias was not established.

The *Convention on the Rights of the Child*, as an instrument of international law, informs the application of the Act, but it is not part of the statutory scheme created by it. The best interests of a child is not the predominant factor to be taken into consideration. In any event, the best interests of the minor applicants were taken into account.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Convention on the Rights of the Child*, November 20, 1989, [1992] Can. T.S. No. 3, Art. 12.  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(3)(f), 40(1)(a), 62, 63, 67(1), 71, 161(1), 162, 167(2), 174, 175(1)(c), 190.  
*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, ss. 2 "conjugal partner", 117(1)(a).  
*Immigration Appeal Division Rules*, SOR/2002-230, rr. 19, 57, 58, 59.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Singh v. Canada* (1996), 123 F.T.R. 241; 37 Imm. L.R. (2d) 140 (F.C.T.D.); *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369; (1976), 68 D.L.R. (3d) 716; 9 N.R. 115; *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 91; (2005), 28 Admin. L.R. (4th) 161; 197 C.C.C. (3d) 225; 15 C.P.C. (6th) 51; 30 C.R. (6th) 107; 47 Imm. L.R. (3d) 1; 254 D.L.R. (4th) 193; 335 N.R. 220; 2005 SCC 39.

Les fausses déclarations étaient importantes et délibérées. La Cour n'avait aucune raison de modifier les conclusions de la SAI. L'argument selon lequel l'importance des fausses déclarations pouvait être atténuée parce que la demanderesse principale était admissible en tant que « partenaire conjugal » au sens de l'alinéa 117(1)a) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* n'a pas été examiné parce qu'il n'a pas été invoqué dans l'avis de demande de contrôle judiciaire.

Bien que les remarques de la SAI quant à la grossesse de la demanderesse principale (c.-à-d. qu'elle s'était permise de devenir enceinte entre les audiences de la SAI) puissent avoir été inopportunes, elles n'ont pas miné l'intégrité de la décision tout entière, la décision trouvant fermement appui dans la preuve. Les parties n'ont pas établi qu'il y avait une crainte raisonnable de partialité.

La *Convention relative aux droits de l'enfant*, en tant qu'instrument du droit international, constitue un point de repère dans l'application de la Loi, mais ne fait pas partie du régime établi par la Loi. L'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas le facteur prédominant dont il faut prendre en considération. Quoi qu'il en soit, l'intérêt supérieur des demanderesse mineures a été pris en compte.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989, [1992] R.T. Can. n° 3, art. 12.  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 3(3)f), 40(1)a), 62, 63, 67(1), 71, 161(1), 162, 167(2), 174, 175(1)c), 190.  
*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 2 « partenaire conjugal », 117(1)a).  
*Règles de la Section d'appel de l'immigration*, DORS/2002-230, règles 19, 57, 58, 59.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Singh c. Canada*, [1996] A.C.F. n° 1572 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369; *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 91; 2005 CSC 39.

## CONSIDERED:

*Ribic v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1985] I.A.B.D. No. 4 (QL); *Demirtas v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 F.C. 602; (1992), 149 N.R. 375 (C.A.); *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848; (1989), 101 A.R. 321; 62 D.L.R. (4th) 577; [1989] 6 W.W.R. 521; 70 Alta. L.R. (2d) 193; 40 Admin. L.R. 128; 36 C.L.R. 1; 99 N.R. 277; *Kaur v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 2 F.C. 209; (1989), 64 D.L.R. (4th) 317; 10 Imm. L.R. (2d) 1; 104 N.R. 50 (C.A.); *Duale v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 40 Imm. L.R. (3d) 165; 2004 FC 150; *de Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] 3 F.C.R. 655; (2005), 262 D.L.R. (4th) 13; 42 Admin. L.R. (4th) 234; 137 C.R.R. (2d) 20; 51 Imm. L.R. (3d) 17; 345 N.R. 73; 2005 FCA 436; leave to appeal to the S.C.C. refused, [2006] 1 S.C.R. vii; *Stumpf v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002), 289 N.R. 165; 2002 FCA 148; *Charkaoui (Re)*, [2006] 3 F.C.R. 325; (2005), 264 D.L.R. (4th) 243; 284 F.T.R. 248; 2005 FC 1670; *Nazifpour v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 4 F.C.R. 515; (2007), 278 D.L.R. (4th) 268; 60 Imm. L.R. (3d) 159; 360 N.R. 199; 2007 FCA 35; leave to appeal to S.C.C. refused, [2007] S.C.C.A. No. 196 (QL); *Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness) v. Kahlon*, [2006] 3 F.C.R. 493; (2005), 35 Admin. L.R. (4th) 213; 278 F.T.R. 254; 2005 FC 1000; *Yassine v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 27 Imm. L.R. (2d) 135; 172 N.R. 308 (F.C.A.); *Ashby et al. (Re)*, [1934] O.R. 421 (C.A.); *LeClair v. Manitoba (Residential Care, Director)*, [1999] 9 W.W.R. 583; 138 Man. R. (2d) 10; 33 C.P.C. (4th) 1 (C.A.).

## REFERRED TO:

*Winnipeg Charter (Re); Community of the Sisters of the Holy Names of Jesus and Mary (Re)* (1922), 68 D.L.R. 506; [1922] 2 W.W.R. 253 (Man. K.B.); *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484; (1997), 161 N.S.R. (2d) 241; 151 D.L.R. (4th) 193; 1 Admin. L.R. (3d) 74; 118 C.C.C. (3d) 353; 10 C.R. (5th) 1; 218 N.R. 1; *Wewaykum Indian Band v. Canada*, [2003] 2 S.C.R. 259; (2003), 231 D.L.R. (4th) 1; [2004] 2 W.W.R. 1; 19 B.C.L.R. (4th) 195; 7 Admin. L.R. (4th) 1; [2004] 1 C.N.L.R. 342; 40 C.P.C. (5th) 1; 309 N.R. 201; 2003 SCC 45; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 76; (2004), 234 D.L.R. (4th) 257; 180 C.C.C. (3d) 353; 16 C.R. (6th) 203; 315 N.R. 201; 183 O.A.C. 1; 46 R.F.L. (5th) 1; 2004 SCC 4; *Zazai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 36 Imm. L.R. (3d) 167; 318 N.R. 365; 2004 FCA 89.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Ribic c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1985] D.S.A.I. n° 4 (QL); *Demirtas c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 C.F. 602 (C.A.); *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848; *Kaur c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 2 C.F. 209 (C.A.); *Duale c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 150; *de Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] 3 R.C.F. 655; 2005 CAF 436; autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2006] 1 R.C.S. vii; *Stumpf c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CAF 148; *Charkaoui (Re)*, [2006] 3 R.C.F. 325; 2005 CF 1670; *Nazifpour c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 4 R.C.F. 515; 2007 CAF 35; autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2007] C.S.C.R. n° 196 (QL); *Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile) c. Kahlon*, [2006] 3 R.C.F. 493; 2005 CF 1000; *Yassine c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 949 (C.A.) (QL); *Ashby et al. (Re)*, [1934] O.R. 421 (C.A.); *LeClair v. Manitoba (Residential Care, Director)*, [1999] 9 W.W.R. 583; 138 Man. R. (2d) 10; 33 C.P.C. (4th) 1 (C.A.).

## DÉCISIONS CITÉES :

*Winnipeg Charter (Re); Community of the Sisters of the Holy Names of Jesus and Mary (Re)* (1922), 68 D.L.R. 506; [1922] 2 W.W.R. 253 (B.R. Man.); *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484; *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2003] 2 R.C.S. 259; 2003 CSC 45; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76; 2004 CSC 4; *Zazai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CAF 89.

## AUTHORS CITED

*Overseas Processing Manual (OP)*. Chapter OP 2: Processing Members of the Family Class, online: Citizenship and Immigration Canada <<http://www.cic.gc.ca/english/resources/manuals/op/index.asp>>.

APPLICATION for judicial review of the decision of the Immigration Appeal Division of the Immigration and Refugee Board dismissing the applicants' appeals from exclusion orders made on the basis that the applicants were inadmissible for misrepresentation. Application dismissed.

## APPEARANCES:

*David Matas* for applicants.  
*Omar Siddiqui* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*David Matas*, Winnipeg, for applicants.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] HENEGHAN J.: Ms. Gloriza Dela Rea Manalang (the principal applicant) and her children Sheena Dela Rea Manalang and Rizza Dela Rea Manalang (the minor applicants) (collectively, the applicants) seek judicial review of a decision made on May 1, 2006, by the Immigration Appeal Division (the IAD) of the Immigration and Refugee Board (the Board). In that decision, the IAD dismissed the appeals brought by the principal applicant and her children from the exclusion orders issued on June 24, 2004, by the Immigration Division (the Immigration Division) of the Board. The exclusion orders were made on the basis that the applicants were inadmissible for misrepresentation, pursuant to paragraph 40(1)(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the Act). The appeals did not challenge the legal validity of the exclusion orders but were brought solely on humanitarian and compassionate grounds pursuant to subsection 63(3) of the Act.

## DOCTRINE CITÉE

*Guide de traitement des demandes à l'étranger (OP)*. Chapitre OP 2 : Traitement des demandes présentées par des membres de la catégorie du regroupement familial, en ligne : Citoyenneté et Immigration Canada <<http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/guides/op/index.asp>>.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision de la Section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié rejetant les appels formés par les demanderesse à l'encontre des mesures d'exclusion prononcées contre elles au motif qu'elles étaient interdites de territoire pour fausses déclarations. Demande rejetée.

## ONT COMPARU :

*David Matas* pour les demanderesse.  
*Omar Siddiqui* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*David Matas*, Winnipeg, pour les demanderesse.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

[1] LA JUGE HENEGHAN : M<sup>me</sup> Gloriza Dela Rea Manalang (la demanderesse principale) et ses enfants, Sheena Dela Rea Manalang et Rizza Dela Rea Manalang (les demanderesse mineures) (collectivement appelées les demanderesse) sollicitent le contrôle judiciaire d'une décision rendue le 1<sup>er</sup> mai 2006 par la Section d'appel de l'immigration (la SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission). Par cette décision, la SAI a rejeté les appels formés par la demanderesse principale et par ses enfants à l'encontre des mesures d'exclusion prononcées contre elles le 24 juin 2004 par la Section de l'immigration (la Section de l'immigration) de la Commission. La Section de l'immigration avait prononcé les mesures d'exclusion au motif que les demanderesse étaient interdites de territoire pour fausses déclarations, selon ce que prévoit l'alinéa 40(1)a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la Loi). Dans leurs appels, les demanderesse ne contestaient pas la validité juridique des mesures d'exclusion, mais

[2] The decision was issued by the second IAD panel to hear the appeal. Following the first hearing before the IAD in April and May 2005, but before a decision was rendered, the IAD on its own motion ordered a rehearing because a designated representative had not been appointed for the two minor applicants, Sheena and Rizza. A new IAD panel was convened and the appeal was reheard on a *de novo* basis in December 2005. A representative was designated for the children for this second hearing. The decision of the second panel of the IAD is the subject of this application for judicial review.

#### I. Facts

[3] The principal applicant was born in 1971 in the Philippines. Between approximately 1988 and 1991, she lived with a Mr. Shigor Komeamu and gave birth to his child on January 23, 1991. The child was named Ayai Oshin Rea and the father died soon after the child's birth.

[4] On April 20, 1993, the principal applicant married Geronimo Saulog in the Philippines. They had a child together who was born on November 13, 1993, named Jeriza Dela Rea Saulog. The relationship between the principal applicant and Mr. Saulog ended within a year of the child's birth.

[5] On September 2, 2000, the principal applicant married Mr. Ricardo Manalang in the Philippines. Mr. Manalang sponsored the principal applicant to come to Canada as his spouse. The principal applicant applied for permanent residence for herself and her daughters by application signed June 13, 2001. In that application, she identified Ricardo Manalang as her spouse, listed her two children as Sheena and Rizza, and indicated that she had not been previously married. She also submitted false birth certificates for her children. These birth certificates were later found to be false. The false birth certificate for Oshin was under the name of Sheena, showing her date of birth as February 23, 1991, and that her father was

alléguaient uniquement des motifs d'ordre humanitaire en application du paragraphe 63(3) de la Loi.

[2] Les appels ont été rejetés par la deuxième formation de la SAI à avoir instruit l'affaire. À l'issue de la première audience tenue devant la SAI en avril et mai 2005, mais avant que soit rendue une décision, la SAI avait ordonné de sa propre initiative une nouvelle audience parce qu'un représentant désigné n'avait pas été nommé pour les deux demanderesse mineures, Sheena et Rizza. Un nouveau tribunal de la SAI fut constitué et l'appel fut instruit à nouveau, depuis le début, en décembre 2005. Un représentant fut désigné pour les enfants en vue de cette seconde audience. C'est la décision de la seconde formation de la SAI qui fait l'objet de la présente demande de contrôle judiciaire.

#### I. Les faits

[3] La demanderesse principale est née en 1971 aux Philippines. Entre 1988 environ et 1991, elle a vécu avec un certain M. Shigor Komeamu et a donné naissance à l'enfant de celui-ci le 23 janvier 1991. L'enfant fut appelée Ayai Oshin Rea et, peu après sa naissance, le père décéda.

[4] Le 20 avril 1993, la demanderesse principale a épousé Geronimo Saulog, aux Philippines. Ils ont eu ensemble une enfant, née le 13 novembre 1993, qu'ils ont appelée Jeriza Dela Rea Saulog. La relation entre la demanderesse principale et M. Saulog prit fin au cours de l'année qui suivit la naissance de l'enfant.

[5] Le 2 septembre 2000, la demanderesse principale a épousé M. Ricardo Manalang, aux Philippines. M. Manalang a parrainé la demanderesse principale pour qu'elle vienne au Canada en tant que son épouse. La demanderesse principale a sollicité la résidence permanente pour elle-même et pour ses filles, par demande de visa signée le 13 juin 2001. Dans cette demande de visa, elle disait que Ricardo Manalang était son mari, que ses deux enfants étaient Sheena et Rizza et qu'elle n'avait pas été mariée auparavant. Elle a aussi produit de faux certificats de naissance pour ses enfants. Ces certificats de naissance furent plus tard déclarés faux. Le faux certificat de naissance d'Oshin était établi

Ricardo Manalang. The false birth certificate for Jeriza was under the name of Rizza, showing her date of birth as December 13, 1993, and that her father was Ricardo Manalang.

[6] The principal applicant and her two daughters were landed in Canada on July 11, 2002. In the record of landing for the principal applicant, Mr. Ricardo Manalang is identified as the spouse. In signing her application, the principal applicant stated that the contents were true and correct. The records of landing for the minor applicants are based on the information previously provided in the false birth certificates.

[7] The principal applicant and Mr. Manalang divorced on November 30, 2003.

[8] The applicants were reported as inadmissible on the grounds of misrepresentation on September 17, 2003. An inadmissibility hearing was heard on June 24, 2004, and the presiding member, Mr. Paul Kyba, ordered the applicants excluded that same day. During the hearing, the Immigration Division member designated the principal applicant as the representative of the two children. The applicants appealed the exclusion orders to the IAD. Evidence was heard on April 20 and May 4, 2005, before IAD member Kim Workum. The parties then filed written submissions. Upon the request of the applicants, the same IAD panel reconvened on August 22, 2005, to hear the evidence of a further witness.

[9] By letter dated September 30, 2005, the IAD advised the applicants that no representative had been designated for the two minor applicants. The letter said that, as a result, the appeals of the applicants would be convened for a *de novo* hearing before another member. The text of the letter reads as follows:

I have been directed to advise the parties as follows:

During the continued management of this file, it was noted that a representative for the two minor appellants was not

au nom de Sheena et indiquait pour date de naissance le 23 février 1991 et pour père Ricardo Manalang. Quant au faux certificat de naissance de Jeriza, il était établi au nom de Rizza et indiquait pour date de naissance le 13 décembre 1993 et pour père Ricardo Manalang.

[6] La demanderesse principale et ses deux filles ont obtenu le droit d'établissement au Canada le 11 juillet 2002. Dans la fiche d'établissement de la demanderesse principale, M. Ricardo Manalang est désigné comme son mari. Au moment de signer sa demande, la demanderesse principale a déclaré que le contenu de la fiche était véridique et exact. Les fiches d'établissement des demanderesse mineures sont fondées sur les renseignements précédemment fournis dans les faux certificats de naissance.

[7] La demanderesse principale et M. Manalang ont divorcé le 30 novembre 2003.

[8] Les demanderesse ont été déclarées interdites de territoire pour fausses déclarations le 17 septembre 2003. Une audience portant sur l'interdiction de territoire a eu lieu le 24 juin 2004 et le président de l'audience, M. Paul Kyba, prononça le même jour des mesures d'exclusion contre les demanderesse. Au cours de l'audience, il désigna la demanderesse principale représentante des deux enfants. Les demanderesse ont fait appel des mesures d'exclusion devant la SAI. L'instruction a eu lieu le 20 avril et le 4 mai 2005 devant le commissaire Kim Workum, de la SAI. Les parties ont alors déposé des conclusions écrites. À la requête des demanderesse, le même tribunal de la SAI a tenu une autre audience le 22 août 2005 pour entendre la déposition d'un autre témoin.

[9] Dans une lettre datée du 30 septembre 2005, la SAI informa les demanderesse qu'aucun représentant n'avait été désigné pour les deux demanderesse mineures. On pouvait lire dans la lettre que, en conséquence, les appels formés par les demanderesse seraient l'objet d'une audition *de novo* devant un autre commissaire. Le texte de la lettre était le suivant :

[TRADUCTION] J'ai été prié d'informer les parties de ce qui suit :

Au cours de la gestion du présent dossier, il a été noté que le président de l'audience n'avait pas désigné de représentant

designated by the presiding member. As a result, the Division orders that the appeals of *Gloriza MANALANG*, *Sheena dela Rea MANALANG*, *Rizza dela Rea MANALANG*, be convened by *de novo* hearing before another member. The scheduling unit will be in contact with you shortly in order to schedule the matter to be heard on a priority basis.

[10] The *de novo* hearing took place on December 19 and 20, 2005, before IAD member Kashi Mattu. Mr. David Matas was named the designated representative for the two minor applicants and appeared in that capacity at the proceedings in December 2005. The IAD dismissed the appeals in a decision dated May 1, 2006.

## II. The Decision

[11] In its decision, the IAD first found the exclusion orders to be valid in law. It then addressed the basis for the positive exercise of discretion, on humanitarian and compassionate grounds, to allow the appeals. That discretion is granted in paragraph 67(1)(c) of the Act which provides as follows:

67. (1) To allow an appeal, the Immigration Appeal Division must be satisfied that, at the time that the appeal is disposed of,

...

(c) other than in the case of an appeal by the Minister, taking into account the best interests of a child directly affected by the decision, sufficient humanitarian and compassionate considerations warrant special relief in light of all the circumstances of the case.

[12] The IAD then referred to the decision in *Ribic v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1985] I.A.B.D. No. 4 (QL), where a number of factors were identified as being relevant to the exercise of discretion in the context of an appeal based on misrepresentation. The IAD listed the following factors:

(1) the seriousness of the offence leading to the deportation order;

(2) the possibility of rehabilitation;

pour les deux appelantes mineures. En conséquence, la Section ordonne que les appels formés par *Gloriza MANALANG*, *Sheena dela Rea MANALANG* et *Rizza dela Rea MANALANG* soient l'objet d'une audition *de novo* devant un autre commissaire. La Section du rôle communiquera avec vous prochainement pour fixer à titre prioritaire la date de l'audition de cette affaire.

[10] L'audition *de novo* a eu lieu les 19 et 20 décembre 2005 devant le commissaire Kashi Mattu, de la SAI. M. David Matas, représentant désigné pour les deux demanderesse mineures, a comparu en cette qualité lors de l'instance en décembre 2005. La SAI a rejeté les appels par décision datée du 1<sup>er</sup> mai 2006.

## II. La décision

[11] Dans sa décision, la SAI écrivait d'abord que les mesures d'exclusion qui avaient été prononcées étaient valides en droit. Elle a ensuite examiné si elle pouvait, se fondant sur des motifs d'ordre humanitaire, exercer son pouvoir discrétionnaire de faire droit aux appels. Ce pouvoir discrétionnaire est conféré par l'alinéa 67(1)c) de la Loi, qui prévoit ce qui suit :

67. (1) Il est fait droit à l'appel sur preuve qu'au moment où il en est disposé :

[...]

c) sauf dans le cas de l'appel du ministre, il y a — compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant directement touché — des motifs d'ordre humanitaire justifiant, vu les autres circonstances de l'affaire, la prise de mesures spéciales.

[12] La SAI s'est ensuite référée à la décision *Ribic c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1985] D.S.A.I. n° 4 (QL), où un certain nombre de facteurs avaient été énumérés comme facteurs à prendre en compte pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire dans le contexte d'un appel se rapportant à de fausses déclarations. Il s'agissait des facteurs suivants :

1) la gravité de l'infraction à l'origine de la mesure d'expulsion;

2) la possibilité de réadaptation;

(3) the length of time spent in Canada and the degree to which the appellant is established here;

(4) the family in Canada and the dislocation to the family that deportation would cause;

(5) the support available to the appellant, not only within the family but also within the community;

(6) the degree of hardship that would be caused to the appellant by his return to his country of nationality.

[13] The IAD reviewed the evidence that had been submitted and concluded that the misrepresentations were serious and “at the high end of the spectrum” in that regard. The principal applicant had deliberately misrepresented her marital status, and the names and birth dates of her daughters. The IAD found that the children were indirectly affected by the misrepresentation of the principal applicant since their entry into Canada was directly related to the statements and actions of their mother.

[14] The IAD determined that the principal applicant had not shown remorse. The gravity of the misrepresentation and lack of remorse were given significant negative weight by the IAD.

[15] On the positive side, the IAD took into account the efforts made by the principal applicant to improve her skills and to enhance her prospects of employability while in Canada. The IAD commented on the presence of family members in Canada and the evidence of active participation of the applicants in community events.

[16] The IAD found that there was some degree of establishment in Canada which was a positive factor. However, it also found that family members in Canada would suffer only a limited effect from the removal of the applicants from Canada. It found that expressions of community support, in favour of allowing the appeals, was compromised because that support was based upon

3) la durée de la période passée au Canada et le degré d'établissement de l'appelant;

4) la famille qu'il a au Canada et les bouleversements que l'expulsion de l'appelant occasionnerait pour cette famille;

5) le soutien dont bénéficie l'appelant, non seulement au sein de sa famille, mais également de la collectivité;

6) l'importance des difficultés que causerait à l'appelant le retour dans son pays de nationalité.

[13] La SAI a passé en revue la preuve qui avait été produite et a conclu que les fausses déclarations étaient graves, se situant plus précisément « au sommet de l'échelle ». La demanderesse principale avait délibérément fait une présentation erronée à propos de son état matrimonial, ainsi que des noms et dates de naissance de ses filles. Selon la SAI, les enfants étaient indirectement concernées par les fausses déclarations de la demanderesse principale puisque leur admission au Canada était directement rattachée aux déclarations et aux actions de leur mère.

[14] La SAI a estimé que la demanderesse principale n'avait pas montré de remords. Elle a accordé beaucoup d'importance à la gravité des fausses déclarations et à l'absence de remords.

[15] S'agissant des points favorables aux demandereses, la SAI a pris en compte les efforts qu'avait accomplis la demanderesse principale pour se perfectionner et pour accroître ses chances de trouver un emploi durant ses années passées au Canada. La SAI s'est exprimée sur la présence de proches au Canada et sur le rôle actif avéré des demandereses dans des activités communautaires.

[16] La SAI a trouvé que les demandereses avaient atteint un certain degré d'établissement au Canada, ce qui était un facteur favorable. Cependant, elle a trouvé aussi que les proches des demandereses au Canada ne pâtiraient que d'une manière limitée du renvoi des demandereses du Canada. Selon elle, le soutien communautaire exprimé en faveur des appels interjetés

incomplete information. The factor of community support received a negative assessment.

[17] The IAD assessed the evidence from the principal applicant and her elder daughter Sheena concerning their fears of returning to the Philippines. The IAD concluded that the applicants would enjoy family support and access to mental health services, if required, in their country of citizenship.

[18] The IAD specifically addressed the purpose of family reunification that is set out in the Act, referring in particular to the relationship between the principal applicant and Mr. Deleon. While acknowledging the relationship, the IAD noted that it was not long-standing. Further, the IAD commented upon the continued existence of the principal applicant's first marriage in the Philippines and Mr. Deleon's current obligations to his children and employment in Canada.

[19] The IAD further observed that further evidence had been submitted after the conclusion of the hearing in December 2005. This further evidence consisted of a doctor's note indicating that the principal applicant was in the early stages of pregnancy. The IAD characterized the actions of the principal applicant, in being pregnant, as something that "was completely within the control" of the principal applicant, but in any event, there was credible evidence as to the availability of medical services in the Philippines.

[20] The IAD specifically referred to the best interests of the daughters of the principal applicant, referring to evidence as to their adaptation to life in Canada, success in school and participation in extra-curricular activities. It concluded that with the availability of family support, access to free education in the Philippines, and knowledge of the language, the minor applicants would adapt quickly to life in the Philippines and accordingly, would not suffer undue hardship if required to leave Canada.

[21] The IAD dealt with an argument that had been made that the minor applicants be allowed to remain in Canada without their mother until the principal applicant

était d'une valeur douteuse parce qu'il était fondé sur des renseignements incomplets. Elle a donné une note négative au soutien communautaire en tant que facteur.

[17] La SAI a apprécié le témoignage de la demanderesse principale et de sa fille aînée Sheena à propos de leur crainte de devoir retourner aux Philippines. La SAI a conclu que les demanderesse bénéficieraient d'un soutien familial et d'un accès à des services de santé mentale, au besoin, dans leur pays d'origine.

[18] La SAI a expressément pris en compte le principe de la réunification des familles, mentionné dans la Loi, en évoquant en particulier la relation entre la demanderesse principale et M. Deleon. Tout en prenant acte de cette relation, la SAI a relevé que ce n'était pas une relation de longue date. La SAI s'est exprimée aussi sur la non-dissolution du premier mariage de la demanderesse principale aux Philippines et sur les obligations courantes de M. Deleon envers ses enfants ainsi que sur son emploi au Canada.

[19] La SAI a fait aussi observer qu'une preuve additionnelle avait été produite après l'audience tenue en décembre 2005. Il s'agissait en fait de la note d'un médecin précisant que la demanderesse principale était aux premiers stades d'une grossesse. Selon la SAI, le fait pour la demanderesse principale d'être devenue enceinte résultait de son propre choix, mais, en tout état de cause, il était établi d'une manière crédible qu'il existait aux Philippines des services médicaux.

[20] La SAI a fait expressément état de l'intérêt supérieur des filles de la demanderesse principale, en évoquant leur adaptation à la vie au Canada, leurs résultats scolaires et leur participation à des activités parascolaires. Elle est arrivée à la conclusion que, vu l'existence d'un soutien familial, l'accès à l'éducation gratuite aux Philippines et leur connaissance de la langue, les demanderesse mineures s'adapteraient rapidement à la vie aux Philippines et ne rencontreraient donc pas de difficultés excessives si elles devaient quitter le Canada.

[21] La SAI a examiné un argument qui avait été avancé selon lequel les demanderesse mineures devraient être autorisées à rester au Canada sans leur mère jusqu'à



could return under the sponsorship of Mr. Deleon. The IAD stated that this option had been “specifically considered” but since the children have consistently remained in the care of the principal applicant, it was in their best interests to live with their mother in the same country.

[22] In conclusion, the IAD said that, having considered the totality of the evidence, the negative factors outweighed the positive ones and the evidence did not warrant the positive exercise of discretion in favour of the applicants. It added that the circumstances of the case did not warrant a stay and commented, again, on the gravity of the misrepresentations made by the principal applicant.

### III. Submissions

#### A. The Applicants’ Submissions

[23] The applicants advanced several arguments. First, they argued that the IAD decision is invalid because it was made without jurisdiction. In this regard, they argue that the failure of the first IAD panel to designate a representative for the minor applicants did not vitiate the proceedings before it. They say that the IAD was not authorized to convene a *de novo* hearing pursuant to section 174 of the Act which essentially establishes that the IAD has the equivalent powers, rights and privileges of a superior court of record.

[24] Relying on the decision in *Demirtas v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 F.C. 602 (C.A.), they submit that once a superior court of record has heard evidence it is seized of the case and no other judge may decide it. They submit that the first IAD panel was seized of the appeal and consequently, the IAD had no statutory authority to reopen the appeal on its own motion.

[25] They argue that section 71 of the Act gives the IAD the authority to reopen an appeal in certain circumstances upon the application of a foreign national who has not left Canada. However, they say that by

ce que la demanderesse principale puisse y revenir à la faveur du parrainage de M. Deleon. La SAI a dit que cette possibilité avait été « analysée », mais que, puisque les enfants étaient toujours restées sous la garde de la demanderesse principale, leur intérêt supérieur était de vivre auprès de leur mère dans le même pays qu’elle.

[22] Pour conclure, la SAI a dit que, après examen de l’ensemble de la preuve, les facteurs défavorables l’emportaient sur les facteurs favorables et que la preuve ne permettait pas à la SAI d’exercer son pouvoir discrétionnaire en faveur des demandereses. Elle a ajouté que les circonstances de l’affaire ne justifiaient pas un sursis d’exécution, en évoquant encore une fois la gravité des fausses déclarations de la demanderesse principale.

### III. Les observations

#### A. Les observations des demandereses

[23] Les demandereses ont invoqué plusieurs arguments. D’abord, elles ont fait valoir que la décision était invalide parce que la SAI n’était pas compétente pour la rendre. Sur ce point, elles disent que la procédure introduite devant la SAI n’était pas viciée par le fait que le premier tribunal de la SAI n’avait pas désigné un représentant pour les demandereses mineures. Elles ajoutent que la SAI n’était pas habilitée à entreprendre une audition *de novo* de par l’article 174 de la Loi, qui prévoit essentiellement que la SAI a les attributions d’une juridiction supérieure.

[24] Invoquant l’arrêt *Demirtas c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1993] 1 C.F. 602 (C.A.), elles disent que, après qu’une juridiction supérieure a entendu la preuve, elle est saisie de l’affaire et aucun autre juge ne peut statuer sur cette affaire. Elles disent que le premier tribunal de la SAI était saisi de l’appel et que, par conséquent, la SAI n’avait pas le pouvoir de rouvrir l’appel de sa propre initiative.

[25] Elles font valoir que l’article 71 de la Loi donne à la SAI le pouvoir de rouvrir un appel dans certains cas, à la demande d’un étranger qui n’a pas quitté le Canada. Cependant, elles disent que, en conférant à la SAI ce

granting the IAD such authority specifically upon receipt of an application, the statute implicitly denies the IAD authority to reopen the hearing in the absence of such an application.

[26] The applicants further submit that the IAD lacks jurisdiction under common law to reopen the appeal hearing. They argue that at common law, a tribunal can only rehear a matter if the former hearing was a nullity because of a breach of natural justice and rely on the decision in *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848 and *Kaur v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 2 F.C. 209 (C.A.).

[27] The applicants say that the failure to designate a representative may or may not breach natural justice depending on the facts of the case, relying on the decision in *Duale v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 40 Imm. L.R. (3d) 165 (F.C.).

[28] The applicants argue that the failure to designate a representative by the first IAD panel did not breach natural justice and was a mere “technicality.” They say that the principal applicant, although she was not formally designated as such, served as a representative acting in the best interests of the minor applicants at the first hearing and that she met all the requirements under subsection 167(2) of the Act and rule 19 of the *Immigration Appeal Division Rules*, SOR/2002-230, as amended (the Rules). They also note that the mother was designated as the representative of the minor applicants at the Immigration Division hearing and that nothing occurred at either hearing to put this designation into doubt, that the second IAD panel proceeded as if it too had designated the mother as a representative and that the mother assumed that her designation as a representative by the Immigration Division applied equally to the proceedings before the IAD.

pouvoir explicitement après une demande en ce sens, la Loi nie implicitement à la SAI le pouvoir de rouvrir l’audience en l’absence d’une telle demande.

[26] Les demanderesse disent aussi que la SAI n’a pas compétence, en common law, pour rouvrir l’examen d’un appel. Elles font valoir que, en common law, un tribunal administratif ne peut instruire à nouveau une affaire que si l’instruction antérieure a été entachée de nullité pour manquement à la justice naturelle. Elles se fondent sur l’arrêt *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848, et sur l’arrêt *Kaur c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1990] 2 C.F. 209 (C.A.).

[27] Les demanderesse disent que le fait de ne pas désigner un représentant ne constitue pas nécessairement un manquement à la justice naturelle, en fonction des circonstances de l’affaire, invoquant sur ce point la décision *Duale c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2004 CF 150.

[28] Les demanderesse font valoir que le fait pour le premier tribunal de la SAI de ne pas avoir désigné un représentant ne constituait pas un manquement à la justice naturelle, mais plutôt un simple [TRADUCTION] « détail technique ». Elles disent que la demanderesse principale, même si elle ne fut pas officiellement désignée comme telle, tenait lieu de représentante agissant dans l’intérêt supérieur des demanderesse mineures lors de la première audience, ajoutant qu’elle remplissait toutes les conditions du paragraphe 167(2) de la Loi et de la règle 19 des *Règles de la Section d’appel de l’immigration*, DORS/2002-230, et modifications (les Règles). Elles relèvent aussi que la mère avait été désignée représentante des demanderesse mineures lors de l’audience de la Section de l’immigration et que rien n’était survenu durant l’une ou l’autre des deux audiences qui eût mis cette désignation en doute, que le deuxième tribunal de la SAI était allé de l’avant comme s’il avait aussi désigné la mère représentante de ses filles, et que la mère avait présumé que sa désignation par la Section de l’immigration valait aussi pour la procédure introduite devant la SAI.

[29] Second, in any event, the applicants submit that the IAD panel was obligated to make a determination on the facts of whether or not the failure by the first IAD panel to designate a representative vitiated the proceedings that it presided over.

[30] Third and finally, the applicants argue that the first IAD panel was obligated as a matter of procedural fairness to accept submissions from the parties before making a vitiation determination.

[31] The second main issue raised by the applicants is that the various misrepresentations made by the principal applicant were immaterial, irrelevant, and did not and could not have induced an error in the administration of the Act.

[32] They say that the effect of the misrepresentations was to lead the respondent to incorrectly believe that the principal applicant was married to Ricardo Manalang even though this marriage was invalid because she was already married to Geronimo Saulog.

[33] They submit that this effect was immaterial because Mr. Manalang, regardless of the validity of his marriage with the principal applicant, could sponsor her as a conjugal partner. In this regard, they rely on section 2 [definition of “conjugal partner”] and paragraph 117(1)(a) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (the IRP Regulations) and to Citizenship and Immigration Canada’s *Overseas Processing Manual (OP)* (the Manual), Chapter OP 2: Processing Member of the Family Class, section 5.36.

[34] The applicants emphasize that the concept of conjugal partnership is new to the present Act, which they say applies to their situation because it was in force when they entered Canada, at the time of their admissibility hearing and at the time of their appeal. They refer to section 190 of the Act which provides as follows:

[29] Deuxièmement, les demandresses disent que, en tout état de cause, le deuxième tribunal de la SAI était tenu de dire, au vu des faits, si l’instance qu’il présidait était ou non viciée par le fait que le premier tribunal de la SAI n’avait pas désigné de représentant.

[30] Troisièmement et finalement, les demandresses font valoir que le premier tribunal de la SAI était tenu, au nom de l’équité procédurale, d’obtenir les observations des parties avant de conclure que la procédure était viciée.

[31] Le deuxième point principal soulevé par les demandresses est que les diverses fausses déclarations faites par la demandresse principale étaient sans importance ni conséquence et qu’elles n’avaient pas entraîné, ni n’auraient pu entraîner, une erreur dans l’application de la Loi.

[32] Elles disent que l’effet des fausses déclarations a été de conduire le défendeur à croire, à tort, que la demandresse principale était mariée avec Ricardo Manalang, même si ce mariage était invalide puisqu’elle était déjà mariée avec Geronimo Saulog.

[33] Elles disent que l’effet des fausses déclarations était sans importance parce que M. Manalang, quand bien même son mariage avec la demandresse principale serait-il invalide, pouvait parrainer la demandresse principale en tant que partenaire conjugale. Sur ce point, elles se fondent sur l’article 2 [définition de « partenaire conjugal »] et l’alinéa 117(1)a) du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le RIPR) et sur le chapitre OP 2 : Traitement des demandes présentées par des membres de la catégorie du regroupement familial, section 5.36, du *Guide de traitement des demandes à l’étranger (OP)* de Citoyenneté et Immigration Canada (le Guide).

[34] Les demandresses soulignent que la notion de partenariat conjugal est une notion nouvelle dans la Loi actuelle, qui, disent-elles, s’applique à leur cas parce qu’elle était en vigueur à la date de leur admission au Canada, à la date de l’audience d’admissibilité les concernant et à la date de leur appel. Elles citent l’article 190 de la Loi, qui dispose ainsi :

**190. Every application, proceeding or matter under the former Act that is pending or in progress immediately before the coming into force of this section shall be governed by this Act on that coming into force.**

[35] They further argue that they accepted that they were inadmissible before both the Immigration Division and the IAD.

[36] As well, the applicants argue that at the Immigration Division level, the panel produced flawed legal reasoning. They submit that the panel failed to observe that the new Act had come into force between the time when the visa officer made his original decision and the time of the hearing over which it presided.

[37] They also submit that the Immigration Division failed to explain how the birth certificate misrepresentations could have possibly led to an error in the administration of the Act. They note that the minor applicants were only 8 and 11 years old at the time their visas were issued, that consequently the only relevant requirements were medical, and that, upon examination, the minor applicants met those requirements.

[38] The applicants then raise an argument that the IAD improperly took judicial notice that the pregnancy of the principal applicant before the IAD rehearing was an action that was “completely within her control.”

[39] They submit that the IAD, as a court of record, is authorized pursuant to section 174 and paragraph 175(1)(c) of the Act to take notice only of those facts which may be judicially noticed and otherwise must base its decisions upon the evidence adduced before it. They complain that the IAD exceeded its authority to take notice when it stated the following conclusion, at page 7 of its reasons:

... that she [Gloriza Manalang] allowed herself to become pregnant between the time of the original hearing and this hearing. This action was completely within the control of the appellant. Based on the evidence before me, I find it is more

**190. La présente loi s’applique, dès l’entrée en vigueur du présent article, aux demandes et procédures présentées ou instruites, ainsi qu’aux autres questions soulevées, dans le cadre de l’ancienne loi avant son entrée en vigueur et pour lesquelles aucune décision n’a été prise.**

[35] Elles font aussi valoir qu’elles ont admis qu’elles étaient interdites de territoire, à la fois devant la Section de l’immigration et devant la SAI.

[36] Les demanderesse font aussi valoir que, au niveau de la Section de l’immigration, le tribunal avait exposé un raisonnement juridique déficient. Elles disent qu’il ne s’était pas aperçu que la nouvelle Loi était entrée en vigueur entre la date à laquelle l’agent des visas avait rendu sa décision initiale et la date de l’audience qu’il présidait.

[37] Elles disent aussi que la Section de l’immigration n’avait pas expliqué en quoi les faux certificats de naissance avaient pu de quelque manière conduire à une erreur dans l’application de la Loi. Elles relèvent que les demanderesse mineures n’avaient que 8 et 11 ans lorsque leurs visas furent délivrés, que par conséquent les seules conditions pertinentes étaient d’ordre médical et que, après examen, les demanderesse mineures remplissaient lesdites conditions.

[38] Les demanderesse avancent ensuite l’argument selon lequel la SAI s’est fourvoyée en admettant d’office que la grossesse de la demanderesse principale, survenue avant la nouvelle audience de la SAI, était un fait qui résultait de son propre choix.

[39] Elles disent que la SAI, en tant que cour d’archives, est autorisée, conformément à l’article 174 et à l’alinéa 175(1)c) de la Loi, à admettre d’office uniquement les faits dont elle peut prendre connaissance judiciaire et doit pour le reste fonder ses décisions sur la preuve qui lui est soumise. Elles estiment que la SAI a outrepassé son pouvoir de prendre connaissance judiciaire lorsqu’elle est arrivée à la conclusion suivante, à la page 8 de ses motifs :

[...] elle [Gloriza Manalang] s’est permis de devenir enceinte entre le moment de l’audience originale et la présente audience. L’appelante avait le choix de devenir enceinte ou non. D’après la preuve devant moi, j’estime qu’il est très vraisemblable que

likely the appellant has made this choice in an effort to bolster the evidence for the appeal.

[40] The applicants also submit that the IAD's remarks concerning the pregnancy of the principal applicant give rise to a reasonable apprehension of bias since the comments are sexist and irrelevant. In any event, the applicants note that the principal applicant was pregnant at the time of the rehearing in December 2005 but did not go for a pregnancy test until January 2006. They argue that if she had truly become pregnant in order to bolster her case, she would not have waited so long after the rehearing to confirm the pregnancy.

[41] Finally, the applicants argue that the IAD did not properly consider the best interests of the minor applicants and further, that it failed to take into account the views of those applicants. The applicants submit that these two oversights give rise to a breach of Canada's obligations pursuant to the *Convention on the Rights of the Child*, November 20, 1989, [1992] Can. T.S. No. 3, Art. 12 (the Convention).

[42] With respect to the first point, the applicants submit that the IAD, in its reasons, concluded that the minor applicants would not suffer undue hardship if returned to the Philippines. They submit that the conclusion that the best interests of the minor applicants would be met by remaining in Canada is implicit in the reasons of the IAD. Specifically, they argue that the IAD's conclusion that the minors would not suffer "undue hardship" if removed implies that the minors would suffer some hardship. Since this recognition was only implicit, the applicants submit that the IAD failed in its obligation, pursuant to paragraph 67(1)(c) of the Act, to give reasons for why and how the best interests of the children are served by their removal from Canada, together with their mother.

[43] With respect to the second point, the applicants submit that the IAD failed to comply with the obligation under Article 12 of the Convention that the views of

l'appelante ait fait ce choix dans le but de renforcer la preuve soumise en appel.

[40] Les demanderesse disent aussi que les remarques de la SAI concernant la grossesse de la demanderesse principale suscitent une crainte raisonnable de partialité parce qu'il s'agit de commentaires sexistes et hors de propos. Quoiqu'il en soit, les demanderesse relèvent que la demanderesse principale était enceinte à la date de la nouvelle audience en décembre 2005, mais n'a subi un test de grossesse qu'en janvier 2006. Elles font valoir que, si elle était véritablement tombée enceinte dans le dessein de renforcer son dossier, elle n'aurait pas attendu si longtemps après la nouvelle audience pour obtenir confirmation de son état.

[41] Finalement, les demanderesse soutiennent que la SAI n'a pas accordé une attention suffisante à l'intérêt supérieur des demanderesse mineures et aussi qu'elle n'a pas tenu compte des vues de celles-ci. Les demanderesse disent que ces deux omissions constituent un manquement aux obligations du Canada aux termes de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989, [1992] R.T. Can. n° 3, article 12 (la Convention).

[42] S'agissant du premier point, les demanderesse disent que la SAI, dans ses motifs, est arrivée à la conclusion que les demanderesse mineures ne connaîtraient pas de difficultés excessives si elles étaient renvoyées aux Philippines. D'après elles, la conclusion selon laquelle on répondrait à l'intérêt supérieur des demanderesse mineures en les autorisant à rester au Canada est implicite dans les motifs de la SAI. Plus précisément, elles font valoir que la conclusion de la SAI selon laquelle les demanderesse mineures ne subiront pas d'« épreuves excessives » si elles sont renvoyées suppose qu'elles subiront certaines épreuves. Puisque cette admission n'était qu'implicite, les demanderesse disent que la SAI n'a pas rempli l'obligation que lui faisait l'alinéa 67(1)c) de la Loi d'exposer des motifs indiquant pourquoi et en quoi l'intérêt supérieur des enfants sera mieux servi si elles sont renvoyées du Canada, en même temps que leur mère.

[43] S'agissant du second point, les demanderesse disent que la SAI ne s'est pas conformée à l'obligation prévue par l'article 12 de la Convention, selon lequel les

children, in certain circumstances, be given “due weight.” They suggest that the IAD is required to comply with this obligation by reason of paragraph 3(3)f) of the Act and further to the decision of the Federal Court of Appeal in *de Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] 3 F.C.R. 655, application for leave to appeal to Supreme Court of Canada dismissed [2006] 1 S.C.R. vii.

#### B. The Respondent’s Submissions

[44] The respondent argues that the IAD decision to rehear the appeal was sound in law. First, he said that section 71 of the Act does not apply in the present case, since that provision only applies where the reopening of an appeal is sought. In this case, such an application was not available since no conclusion has been reached by the first IAD panel. Further, the respondent suggests that all divisions of the Board are required to specifically designate representatives for minor applicants and in this regard, refers to the decisions in *Stumpf v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002), 289 N.R. 165 (F.C.A.) and *Duale*. Finally, in response to the applicants’ argument that the first IAD panel was seized of the matter, the respondent notes that the first IAD panel had not made a decision and there are other circumstances where a matter is reheard by a second panel where a first panel does not render a decision.

[45] The respondent further argues that the applicants did not object to the manner in which the IAD ordered the rehearing of the appeal and consequently, they are precluded from objecting to that procedure. No objections were raised by the applicants to this method of proceeding when the second IAD hearing convened and the point was not addressed in the extensive written arguments submitted by counsel for the applicants after that hearing.

[46] The respondent disagrees with the applicants’ arguments that the misrepresentations in question were irrelevant. He submits that the principal applicant’s misrepresentation about her marriage was relevant because

opinions de l’enfant, compte tenu des circonstances, doivent être « dûment prises en considération ». Elles disent que la SAI est tenue de se plier à cette obligation en raison de l’alinéa 3(3)f) de la Loi, ainsi qu’en raison d’un arrêt rendu par la Cour d’appel fédérale, *de Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2006] 3 R.C.F. 655, demande de pourvoi devant la Cour suprême du Canada rejetée : [2006] 1 R.C.S. vii.

#### B. Les observations du défendeur

[44] Le défendeur fait valoir que la décision de la SAI d’instruire à nouveau l’appel était fondée en droit. D’abord, il dit que l’article 71 de la Loi ne s’applique pas ici car cette disposition ne vaut que lorsque la réouverture d’un appel est demandée. En l’espèce, il n’y a eu aucune demande du genre, étant donné que le premier tribunal de la SAI n’est arrivé à aucune conclusion. Par ailleurs, le défendeur dit que toutes les sections de la Commission sont tenues de désigner explicitement des représentants pour les demandeurs mineurs et il invoque sur ce point l’arrêt *Stumpf c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2002 CAF 148 et la décision *Duale*. Finalement, répondant à l’argument des demanderesse selon lequel le premier tribunal de la SAI était saisi de l’affaire, le défendeur relève que le premier tribunal de la SAI n’avait pas rendu de décision et qu’il y a d’autres circonstances où une affaire est instruite une seconde fois par un second tribunal lorsqu’un premier tribunal n’a pas rendu de décision.

[45] Le défendeur soutient aussi que les demanderesse ne se sont pas opposées à la manière dont la SAI a ordonné la nouvelle audition de l’appel et qu’elles sont donc empêchées de s’opposer à cette procédure. Les demanderesse ne se sont nullement opposées à cette ligne de conduite quand le second tribunal de la SAI a tenu une audience et la question n’a pas été abordée dans l’argumentation écrite approfondie produite par l’avocat des demanderesse après cette audience.

[46] Le défendeur ne partage pas l’avis des demanderesse selon lequel les fausses déclarations en cause ne tiraient pas à conséquence. Il dit que les fausses déclarations de la demanderesse principale à propos de

it relates to whether or not she met the definition of a family class member. He notes that the misrepresentation related to the minor applicants' birth father was relevant because it prevented the visa officer from determining issues such as whether the father objected to the departure of the children for Canada and whether there were any outstanding custody matters.

[47] As for the principal applicant's argument about the applicability of the conjugal partner provisions in the IRP Regulations, the respondent argues that this is a wholly new issue which the applicant failed to raise before the IAD. Accordingly, the issue cannot be raised in the present proceeding.

[48] Finally, with respect to the arguments as to the materiality of the misrepresentations, the respondent submits that those misrepresentations are "demonstrably material." Among other reasons, the respondent argues that the marital status of the principal applicant was critically important to the grant of permanent residence by the visa officer in Manila.

[49] In response to the applicants' submissions as to the Board taking improper judicial notice of the principal applicant's pregnancy, the respondent concedes that the comments may be questionable but otherwise, he submits that the analysis and conclusions of the IAD were appropriate and grounded in the evidence submitted. The respondent submits that the decision as a whole shows that the IAD considered both positive and negative factors and ultimately reached its decision on the basis that the positive factors did not outweigh the negative factors.

[50] The respondent denies the applicants' claim that the IAD failed to take the best interests of the minor applicants into account and argues that the decision clearly shows that those interests were considered. Further, the respondent disagrees with the applicants'

son mariage amenaient des conséquences, et ce, parce qu'elles concernaient le point de savoir si elle répondait ou non à la définition de membre de la catégorie du regroupement familial. Il dit que la fausse déclaration concernant le père naturel des demanderesse mineures amenaient des conséquences parce qu'elle a empêché l'agent des visas de décider certains points, par exemple celui de savoir si le père s'était opposé au départ des enfants pour le Canada et celui de savoir si des questions de garde étaient demeurées non résolues.

[47] S'agissant de l'argument de la demanderesse principale à propos de l'applicabilité des dispositions du RIPR relatives au partenaire conjugal, le défendeur soutient qu'il s'agit là d'une question totalement nouvelle que la demanderesse principale n'a pas soulevée devant la SAI. Par conséquent, cette question ne saurait être soulevée dans la présente instance.

[48] Finalement, s'agissant des arguments portant sur l'importance ou non des fausses déclarations, le défendeur dit que ces fausses déclarations sont [TRADUCTION] « incontestablement importantes ». Entre autres motifs, le défendeur affirme que l'état matrimonial de la demanderesse principale était d'une importance critique pour l'octroi de la résidence permanente par l'agent des visas à Manille.

[49] En réponse à l'argument des demanderesse pour qui la Commission s'est fourvoyée en admettant d'office le caractère purement volontaire de la grossesse de la demanderesse principale, le défendeur reconnaît que les observations de la Commission sont sans doute discutables, mais il affirme néanmoins que l'analyse et la conclusion de la SAI étaient légitimes et qu'elles s'appuyaient sur la preuve produite. Selon le défendeur, la décision montre globalement que la SAI a considéré à la fois les facteurs favorables et les facteurs défavorables et qu'elle est finalement arrivée à sa décision en disant que les facteurs favorables ne l'emportaient pas sur les facteurs défavorables.

[50] Le défendeur récuse l'allégation des demanderesse selon laquelle la SAI a négligé l'intérêt supérieur des demanderesse mineures et il soutient que la décision montre clairement que leur intérêt a été pris en compte. Le défendeur rejette aussi l'argument des demanderesse

arguments concerning an obligation to consider the views of the children pursuant to the Convention. He says that paragraph 3(3)(f) of the Act does not require, in accordance with Article 12 of the Convention, that the IAD explicitly give due weight to the views of minor applicants. He relies on paragraphs 42 and 44 of the decision in *Charkaoui (Re)*, [2006] 3 F.C.R. 325 (F.C.), where this Court said that Parliament's intention in enacting paragraph 3(3)(f) was to provide a general guide to interpretation "that does not operate to incorporate international law into domestic law". The respondent also refers to the decision of the Federal Court of Appeal in *de Guzman*.

[51] The respondent argues that subsection 67(1) requires the IAD to consider only "the best interests of a child directly affected by the decision" and notes that the minor applicants were represented by legal counsel before the second IAD panel. Accordingly, their views would have been expressed through counsel. In any event, the IAD sought the views of the minor applicants during questioning of Sheena during the hearing.

### C. Further Submissions

[52] Following the hearing of the application for judicial review, counsel were provided with the opportunity to make further submissions as to the scope and relevance of section 71 of the Act to this proceeding, following the recent decision of the Federal Court of Appeal in *Nazifpour v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 4 F.C.R. 515, application for leave to appeal to Supreme Court of Canada dismissed [2007] S.C.C.A. No. 196 (QL). Counsel for each party filed further submissions.

#### (1) Applicants' Submissions

[53] The applicants submit that the decision of the Federal Court of Appeal in *Nazifpour* supports its earlier arguments that the IAD committed a reviewable error by acting on its own motion to send the matter for hearing before a differently constituted tribunal after the first panel had heard the evidence but before it had rendered its decision.

selon lequel la SAI était tenue, conformément à la Convention, de prendre en compte les opinions des enfants. Il dit que l'alinéa 3(3)f) de la Loi n'oblige pas la SAI, selon ce que prévoit l'article 12 de la Convention, à prendre explicitement en considération les opinions des demandeurs mineurs. Il se fonde sur les paragraphes 42 et 44 de la décision *Charkaoui (Re)*, [2006] 3 R.C.F. 325 (C.F.), où la Cour écrivait que l'intention du législateur, dans l'alinéa 3(3)f) de la Loi, était d'offrir une directive générale d'interprétation et que l'alinéa n'avait « pas pour effet de faire pénétrer le droit international en droit interne ». Le défendeur invoque aussi l'arrêt *de Guzman* de la Cour d'appel fédérale.

[51] Le défendeur affirme que le paragraphe 67(1) oblige la SAI à ne considérer que « l'intérêt supérieur de l'enfant directement touché », et il relève que les demanderesse mineures étaient représentées par un avocat devant le deuxième tribunal de la SAI. Par conséquent, leurs opinions auraient été exprimées par l'entremise de leur avocat. Quoiqu'il en soit, la SAI a sollicité les opinions des demanderesse mineures à la faveur de l'interrogatoire de Sheena durant l'audience.

### C. Autres observations

[52] Après l'audition de la demande de contrôle judiciaire, les avocats ont eu la possibilité de formuler d'autres observations sur la portée de l'article 71 de la Loi et sur sa pertinence à l'égard de la présente instance, à la suite d'un arrêt récent de la Cour d'appel fédérale, *Nazifpour c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 4 R.C.F. 515, demande de pourvoi devant la Cour suprême du Canada rejetée : [2007] C.S.C.R. n° 196 (QL). Les avocats des parties ont déposé d'autres observations.

#### 1) Les observations des demanderesse

[53] Les demanderesse disent que l'arrêt *Nazifpour* de la Cour d'appel fédérale confirme leur argument antérieur selon lequel la SAI a commis une erreur susceptible de contrôle en décidant de sa propre initiative de renvoyer l'affaire pour audience devant un autre tribunal de la SAI, après que le premier tribunal avait instruit l'affaire, mais avant qu'il n'eût rendu sa décision.



[54] The applicants argue that the Federal Court of Appeal has now determined that the IAD can reopen a case only if there has been a breach of natural justice. Accordingly, the applicants maintain their position that the IAD had no authority to order a new hearing of their appeal, on its own motion.

[55] The applicants further argue that the power to reopen an appeal, pursuant to section 71 of the Act, is not limited to those situations where a decision has been made, since the word “decision” does not appear in section 71. In any event, if an appeal can be reopened only if there has been a breach of natural justice, the applicants point out that no such finding had been made in their case, relative to the non-appointment of a designated representative for the minor children.

[56] The applicants argue that neither the Act, nor the IRP Regulations nor the Rules authorizes a rehearing prior to the making of a decision upon the merits of an appeal. By ordering a rehearing, the Board here acted without jurisdiction.

[57] The applicants contest the respondent’s reliance upon rule 57 as authorizing the actions of the Board. They say that the respondent only referred to this rule in its oral arguments and made no reference to it, or other legal authority, in the earlier written submissions.

[58] The applicants submit that two conditions must exist before rule 57 can apply. First, they say that rule 57 is engaged only when there is no other provision in the Act, the IRP Regulations or the Rules that addresses the matter, and second when the action taken by the Board is necessary to deal with the matter. They argue that in this case, neither condition is met.

[59] First, the decision in *Nazifpour* demonstrates that section 71 of the Act addresses the matter of a rehearing. Such a rehearing can take place only where there has been a breach of natural justice and there was no such finding here, before the rehearing was ordered.

[54] Selon les demanderesse, la Cour d’appel fédérale a maintenant jugé que la SAI peut rouvrir une affaire uniquement s’il y a eu manquement à la justice naturelle. Par conséquent, les demanderesse continuent d’affirmer que la SAI n’avait pas le pouvoir d’ordonner, de sa propre initiative, une nouvelle instruction de leur appel.

[55] Les demanderesse soutiennent aussi que le pouvoir de rouvrir un appel, selon ce que prévoit l’article 71 de la Loi, ne se limite pas aux cas où une décision a été rendue, étant donné que le mot « décision » n’apparaît pas dans l’article 71. Quoi qu’il en soit, si un appel peut être rouvert uniquement lorsqu’il y a eu manquement à un principe de justice naturelle, alors les demanderesse signalent que, dans leur cas, aucune conclusion du genre n’avait été tirée s’agissant de l’absence de nomination d’un représentant désigné pour les enfants mineures.

[56] Les demanderesse font valoir que ni la Loi, ni le RIPR ni les Règles n’autorisent une nouvelle audience avant qu’une décision ne soit rendue sur le fond d’un appel. En ordonnant une nouvelle audience, la SAI a agi sans compétence.

[57] Les demanderesse récusent l’affirmation du défendeur selon laquelle la règle 57 autorisait la décision de la SAI. Elles disent que le défendeur n’a invoqué cette règle que dans son argumentation orale et qu’il ne l’a nullement invoquée, ni d’ailleurs une autre autorité juridique, dans ses observations écrites antérieures.

[58] Les demanderesse disent que deux conditions doivent être réunies avant que la règle 57 ne puisse s’appliquer : d’abord, lorsqu’il n’y a, dans la Loi, dans le RIPR ou dans les Règles, aucune disposition régissant la question, et ensuite, lorsque la mesure prise par la Commission est nécessaire pour régler la question. Elles font valoir que, en l’espèce, aucune des deux conditions n’est remplie.

[59] D’abord, l’arrêt *Nazifpour* montre que l’article 71 de la Loi concerne la question d’une nouvelle audience. Cette nouvelle audience ne peut avoir lieu que lorsqu’il y a eu manquement à un principe de justice naturelle et aucune conclusion du genre n’a été tirée en l’espèce avant que la nouvelle audience ne fût ordonnée.

[60] Alternatively, if section 71 applies only to reopening an appeal once a decision has been rendered, then the applicants argue that rule 57 must be read consistently with Parliament's objectives as set out in section 71, relative to rehearings. The applicants note that section 71 requires a request for a rehearing by a foreign national who has not left Canada under a removal order. No such request was made here.

[61] With respect to the second condition, the applicants argue that the action taken by the Board was not necessary and therefore, rule 57 does not come into play. Relying on *Nazifpour*, the applicants submit that the Board could have made its decision to rehear the appeal conditional upon a finding that a breach of natural justice had occurred, given the parties an opportunity to make representations regarding a rehearing prior to deciding how to proceed, designated a representative for the children and awaited an application from that representative for a rehearing. The applicants say that since the Board failed to take these steps, it is "impossible to say that what the Board did was necessary to deal with the matter before it."

## (2) Respondent's Submissions

[62] The respondent takes the position that section 71 and *Nazifpour* do not apply to the present case, on the basis that section 71 comes into play only where an applicant seeks to reopen a Board decision. In the present case, no decision had been made.

[63] Further, the respondent argues that the Federal Court of Appeal in *Nazifpour* distinguishes between "reopening" and "rehearing", in paragraph 52 of the reasons, contrary to the submissions of the applicants. In any event, the respondent submits that *Nazifpour* supports his position "by analogy" since section 71 allows the reopening of a hearing in the case of a breach of procedural fairness and a breach occurred here due to the Board's failure to appoint a designated representative.

[60] Subsidiairement, si l'article 71 s'applique à la réouverture d'un appel uniquement après qu'une décision a été rendue, alors les demandresses font valoir que la règle 57 doit être lu en parallèle avec les objectifs du législateur exposés dans l'article 71, en ce qui concerne les nouvelles audiences. Les demandresses disent que l'article 71 suppose que l'étranger qui n'a pas quitté le Canada à la suite d'une mesure de renvoi a demandé la tenue d'une nouvelle audience. Aucune demande du genre n'a été faite en l'espèce.

[61] S'agissant de la deuxième condition, les demandresses font valoir que la mesure prise par la Commission n'était pas nécessaire et que la règle 57 n'entre donc pas en jeu. Invoquant l'arrêt *Nazifpour*, elles disent que la Commission aurait pu rendre sa décision d'instruire à nouveau l'appel à condition d'avoir constaté un manquement à un principe de justice naturelle, d'avoir donné aux parties, avant d'ordonner la tenue d'une nouvelle audience, l'occasion de s'exprimer sur l'opportunité d'une telle nouvelle audience, d'avoir désigné un représentant pour les enfants et d'avoir attendu que ledit représentant demande la tenue d'une nouvelle audience. Les demandresses disent que, puisque la Commission n'a pas suivi les étapes en question, il est [TRADUCTION] « impossible d'affirmer que ce que la Commission a fait était nécessaire pour régler la question qui lui était soumise ».

## 2) Les observations du défendeur

[62] Le défendeur dit que l'article 71 et l'arrêt *Nazifpour* ne sont pas applicables à la présente affaire, au motif que l'article 71 n'entre en jeu que lorsqu'un demandeur sollicite la réouverture d'une décision de la Commission. En l'espèce, aucune décision n'avait été rendue.

[63] Le défendeur fait aussi valoir que, contrairement aux observations des demandresses, la Cour d'appel fédérale, au paragraphe 52 de l'arrêt *Nazifpour*, fait une distinction entre « réouverture » et « nouvelle audience ». En tout état de cause, il dit que l'arrêt *Nazifpour* confirme son point de vue « par analogie » puisque l'article 71 autorise la réouverture d'une audience dans le cas d'un manquement à l'équité procédurale, et puisqu'un manquement a eu lieu en l'espèce, la Commission n'ayant

[64] Finally, the respondent submits that the Board acted within its authority and did not breach procedural fairness. He argues that the Board appropriately decided that the absence of a designated representative for the minor applicants required a rehearing of the appeal. The Board was not required to wait for one of the parties to make an application requesting a rehearing since paragraph 58(a) of the Rules provides that the powers of the Immigration Appeal Division are such that it may act on initiative without application or request from any party.

[65] Alternatively, the respondent submits that rule 57 authorizes the Board to proceed as it did.

### (3) Interlocutory Nature of Decision

[66] In the course of oral submissions, counsel for the respondent raised the issue whether the decision of the IAD to rehear the appeal constitutes an interlocutory decision. Generally, such a decision is not subject to judicial review, as discussed by the Court in *Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness) v. Kahlon*, [2006] 3 F.C.R. 493 (F.C.), at paragraphs 10–12.

[67] The respondent submits that the applicants should have objected at the commencement of the second hearing to the decision of the Board to convene a new hearing. He argues that the failure of the applicants to do so precludes them from raising their objections in this judicial review application. In this regard, the respondent relies on the decision in *Yassine v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 27 Imm. L.R. (2d) 135 (F.C.A.).

[68] The applicants argue, in response, that the respondent has concluded that the applicants should not have sought judicial review of an interlocutory decision of the Board. However, they submit that this case is distinguishable on its facts. In *Yassine*, the applicant had not requested the Board to reconvene for a hearing. The

pas nommé de représentant désigné pour les demanderesse mineures.

[64] Finalement, le défendeur dit que la Commission a agi dans le respect de sa compétence et n'a pas manqué à l'équité procédurale. Selon lui, la Commission a décidé à juste titre que l'absence d'un représentant désigné pour les demanderesse mineures exigeait que l'appel soit soumis à une nouvelle audience. La Commission n'était pas tenue d'attendre que l'une des parties présente une demande sollicitant une nouvelle audience, puisque, selon l'alinéa 58a) des Règles, les pouvoirs de la Section d'appel de l'immigration font qu'elle peut agir de sa propre initiative sans qu'une partie ne lui présente une demande.

[65] Subsidièrement, le défendeur dit que la règle 57 autorise la Commission à agir comme elle l'a fait.

### 3) La nature interlocutoire de la décision

[66] Durant ses arguments oraux, l'avocat du défendeur a soulevé la question de savoir si la décision de la SAI d'instruire à nouveau l'appel constituait une décision interlocutoire. En général, une telle décision n'est pas susceptible de contrôle judiciaire, ainsi que l'expliquait la Cour dans la décision *Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile) c. Kahlon*, [2006] 3 R.C.F. 493 (C.F.), aux paragraphes 10 à 12.

[67] Le défendeur dit que les demanderesse auraient dû s'opposer, dès le début de la deuxième audience, à la décision de la Commission de convoquer une nouvelle audience. Il fait valoir que les demanderesse n'avaient alors soulevé aucune objection et que cela les empêche de formuler leurs objections dans la présente demande de contrôle judiciaire. Sur ce point, le défendeur invoque l'arrêt *Yassine c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 949 (C.A.) (QL).

[68] Les demanderesse rétorquent que le défendeur est arrivé à la conclusion qu'elles n'auraient pas dû solliciter le contrôle judiciaire d'une décision interlocutoire de la Commission. Cependant, affirment-elles, les circonstances de la présente affaire en font un cas d'espèce. Dans l'arrêt *Yassine*, l'appelant n'avait pas prié la Commission

Federal Court of Appeal decided that even if a breach of natural justice has occurred, the breach was waived.

[69] The applicants here argue that the previous hearing had ended and a new one had begun. Once the decision was made to conduct a new hearing, the former panel of the IAD was *functus* and no forum was available in which they could have objected to the new hearing. The applicants further argue that the respondent is combining two issues, that is whether a new hearing should have been ordered and the form that hearing should take.

#### IV. Analysis

##### A. Issues

[70] The present application for judicial review raises the following issues:

1. What is the appropriate standard of review?
2. Did the Board possess the authority to order a rehearing of the case upon its own initiative?
3. Were the misrepresentations and undisclosed information material to a relevant matter, such that they could have induced an error in the administration of the Act?
4. Did the reasons of the IAD give rise to a reasonable apprehension of bias?
5. Did the IAD comply with Canada's obligations under the *Convention on the Rights of the Child*?

##### B. Standard of Review

[71] The starting point is to determine the applicable standard of review, based upon a pragmatic and functional analysis having regard to four factors: the presence or absence of a privative clause; the expertise

de convoquer une nouvelle audience. La Cour d'appel fédérale a jugé que, même s'il y avait eu manquement à un principe de justice naturelle, il y avait eu renonciation à l'invoquer.

[69] Les demandresses en l'espèce font valoir que l'audience antérieure avait pris fin et qu'une nouvelle audience avait commencé. Après que la décision fut prise de tenir une nouvelle audience, le tribunal antérieur de la SAI était *functus officio* (dépouillée de sa fonction) et il n'y avait aucune instance où elles eussent pu s'opposer à la tenue de la nouvelle audience. Les demandresses font aussi valoir que le défendeur combine deux questions, d'abord celle de savoir si une nouvelle audience aurait dû être ordonnée, et ensuite la forme que devrait prendre cette audience.

#### IV. Analyse

##### A. Les questions en litige

[70] La présente demande de contrôle judiciaire soulève les questions suivantes :

1. Quelle est la norme de contrôle à appliquer?
2. La Commission avait-elle le pouvoir d'ordonner de sa propre initiative une nouvelle instruction de l'affaire?
3. Les fausses déclarations et les renseignements non divulgués étaient-ils importants quant à un objet pertinent au point de pouvoir entraîner une erreur dans l'application de la Loi?
4. Les motifs exposés par la SAI donnaient-ils lieu à une crainte raisonnable de partialité?
5. La SAI s'est-elle conformée aux obligations du Canada selon la *Convention relative aux droits de l'enfant*?

##### B. La norme de contrôle

[71] Il faut d'abord déterminer la norme de contrôle à appliquer, en procédant à une analyse pragmatique et fonctionnelle fondée sur quatre facteurs : la présence ou l'absence d'une clause privative; l'expertise du tribunal;

of the tribunal; the purpose of the legislation and of the particular provision in issue; and the nature of the question.

[72] The Act contains no privative clause and this tends in favour of deference. The IAD is a specialized tribunal, experienced in hearing appeals and this factor tends in favour of deference.

[73] The broad purpose of the Act is to regulate the entry of immigrants and persons in need of protection into Canada. The purpose of section 63 is to provide an avenue of appeal from a variety of negative decisions that may be made under the Act. Subsection 63(3) provides a permanent resident or a protected person the right to appeal to the IAD from a removal order. Paragraph 67(1)(c) authorizes the IAD to consider humanitarian and compassionate grounds, that is the exercise of discretion, in allowing an appeal. These two statutory provisions are remedial. The general purpose of the Act, together with the remedial purposes of subsection 63(3) and paragraph 67(1)(c), also favor deference.

[74] Finally, there is the nature of the question. This application raises several issues and the applicable standard of review will vary according to the nature of the issue.

[75] The applicants challenge the jurisdiction of the IAD to convene a new hearing on its own motion, arising from the failure of the IAD to name a designated representative for the children of the principal applicant. The applicants submit that this issue be reviewed on a standard of correctness. The respondent argues that this action was sound in law, implicitly treating the issue of jurisdiction as a question of law.

[76] Questions of law are reviewable on the standard of correctness and I conclude that the issue of the IAD's jurisdiction will be reviewed on that standard.

l'objet de la loi et de la disposition particulière; la nature de la question.

[72] La Loi ne contient aucune clause privative, ce qui milite en faveur d'une retenue de la part de la Cour. La SAI est un tribunal spécialisé, qui a l'expérience de l'instruction des appels, et ce facteur dicte une certaine retenue de la part de la Cour.

[73] La Loi a pour objet général de réguler l'admission au Canada des immigrants et des personnes à protéger. L'objet de l'article 63 est d'offrir une voie d'appel à l'encontre d'une diversité de décisions défavorables pouvant être rendues en application de la Loi. Le paragraphe 63(3) confère à un résident permanent ou à une personne protégée le droit d'interjeter appel devant la SAI d'une mesure de renvoi. L'alinéa 67(1)c autorise la SAI à considérer des motifs d'ordre humanitaire, c'est-à-dire à exercer son pouvoir discrétionnaire, lorsqu'elle décide de faire droit à un appel. Ces deux dispositions sont des dispositions réparatrices. L'objet général de la Loi, combiné à l'objet réparateur du paragraphe 63(3) et de l'alinéa 67(1)c, milite lui aussi en faveur d'une retenue de la part de la Cour.

[74] Finalement, il y a la nature de la question. La présente demande soulève plusieurs points et la norme de contrôle à appliquer variera selon la nature de la question.

[75] Les demanderesse contestent le pouvoir de la SAI de convoquer une nouvelle audience de sa propre initiative, une décision qu'elle a prise parce qu'elle avait négligé de nommer un représentant désigné pour les enfants de la demanderesse principale. Les demanderesse disent que cette question doit être revue selon la norme de décision correcte. Le défendeur fait valoir que cette mesure était fondée en droit, considérant implicitement la question de la compétence comme une question de droit.

[76] Les questions de droit sont revues d'après la norme de décision correcte et je suis d'avis que la question de la compétence de la SAI doit être revue selon cette norme.

[77] The issue of the materiality of the misrepresentations, in my opinion, raises a question of mixed fact and law. Generally, a misrepresentation will have a factual foundation but the Act addresses the making of a material misrepresentation in paragraph 40(1)(a). I conclude that the nature of this question is one of mixed fact and law that is subject to review on the standard of reasonableness *simpliciter*.

[78] The issue with respect to the materiality of the misrepresentation, in my opinion, is factually intensive and would likely be subject to review on the standard of patent unreasonableness. The issue of the status of the principal applicant as a “conjugal partner”, within the meaning of paragraph 117(1)(a) of the IRP Regulations is a question of mixed fact and law and would attract review on the standard of reasonableness.

[79] The issue with respect to bias can be characterized as being an issue of procedural fairness and accordingly, the standard of correctness will apply.

[80] The alleged failure to apply the provisions of the *Convention on the Rights of the Child* raises a question that tends in favour of law more than fact and will be reviewed on the standard of correctness.

### C. Discussion

[81] I will first address the applicants’ argument that the IAD acted without jurisdiction by convening a *de novo* hearing of the appeal on its own motion, after the evidence and arguments had been presented to the first IAD panel. The applicants rely heavily upon the characterization of the IAD as a “court of record” in section 174 of the Act which provides as follows:

**174.** (1) The Immigration Appeal Division is a court of record and shall have an official seal, which shall be judicially noticed.

(2) The Immigration Appeal Division has all the powers, rights and privileges vested in a superior court of record with respect to any matter necessary for the exercise of its jurisdiction, including the swearing and examination of witnesses, the production and inspection of documents and the enforcement of its orders.

[77] La question de l’importance des fausses déclarations est, selon moi, une question mixte de droit et de fait. En général, une fausse déclaration aura un fondement factuel, mais la Loi, en son alinéa 40(1)a), parle du cas où une personne fait une présentation erronée sur un fait important. Je suis d’avis qu’il s’agit là d’une question mixte de droit et de fait, pour laquelle la norme de contrôle est la décision raisonnable *simpliciter*.

[78] La question relative à l’importance de la fausse déclaration est, selon moi, largement tributaire des faits et serait probablement revue selon la norme de la décision manifestement déraisonnable. La question du statut de la demanderesse principale en tant que « partenaire conjugal », au sens de l’alinéa 117(1)a) du RIPR, est une question mixte de droit et de fait et serait donc revue selon la norme de décision raisonnable.

[79] La question relative à la partialité peut être qualifiée de question d’équité procédurale, à laquelle s’appliquera donc la norme de la décision correcte.

[80] L’allégation selon laquelle la SAI n’aurait pas appliqué les dispositions de la *Convention relative aux droits de l’enfant* soulève une question qui procède davantage du droit que des faits et qui sera donc revue selon la norme de la décision correcte.

### C. Analyse

[81] J’examinerai d’abord l’argument des demanderesse selon lequel la SAI a agi sans compétence en ordonnant de sa propre initiative une audition *de novo* de l’appel, après que la preuve et les arguments avaient été présentés au premier tribunal de la SAI. Les demanderesse s’appuient largement sur le fait que la SAI est qualifiée de « cour d’archives », à l’article 174 de la Loi, ainsi rédigé :

**174.** (1) La Section d’appel de l’immigration est une cour d’archives; elle a un sceau officiel dont l’authenticité est admise d’office.

(2) La Section d’appel a les attributions d’une juridiction supérieure sur toute question relevant de sa compétence et notamment pour la comparution et l’interrogatoire des témoins, la prestation de serment, la production et l’examen des pièces, ainsi que l’exécution de ses décisions.

[82] The applicants rely upon the words “court of record” to argue that this status necessarily means that a panel of the IAD who has heard an appeal is seized of the matter and the matter cannot be adjudicated by another panel of the IAD. They say that the assignment of the matter to another panel of the IAD was made without statutory authority and that the decision of the second panel was made without jurisdiction.

[83] There is no quarrel with the language of the Act. Section 174 clearly describes the IAD as a “court of record”. Traditionally, these words have been interpreted to mean a superior court that maintains a record of the proceedings before it, see *Re Winnipeg Charter; Re Community of the Sisters of the Holy Names of Jesus and Mary* (1922), 68 D.L.R. 506 (Man. K.B.), at page 514. There is no doubt that the proceedings before both panels were recorded; the transcripts are included in the certified tribunal record.

[84] The IAD is a statutory tribunal, created by the Act. It is a separate division of the Board. Its powers are described in section 174. The difference between a court and an administrative tribunal was clearly explained by the Ontario Court of Appeal in *Re Ashby et al.*, [1934] O.R. 421, at page 428 as follows:

The distinction between a judicial tribunal and an administrative tribunal has been well pointed out by a learned writer in 49 *Law Quarterly Review* at pp. 106, 107 and 108:

A tribunal that dispenses justice, i.e. every judicial tribunal, is concerned with legal rights and liabilities, which means rights and liabilities conferred or imposed by “law”; and “law” means statute or long-settled principles. These legal rights and liabilities are treated by a judicial tribunal as pre-existing; such a tribunal professes merely to ascertain and give effect to them; it investigates the facts by hearing “evidence” (as tested by long-settled rules), and it investigates the law by consulting precedents. Rights or liabilities so ascertained cannot, in theory, be refused recognition and enforcement, and no judicial tribunal claims the power of refusal.

In contrast, non-judicial tribunals of the type called “administrative” have invariably based their decisions and

[82] Les demanderesse invoquent l’expression « cour d’archives » pour prétendre que ce statut signifie nécessairement qu’un tribunal de la SAI qui a instruit un appel est saisi de l’affaire et que l’affaire ne peut être tranchée par un autre tribunal de la SAI. Elles disent que le renvoi de l’affaire à un autre tribunal de la SAI s’est fait sans disposition législative habilitante et que le second tribunal n’avait pas le pouvoir de rendre sa décision.

[83] Le texte de la Loi ne suscite aucune controverse. L’article 174 dit clairement que la SAI est une « cour d’archives ». Ces mots ont toujours été interprétés au sens d’une juridiction supérieure qui conserve un registre des instances dont elle est saisie. Voir la décision *Re Winnipeg Charter; Re Community of the Sisters of the Holy Names of Jesus and Mary* (1922), 68 D.L.R. 506 (B.R. Man.), à la page 514. Il ne fait aucun doute que les instances portées devant les deux tribunaux ont été enregistrées; les transcriptions se trouvent dans le dossier certifié du tribunal.

[84] La SAI est un tribunal établi par la Loi. Il s’agit de l’une des sections de la Commission. Ses pouvoirs sont décrits dans l’article 174. La différence entre une cour de justice et un tribunal administratif a été clairement expliquée par la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *Re Ashby et al.*, [1934] O.R. 421, à la page 428, comme suit :

[TRADUCTION] La distinction entre un tribunal judiciaire et un tribunal administratif a bien été mise en évidence par un auteur, dans 49 *Law Quarterly Review*, pages 106, 107 et 108 :

[TRADUCTION] Un tribunal qui rend la justice, savoir tout tribunal judiciaire, s’intéresse aux droits et obligations juridiques c’est-à-dire ceux qui sont conférés ou imposés par la « loi »; et le terme « loi » désigne un texte de loi ou des principes bien établis. Un tribunal judiciaire considère que ces droits et obligations juridiques sont préexistants; il s’engage simplement à les vérifier et à les appliquer; il examine les faits en entendant des « témoignages » (selon des règles établies depuis longtemps) et il étudie la loi en consultant la jurisprudence. En théorie, on ne peut refuser de reconnaître et d’appliquer les droits ou obligations qui ont été ainsi examinés et aucun tribunal judiciaire ne revendique le pouvoir de les refuser.

Par opposition, les tribunaux non judiciaires du genre « administratif » ont invariablement fondé leurs décisions et

orders, not on legal rights and liabilities, but on policy and expediency.

*Leeds (Corp.) v. Ryder*, [1907] A.C. 420, at 423, 424, per Lord Loreburn, L.C.; *Shell Co. of Australia v. Federal Commissioner of Taxation*, [1931] A.C. 275, at 295; *Boulter v. Kent JJ.*, [1897] A.C. 556, at 564.

[85] Neither section 174 nor any other provision of the Act provides that any particular panel of the IAD that is constituted to hear an appeal is necessarily forever seized of that matter. The IAD is a statutory tribunal, not a superior court. Its description as a “court of record” does not change it into a superior court.

[86] According to section 62 of the Act, the sole function of the IAD is to deal with appeals under the Act. The word “appeal” is not defined in the Act. In *LeClair v. Manitoba (Residential Care, Director)*, [1999] 9 W.W.R. 583, at paragraph 28, the Manitoba Court of Appeal said that the meaning of “appeal” may vary according to the particular statutory scheme in which it is used as follows:

An “appeal” does not refer to a document or a moment in time. An appeal is a process, an event which may occur over a period of time, and may or may not include a final decision.

[87] Subsection 161(1) of the Act authorizes the Board to make rules. Paragraph 161(1)(a) specifically authorizes the Board to make rules concerning its practice and procedure in each of its Divisions. The IAD is one such Division. Subsection 161(1) provides as follows:

**161.** (1) Subject to the approval of the Governor in Council, and in consultation with the Deputy Chairpersons and the Director General of the Immigration Division, the Chairperson may make rules respecting

(a) the activities, practice and procedure of each of the Divisions of the Board, including the periods for appeal, the priority to be given to proceedings, the notice that is required and the period in which notice must be given;

(b) the conduct of persons in proceedings before the Board, as well as the consequences of, and sanctions for, the breach of those rules;

leurs ordonnances, non sur les droits et obligations juridiques mais sur la politique et sur l’opportunité.

*Leeds (Corp.) v. Ryder*, [1907] A.C. 420, aux pages 423 et 424, lord Loreburn, L.C.; *Shell Co. of Australia v. Federal Commissioner of Taxation*, [1931] A.C. 275, à la page 295; *Boulter v. Kent JJ.*, [1897] A.C. 556, à la page 564.

[85] Ni l’article 174, ni aucune autre disposition de la Loi ne disent qu’un tribunal donné de la SAI, constitué pour instruire un appel, est nécessairement saisi pour toujours de cette affaire. La SAI est un tribunal établi par la loi, non une juridiction supérieure. Sa désignation de « cour d’archives » n’en fait pas une juridiction supérieure.

[86] Selon l’article 62 de la Loi, l’unique fonction de la SAI consiste à juger certains appels prévus par la Loi. Le mot « appel » n’est pas défini dans la Loi. Dans l’arrêt *LeClair v. Manitoba (Residential Care, Director)*, [1999] 9 W.W.R. 583, au paragraphe 28, la Cour d’appel du Manitoba écrivait que le sens du mot « appel » pouvait varier selon le régime législatif particulier dans lequel il était employé :

[TRADUCTION] Un « appel » ne s’entend pas d’un document ou d’un moment précis. Un appel est un processus, un événement qui peut survenir au cours d’une certaine période, et qui peut ou non se solder par une décision définitive.

[87] Le paragraphe 161(1) de la Loi autorise la Commission à établir des règles. L’alinéa 161(1)a) autorise explicitement la Commission à prendre des règles visant la procédure et la pratique de chacune de ses sections. La SAI est l’une des sections en cause. Le paragraphe 161(1) dispose ainsi :

**161.** (1) Sous réserve de l’agrément du gouverneur en conseil et en consultation avec les vice-présidents et le directeur général de la Section de l’immigration, le président peut prendre des règles visant :

a) les travaux, la procédure et la pratique des sections, et notamment les délais pour interjeter appel de leurs décisions, l’ordre de priorité pour l’étude des affaires et les préavis à donner, ainsi que les délais afférents;

b) la conduite des personnes dans les affaires devant la Commission, ainsi que les conséquences et sanctions applicables aux manquements aux règles de conduite;



(c) the information that may be required and the manner in which, and the time within which, it must be provided with respect to a proceeding before the Board; and

(d) any other matter considered by the Chairperson to require rules.

[88] Section 162 of the Act accords each Division sole and exclusive jurisdiction to determine all questions of law and fact that come before it. Section 162 provides as follows:

**162.** (1) Each Division of the Board has, in respect of proceedings brought before it under this Act, sole and exclusive jurisdiction to hear and determine all questions of law and fact, including questions of jurisdiction.

(2) Each Division shall deal with all proceedings before it as informally and quickly as the circumstances and the considerations of fairness and natural justice permit.

[89] The Board made Rules respecting proceedings before the IAD. Rule 19 addresses the appointment of a designated representative. Rule 19 of the IAD Rules provides as follows:

**19.** (1) If counsel for either party believes that the Division should designate a representative for the person who is the subject of the appeal because they are under 18 years of age or unable to appreciate the nature of the proceedings, counsel must without delay notify the Division in writing. If counsel is aware of a person in Canada who meets the requirements to be designated as a representative, counsel must provide the person's contact information in the notice.

(2) To be designated as a representative, a person must

(a) be 18 years of age or older;

(b) understand the nature of the proceedings;

(c) be willing and able to act in the best interest of the person to be represented; and

(d) not have interests that conflict with those of the person to be represented.

[90] This rule mirrors subsection 167(2) of the Act which provides as follows:

**167.** (1) ...

(c) la teneur, la forme, le délai de présentation et les modalités d'examen des renseignements à fournir dans le cadre d'une affaire dont la Commission est saisie;

(d) toute autre mesure nécessitant, selon lui, la prise de règles.

[88] L'article 162 de la Loi accorde à chacune des sections une compétence exclusive au regard de toute question de droit ou de fait dont elle est saisie. L'article 162 dispose ainsi:

**162.** (1) Chacune des sections a compétence exclusive pour connaître des questions de droit et de fait — y compris en matière de compétence — dans le cadre des affaires dont elle est saisie.

(2) Chacune des sections fonctionne, dans la mesure où les circonstances et les considérations d'équité et de justice naturelle le permettent, sans formalisme et avec célérité.

[89] La Commission a établi des Règles concernant les instances portées devant la SAI. La règle 19 concerne la nomination d'un représentant désigné. La règle 19 des Règles de la SAI prévoit ce qui suit :

**19.** (1) Si le conseil d'une partie croit que la Section devrait commettre un représentant à la personne en cause parce qu'elle est âgée de moins de dix-huit ans ou n'est pas en mesure de comprendre la nature de la procédure, il en avise sans délai la Section par écrit. S'il sait qu'il se trouve au Canada une personne ayant les qualités requises pour être représentant, il fournit les coordonnées de cette personne dans l'avis.

(2) Pour être désignée comme représentant, la personne doit :

(a) être âgée de dix-huit ans ou plus;

(b) comprendre la nature de la procédure;

(c) être disposée et apte à agir dans l'intérêt de la personne en cause;

(d) ne pas avoir d'intérêts conflictuels par rapport à ceux de la personne en cause.

[90] Cette règle reflète le paragraphe 167(2) de la Loi, qui dispose ainsi :

**167.** (1) [...]

(2) If a person who is the subject of proceedings is under 18 years of age or unable, in the opinion of the applicable Division, to appreciate the nature of the proceedings, the Division shall designate a person to represent the person.

[91] The Rules do not detail the manner in which an appeal before the IAD will proceed. However, in light of the provisions of the Act which grant the IAD broad and full power to determine all questions of law and fact and to deal with matters in an expeditious manner, I am of the view that the IAD undoubtedly has the authority to determine how it will proceed in a given case.

[92] Rules 57, 58 and 59 are relevant to this proceeding and provide as follows:

**57.** In the absence of a provision in these Rules dealing with a matter raised during an appeal, the Division may do whatever is necessary to deal with the matter.

**58.** The Division may

(a) act on its own initiative, without a party having to make an application or request to the Division;

(b) change a requirement of a rule;

(c) excuse a person from a requirement of a rule; and

(d) extend or shorten a time limit, before or after the time limit has passed.

**59.** Unless proceedings are declared invalid by the Division, a failure to follow any requirement of these Rules does not make the proceedings invalid.

[93] The applicants complain that the IAD acted without jurisdiction by convening a new hearing, on its own motion, once it discovered that a designated representative had not been named for the children at the hearing that took place in April–May 2005. They do not argue that the failure to name a designated representative gave rise to a breach of natural justice that might justify a re-opening of an appeal, pursuant to section 71 of the Act, as discussed by the Federal Court of Appeal in *Nazifpour*.

(2) Est commis d’office un représentant à l’intéressé qui n’a pas dix-huit ans ou n’est pas, selon la section, en mesure de comprendre la nature de la procédure.

[91] Les Règles ne précisent pas la manière dont se déroulera un appel porté devant la SAI. Cependant, compte tenu des dispositions de la Loi qui confèrent à la SAI un vaste pouvoir de trancher toute question de droit ou de fait et de régler les questions d’une manière expéditive, je suis d’avis que la SAI a sans aucun doute le pouvoir de dire comment se déroulera l’instance dont elle est saisie.

[92] Les règles 57, 58 et 59, qui intéressent la présente instance, disposent ainsi :

**57.** Dans le cas où les présentes règles ne contiennent pas de dispositions permettant de régler une question qui survient dans le cadre d’un appel, la Section peut prendre toute mesure nécessaire pour régler la question.

**58.** La Section peut :

a) agir de sa propre initiative sans qu’une partie n’ait à lui présenter une demande;

b) modifier une exigence d’une règle;

c) permettre à une partie de ne pas suivre une règle;

d) proroger ou abrégé un délai avant ou après son expiration.

**59.** Le non-respect d’une exigence des présentes règles ne rend pas l’affaire invalide, à moins que la Section ne la déclare invalide.

[93] Les demandresses disent que la SAI a agi sans compétence en convoquant de sa propre initiative une nouvelle audience, après qu’elle se fut rendu compte qu’un représentant désigné n’avait pas été nommé pour les enfants au cours de l’audience qui s’était déroulée en avril–mai 2005. Elles ne prétendent pas que l’absence de nomination d’un représentant désigné a entraîné un manquement à un principe de justice naturelle qui pourrait justifier une réouverture de l’appel, en application de l’article 71 de la Loi, comme l’expliquait la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Nazifpour*.

[94] Rather, the applicants submit that the lack of appointment of a designated representative was a “technicality” which did not affect the jurisdiction of the first panel to make a decision, upon the evidence that was presented to it. They argue that the first panel was seized of the matter and that no other panel could dispose of their appeal.

[95] In light of the statutory scheme referred to above and the statutorily authorized Rules of the IAD, I am satisfied that the IAD acted within its jurisdiction in convening a new hearing. The mandate of the IAD is to act in an informal and expeditious manner, according to subsection 162(2) of the Act. In light of the decision in *Duale*, it is clear that the absence of a designated representative for children or minors at law may give rise to a breach of natural justice and lead to a new hearing. The IAD pre-empted such an eventuality in this case by acting as it did.

[96] It is apparent from the transcript of the proceedings in December 2005 that the second panel did not refer to the evidence that was adduced before the first panel. That evidence was referred to by the representative of the respondent only when inconsistent evidence was presented at the second hearing. The second panel made its decision on the basis of the evidence that was presented to it.

[97] I am satisfied, having regard to the provisions of the Act authorizing the IAD to make rules concerning its practice and procedure and the passage of such rules by the Governor in Council that Parliament intended to extend a high degree of autonomy to the IAD over its practice and proceedings. The exercise of that authority in the present case does not give rise to a loss of jurisdiction. The fundamental requirement of a court of record that it maintain records of proceedings before it has been met in this case; there is no doubt that the proceedings before both the first and second panels of the IAD were transcribed and are available.

[94] Les demanderesse disent plutôt que l’absence de nomination d’un représentant désigné était un [TRADUCTION] « détail technique » qui ne modifiait en rien le pouvoir du premier tribunal de la SAI de rendre une décision, fondée sur la preuve qui lui avait été soumise. Elles font valoir que le premier tribunal était saisi de l’affaire et qu’aucun autre tribunal ne pouvait statuer sur leur appel.

[95] À la lumière du régime législatif susmentionné et des Règles prises par la SAI en vertu de la Loi, je suis d’avis que la SAI agissait dans les limites de sa compétence lorsqu’elle a convoqué une nouvelle audience. La SAI a pour mandat d’agir sans formalisme et avec célérité, comme le prévoit le paragraphe 162(2) de la Loi. Vu la décision *Duale*, il est clair que l’absence d’un représentant désigné pour des enfants ou des mineurs du point de vue du droit peut constituer un manquement aux principes de justice naturelle et nécessiter la tenue d’une nouvelle audience. En agissant comme elle l’a fait, la SAI a anticipé une telle éventualité dans la présente affaire.

[96] Il appert de la transcription de l’audience de décembre 2005 que le deuxième tribunal ne s’est pas référé à la preuve qui avait été soumise au premier tribunal. Cette preuve n’a été invoquée par le représentant du défendeur que lorsque des éléments de preuve incompatibles furent présentés durant la deuxième audience. Le deuxième tribunal a rendu sa décision sur la foi de la preuve qui lui avait été soumise.

[97] Je suis d’avis, eu égard aux dispositions de la Loi qui autorisent la SAI à prendre des règles concernant sa pratique et sa procédure, et eu égard à l’adoption de telles règles par le gouverneur en conseil, que le législateur entendait conférer à la SAI un niveau élevé d’autonomie quant à sa pratique et sa procédure. L’exercice de ce pouvoir dans la présente affaire n’entraîne pas une perte de compétence. L’obligation fondamentale faite à une cour d’archives de conserver des registres des instances qui sont portées devant elle a été remplie dans la présente affaire; il ne fait aucun doute que les procédures qui se sont déroulées devant les deux tribunaux de la SAI ont été transcrites et sont accessibles.

[98] I agree with the submissions of the respondent that section 71 of the Act is not engaged in the present case. Section 71 provides as follows:

71. The Immigration Appeal Division, on application by a foreign national who has not left Canada under a removal order, may reopen an appeal if it is satisfied that it failed to observe a principle of natural justice.

Section 71, as found by the Federal Court of Appeal, applies in the case where an appeal before the IAD has been heard and adjudicated. Such an appeal can be reopened only in the particular circumstances identified in the Act, that is when a breach of natural justice has occurred.

[99] In the course of their written and oral submissions before this Court, the applicants raised arguments as to the materiality of the misrepresentations. I agree wholly with the conclusions of the IAD and the arguments of the respondent that the misrepresentations of the principal applicant with respect to her marital history and the birth dates and names of her daughter were demonstrably material. These were matters wholly within the knowledge of the principal applicant. There is no evidence that the misrepresentations were inadvertent or based upon a mistaken view as to their importance. The evidence supports the IAD's finding that the misrepresentations were deliberate. There is no basis for interference with the findings of the IAD in that regard.

[100] As for the applicants' arguments that the materiality of the misrepresentations is mitigated because the principal applicant could qualify as a "conjugal partner", within the meaning of paragraph 117(1)(a) of the IRP Regulations, I accept the submissions of the respondent that these arguments should not be entertained because they were not raised in the notice of application for judicial review and appear, for the first time, in the written memorandum filed before this Court. I refer to the decision in *Singh v. Canada* (1996), 123 F.T.R. 241 (F.C.T.D.) where the Court declined to hear arguments with respect to an issue that was raised for the first time in an application for judicial review, when the opportunity existed to raise it before the Tribunal.

[98] Je souscris à l'argument du défendeur selon lequel l'article 71 de la Loi n'entre pas en jeu ici. Cette disposition prévoit ce qui suit :

71. L'étranger qui n'a pas quitté le Canada à la suite de la mesure de renvoi peut demander la réouverture de l'appel sur preuve de manquement à un principe de justice naturelle.

L'article 71, ainsi que l'a dit la Cour d'appel fédérale, s'applique lorsqu'un appel porté devant la SAI a été instruit et jugé. Un tel appel peut être rouvert uniquement dans les circonstances particulières indiquées dans la Loi, c'est-à-dire lorsqu'il y a eu manquement à un principe de justice naturelle.

[99] Dans leurs arguments écrits et oraux présentés à la Cour, les demanderesse se sont exprimées sur le degré d'importance des fausses déclarations. Je souscris pleinement aux conclusions de la SAI et aux arguments du défendeur, pour qui les fausses déclarations de la demanderesse principale, à propos de ses antécédents matrimoniaux et des dates de naissance et des noms de ses filles, étaient d'une importance manifeste. Il s'agissait là d'aspects dont la demanderesse principale avait parfaitement connaissance. Il n'est pas établi que les déclarations erronées furent faites par inadvertance ou qu'elles résultaient d'une mauvaise appréciation de leur importance. La preuve autorisait la SAI à dire que les fausses déclarations étaient délibérées. La Cour n'a aucune raison de modifier les conclusions de la SAI sur ce point.

[100] Quant à l'argument des demanderesse selon lequel l'importance des fausses déclarations est atténuée parce que la demanderesse principale était admissible à un visa de résidente permanente en tant que « partenaire conjugal », au sens de l'alinéa 117(1)a) du Règlement, je souscris à l'opinion du défendeur selon laquelle un tel argument n'est pas recevable parce qu'il n'a pas été invoqué dans l'avis de demande de contrôle judiciaire et qu'il apparaît pour la première fois dans le mémoire écrit déposé devant la Cour. Je me réfère à la décision *Singh c. Canada*, [1996] A.C.F. n° 1572 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), où la Cour avait refusé d'entendre des arguments portant sur une question qui était soulevée pour la première fois dans une demande de contrôle judiciaire, alors que

[101] The next matter to be addressed is the applicants' submissions upon the alleged error by the IAD in purporting to take judicial notice of the principal applicant's pregnancy. In this regard, the Board made the following comments:

... that she [Gloriza Manalang] allowed herself to become pregnant between the time of the original hearing and this hearing. This action was completely within the control of the appellant. Based on the evidence before me, I find it is more likely the appellant has made this choice in an effort to bolster the evidence for the appeal.

[102] The respondent concedes that these remarks may be inappropriate. However, the question is whether they undermine the integrity of the decision as a whole. In my opinion, they do not.

[103] The test for a finding of a reasonable apprehension of bias is set out in the dissenting judgment in *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369, at page 394 as follows:

As already seen by the quotation above, the apprehension of bias must be a reasonable one held by reasonable and right minded persons, applying themselves to the question and obtaining thereon the required information ... that test is "what would an informed person, viewing the matter realistically and practically — and having thought the matter through — conclude. Would he think that it is more likely than not that [the decision maker], whether consciously or unconsciously, would not decide fairly."

[104] As a matter of law, a person alleging the existence of a reasonable apprehension of bias must meet a high evidentiary threshold; see *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484, at paragraphs 113–115; and *Wewaykum Indian Band v. Canada*, [2003] 2 S.C.R. 259, at paragraph 76. The person alleging such bias bears the burden of proof; see *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 91, at paragraph 13.

l'intéressé avait eu la possibilité de la soulever devant le Tribunal.

[101] Le point suivant à décider concerne l'argument des demanderesse selon lequel la SAI a commis une erreur en prétendant admettre d'office le caractère volontaire de la grossesse de la demanderesse principale. Sur ce point, la SAI s'est exprimée ainsi :

[...] elle [Gloriza Manalang] s'est permis de devenir enceinte entre le moment de l'audience originale et la présente audience. L'appelante avait le choix de devenir enceinte ou non. D'après la preuve devant moi, j'estime qu'il est très vraisemblable que l'appelante ait fait ce choix dans le but de renforcer la preuve soumise en appel.

[102] Le défendeur admet que ces remarques étaient sans doute inopportunes, mais la question est de savoir si elles minent l'intégrité de la décision tout entière. À mon avis, la réponse est négative.

[103] Le critère qui permet de conclure à l'existence d'une crainte raisonnable de partialité est exposé dans l'opinion dissidente exprimée comme suit dans l'arrêt *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369, à la page 394 :

Selon le passage précité, la crainte de partialité doit être raisonnable et le fait d'une personne censée et raisonnable qui se poserait elle-même la question et prendrait les renseignements nécessaires à ce sujet [...] ce critère consiste à se demander « à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique? Croirait-elle que, selon toute vraisemblance, [le décideur], consciemment ou non, ne rendra pas une décision juste? »

[104] Sur le plan du droit, celui qui allègue l'existence d'une crainte raisonnable de partialité est astreint à un niveau élevé de preuve; voir l'arrêt *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, aux paragraphes 113 à 115, et l'arrêt *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2003] 2 R.C.S. 259, au paragraphe 76. Celui qui allègue une telle partialité a la charge de la preuve; voir l'arrêt *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 91, au paragraphe 13.

[105] In my opinion, the commentary of the IAD in the present case, concerning the pregnancy of the principal applicant, reveals doubt as to her motives but does not give rise to the level of partiality that would meet the test for bias, as described by the Supreme Court of Canada in *Mugesera* where the Court said the following, at paragraph 13:

The duty of impartiality requires that judges approach all cases with an open mind (see para. 58). There is a presumption of impartiality. The burden of proof is on the party alleging a real or apprehended breach of the duty of impartiality, who must establish actual bias or a reasonable apprehension of bias.

[106] In my view, the IAD fairly assessed the evidence before it relative to humanitarian and compassionate grounds. There was evidence that the principal applicant had become pregnant during the appeal proceedings before the IAD. The conclusion that this circumstance was a matter within her personal control is not patently unreasonable.

[107] The IAD was expressing an opinion but I am satisfied that its decision is solidly grounded in the evidence before it. Whether or not the principal applicant became pregnant in order to bolster her case was not the principal issue before the IAD and it is not the main issue before this Court.

[108] Finally, there remains the issue relative to the IAD's alleged failure to comply with Canada's obligations under the *Convention on the Rights of the Child*. As noted above, this argument involves a question of law and is subject to review on the standard of correctness.

[109] In *de Guzman*, the Federal Court of Appeal considered, once again, the relationship between the Convention and proceedings under the Act.

[110] The best interests of a child or children, in the context of the Act, are but one factor to be taken into consideration. It is not the predominant factor; see

[105] À mon avis, le commentaire fait par la SAI dans la présente affaire, à propos de la grossesse de la demanderesse principale, montre que la SAI doutait des motivations de la demanderesse principale, mais le commentaire ne donne pas naissance à une partialité qui répondrait au critère de la partialité tel que l'a décrit la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Mugesera*, où elle écrivait ce qui suit, au paragraphe 13 :

L'obligation d'impartialité exige que le juge aborde tout dossier avec un esprit ouvert (voir par. 58). Une présomption d'impartialité existe. Le fardeau de la preuve appartient à la partie qui soulève la violation réelle ou appréhendée de l'obligation d'impartialité. Il lui faut établir soit la partialité réelle, soit l'apparence raisonnable de partialité.

[106] À mon avis, la SAI a évalué en toute impartialité la preuve qu'elle avait devant elle et qui concernait les motifs d'ordre humanitaire. Il était établi que la demanderesse principale était devenue enceinte durant la procédure d'appel introduite devant la SAI. Il n'était pas manifestement déraisonnable pour la SAI de dire que cette circonstance dépendait du choix de la demanderesse principale.

[107] La SAI exprimait une opinion, mais je suis d'avis que sa décision trouve fermement appui dans la preuve qu'elle avait devant elle. Le point de savoir si la demanderesse principale était devenue enceinte pour renforcer son dossier n'est pas la question principale que devait trancher la SAI, et ce n'est pas la question principale qui est soumise à la Cour.

[108] Finalement, reste la question de savoir si la SAI a négligé d'observer les obligations du Canada aux termes de la *Convention relative aux droits de l'enfant*. Comme je l'ai dit plus haut, cet argument, qui fait intervenir une question de droit, doit être examiné selon la norme de la décision correcte.

[109] Dans l'arrêt *de Guzman*, la Cour d'appel fédérale examinait, encore une fois, la relation entre la Convention et les procédures introduites en application de la Loi.

[110] L'intérêt supérieur d'un enfant ou d'enfants, dans le contexte de la Loi, n'est que l'un des facteurs à prendre en compte. Ce n'est pas le facteur prédominant;

*Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 76. The Convention, as an instrument of international law, informs the application of the Act but it is not part of the statutory scheme created by the Act; see *de Guzman*, at paragraph 87.

[111] The applicants argue that the IAD failed to provide the minor applicants with the opportunity to express their views about their best interests, in particular relative to their continued residence in Canada. I reject this argument. The minor applicants were represented by a designated representative and it was his role to ensure that their interests were fully and adequately disclosed to the panel. There was no indication in the transcript of the proceedings that the designated representative was barred from doing so. I see no merit in this argument.

[112] In any event, the decision of the IAD shows that the best interests of the minor applicants were taken into account.

#### D. Conclusion

[113] In conclusion, the applicants have failed to persuade me, on the basis of any of the arguments that were advanced, that the IAD committed a reviewable error in dismissing their appeal. There is no basis to interfere with the decision of the IAD and this application is dismissed.

[114] Counsel for the applicants submitted the following questions for certification:

1. Does the failure of the Immigration Appeal Division of the Immigration and Refugee Board to designate a representative for child appellants during an appeal hearing give the Division the authority on its own initiative to order the convening of the appeal by *de novo* hearing before another member without giving the parties an opportunity to make submissions?

voir l'arrêt *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76. La Convention, en tant qu'instrument du droit international, constitue un point de repère dans l'application de la Loi, mais ne fait pas partie du régime établi par la Loi : voir l'arrêt *de Guzman*, au paragraphe 87.

[111] Les demanderesse font valoir que la SAI n'a pas donné aux demanderesse mineures l'occasion d'exprimer leurs opinions concernant leur intérêt, en particulier leur intérêt à rester au Canada. Je rejette cet argument. Les demanderesse mineures étaient représentées par un représentant désigné, à qui il appartenait de veiller à ce que leur intérêt soit pleinement et suffisamment révélé au tribunal. La transcription de la procédure ne révèle nulle part que le représentant désigné a été empêché de le faire. Je ne vois aucun fondement dans cet argument.

[112] Quoi qu'il en soit, la décision de la SAI montre que l'intérêt supérieur des demanderesse mineures a été pris en compte.

#### D. Conclusion

[113] En conclusion, les demanderesse ne m'ont pas persuadée, quel que soit l'argument avancé par elles, que la SAI a commis une erreur susceptible de contrôle quand elle a rejeté leur appel. Rien ne permet à la Cour de modifier la décision de la SAI et la présente demande sera rejetée.

[114] L'avocat des demanderesse voudrait que les questions suivantes soient certifiées :

[TRADUCTION]

1. Le fait que la Section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié n'a pas désigné un représentant pour des enfants au cours de l'instruction d'un appel confère-t-il à la Section le pouvoir d'ordonner, de sa propre initiative, une audition *de novo* de l'appel devant un autre commissaire, sans donner aux parties l'occasion de formuler des observations?

2. Is a misrepresentation that a person is not married material to a spousal partnership where the spouse is, in any case, a conjugal partner?

3. Does the Immigration Appeal Division of the Immigration and Refugee Board err in law by failing to consider the views of a child in matters affecting the child in accordance with the age and maturity of the child as required by Article 12 of the Convention on the Rights of the Child?

[115] Counsel for the respondent opposed certification of any question.

[116] The criterion for certifying a question is that an application raises a serious question of general importance that is dispositive of the appeal; see *Zazai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 36 Imm. L.R. (3d) 167 (F.C.A.). I agree with the respondent that the proposed certified questions in this case do not meet the standard for certification. In my opinion, the proposed certified questions relating to a spousal partnership involving a conjugal partner and the best interests of the child, pursuant to Article 12 of the *Convention on the Rights of the Child* do not meet this test.

[117] In the result, the application is dismissed and no question will be certified.

#### ORDER

The application for judicial review is dismissed and no question will be certified.

2. La fausse déclaration d'une personne selon laquelle elle n'est pas mariée est-elle d'une réelle importance pour un partenariat conjugal lorsque cette personne est de toute façon un partenaire conjugal?

3. La Section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié commet-elle une erreur de droit si elle ne prend pas en compte les opinions d'un enfant sur des aspects qui concernent celui-ci, compte tenu de l'âge et du niveau de maturité de l'enfant, ainsi que le requiert l'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant?

[115] L'avocat du défendeur s'oppose à ce que l'une quelconque de ces questions soit certifiée.

[116] Le critère à appliquer pour savoir si une question doit ou non être certifiée est le suivant : la demande soulève-t-elle une question grave de portée générale qui est déterminante pour l'appel? Voir la décision *Zazai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CAF 89. Je conviens avec le défendeur que les questions proposées dans la présente affaire pour être certifiées ne répondent pas au critère en question. À mon avis, les questions proposées qui concernent le partenariat conjugal et l'intérêt supérieur de l'enfant, selon ce que prévoit l'article 12 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, ne répondent pas à ce critère.

[117] Finalement, la demande sera rejetée et aucune question ne sera certifiée.

#### ORDONNANCE

La demande de contrôle judiciaire est rejetée et aucune question ne sera certifiée.



IMM-6078-06  
2008 FC 77

IMM-6078-06  
2008 CF 77

**Ashley Francisco Rodrigues** (*Applicant*)

v.

**The Minister of Citizenship and Immigration**  
(*Respondent*)

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

Federal Court, Lemieux J.—Toronto, November 7, 2007;  
Ottawa, January 22, 2008.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Removal of Permanent Residents — Judicial review of Immigration and Refugee Board, Immigration Appeal Division (IAD) decision refusing to stay deportation order made against applicant — Consultant representing applicant before IAD incompetent, failing to lead meaningful, persuasive evidence, thus resulting in miscarriage of justice — Application allowed.*

*Practice — Preliminary Determination of Question of Law — Incompetence of consultant before IAD raised only after judicial review leave application filed — Discretion exercised herein to hear issue as not prejudicing respondent, competence central to question of fair hearing.*

This was an application for judicial review of a decision by the Immigration Appeal Division of the Immigration and Refugee Board, dismissing the applicant's appeal from a deportation order made against him as a result of his inadmissibility for serious criminality pursuant to paragraph 36(1)(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. The IAD held there were insufficient humanitarian and compassionate grounds that warranted staying the deportation order.

As a preliminary issue, the applicant argued that the decision under review herein should be set aside because the immigration consultant representing him before the IAD was incompetent. The respondent objected that this issue could not be entertained as it had not been raised in the applicant's leave application.

**Ashley Francisco Rodrigues** (*demandeur*)

c.

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

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

Cour fédérale, juge Lemieux—Toronto, 7 novembre  
2007; Ottawa, 22 janvier 2008.

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Renvoi de résidents permanents — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section d'appel de l'immigration (la SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a refusé de surseoir à l'exécution de la mesure d'expulsion prise contre le demandeur — Le consultant qui a représenté le demandeur devant la SAI a fait preuve d'incompétence, omettant de produire des preuves sérieuses ou convaincantes, ce qui a entraîné une erreur judiciaire — Demande accueillie.*

*Pratique — Décision préliminaire sur un point de droit — L'incompétence du consultant devant la SAI n'a été soulevée qu'après le dépôt de la demande de contrôle judiciaire — Le pouvoir discrétionnaire d'entendre la question a été exercé en l'espèce parce qu'il ne causait pas de préjudice au défendeur et la question de la compétence du consultant était cruciale pour trancher la question de savoir s'il y a eu une audience équitable.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a rejeté l'appel que le demandeur a formé à l'encontre d'une mesure d'expulsion prise à son encontre par suite de son interdiction de territoire pour grande criminalité en application de l'alinéa 36(1)a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. La SAI a statué qu'il n'y avait pas assez de motifs d'ordre humanitaire justifiant un sursis à l'exécution de la mesure de renvoi.

Le demandeur a soutenu, à titre de question préliminaire, que la décision visée par les présentes devrait être annulée parce que le consultant en immigration qui l'a représenté devant la SAI était incompetent. Le défendeur a fait valoir que cette question ne pouvait pas être examinée parce qu'elle n'avait pas été soulevée dans la demande d'autorisation du demandeur.

*Held*, the application should be allowed.

Whether a party will be allowed to raise an issue for the first time in a further memorandum is a discretionary matter. Here, allowing the issue to be heard did not prejudice the respondent, and the consultant's competence was central to the question of whether the applicant had received a fair hearing. The respondent's preliminary objection was thus rejected.

Applying the test set out by the Supreme Court of Canada in *R. v. G.D.B.*, the evidentiary record established that the consultant was incompetent in the handling of the applicant's appeal to the IAD. The consultant failed to lead any meaningful or persuasive evidence. In particular, he did not prepare his case with the applicant and his parents, he did not address central issues related to the case in his examination of the applicant or ask follow-up questions after the questioning by the Minister's representative and the IAD, he did not attend the reconvened hearing of the IAD, and he did not reply to some of the respondent's submissions. Consequently, the applicant did not receive a meaningful hearing before the IAD, resulting in a miscarriage of justice.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 36(1)(a), 67(1)(c), 68.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*R. v. G.D.B.*, [2000] 1 S.C.R. 520; (2000), 261 A.R. 1; 184 D.L.R. (4th) 577; [2000] 8 W.W.R. 193; 81 Alta. L.R. (3d) 1; 143 C.C.C. (3d) 289; 32 C.R. (5th) 207; 253 N.R. 201; 2000 SCC 22; *Khosa v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 4 F.C.R. 332; (2007), 276 D.L.R. (4th) 369; 59 Imm. L.R. (3d) 122; 360 N.R. 183; 2007 FCA 24; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; (1996), 144 D.L.R. (4th) 1; 50 Admin. L.R. (3d) 199; 71 C.R.R. (3d) 417; 209 N.R. 20; *Al Mansuri v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)* (2007), 60 Admin. L.R. (4th) 228; 315 F.T.R. 1; 2007 FC 22.

##### CONSIDERED:

*Ribic v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1985] I.A.D.D. No. 4 (QL); *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84; (2002), 208 D.L.R. (4th) 107; 37 Admin. L.R. (3d) 252; 18 Imm. L.R. (3d) 93; 280 N.R.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

Le point de savoir si la Cour autorisera une partie à évoquer une question pour la première fois dans un mémoire additionnel relève de son pouvoir discrétionnaire. En l'espèce, le fait d'entendre la question ne causait pas de préjudice au défendeur, et la compétence du consultant était cruciale pour déterminer si le demandeur avait eu une audience équitable. L'objection préliminaire du défendeur a donc été rejetée.

Lorsqu'on applique le critère que la Cour suprême du Canada a formulé dans l'arrêt *R. c. G.D.B.*, il ressort du dossier de preuve que le consultant a fait preuve d'incompétence dans la manière dont il s'est occupé de l'appel du demandeur devant la SAI. Le consultant a omis de produire des preuves sérieuses ou convaincantes. Plus particulièrement, il n'a pas préparé sa cause avec le demandeur et ses parents, il n'a pas soulevé de questions sur des points cruciaux de l'affaire lorsqu'il a interrogé le demandeur et il n'a pas posé de questions complémentaires après celles du représentant du ministre et de la SAI, il n'a pas assisté à la seconde audience de la SAI et il n'a pas donné suite à certaines observations du défendeur. En conséquence, le demandeur n'a pas eu droit à une véritable audience devant la SAI, ce qui a donné lieu à une erreur judiciaire.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 36(1)a, 67(1)c, 68.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*R. c. G.D.B.*, [2000] 1 R.C.S. 520; 2000 CSC 22; *Khosa c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 4 R.C.F. 332; 2007 CAF 24; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Al Mansuri c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2007 CF 22.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Ribic c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1985] D.S.A.I. n° 4 (QL); *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84; 2002 CSC 3; *Arora c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] A.C.F. n° 24 (1<sup>re</sup> inst.) (QL);

268; 2002 SCC 3; *Arora v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] F.C.J. No. 24 (T.D.) (QL); *Garcia v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 645; *Benitez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2008] 1 F.C.R. 155; (2007), 284 D.L.R. (4th) 556; 155 C.R.R. (2d) 340; 65 Imm. L.R. (3d) 157; 366 N.R. 336; 2007 FCA 199; *Stumpf v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002), 289 N.R. 165; 2002 FCA 148; *Shirwa v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 2 F.C. 51; (1993), 22 Admin. L.R. (2d) 220; 71 F.T.R. 136; 23 Imm. L.R. (2d) 123 (T.D.).

REFERRED TO:

*Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 S.C.R. 350; (2007), 276 D.L.R. (4th) 594; 54 Admin. L.R. (4th) 1; 44 C.R. (6th) 1; 152 C.R.R. (2d) 17; 59 Imm. L.R. (3d) 1; 358 N.R. 1; 2007 SCC 9; *Osagie v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 262 F.T.R. 112; 2004 FC 1368; *Gulishvili v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002), 47 Admin. L.R. (3d) 87; 225 F.T.R. 248; 2002 FCT 1200; *Masood v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1224; *Taher v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002), 45 Admin. L.R. (3d) 304; 224 F.T.R. 317; 2002 FCT 991.

APPLICATION for judicial review of the Immigration and Refugee Board Immigration Appeal Division decision ([2006] I.A.D.D. No. 1051 (QL)) dismissing the applicant's appeal from a deportation order made against him. Application allowed.

APPEARANCES:

*Lorne Waldman* for applicant.  
*Janet Chisholm* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

*Waldman & Associates*, Toronto, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

LEMIEUX J.:

Introduction

*Garcia c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 645; *Benitez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2008] 1 R.C.F. 155; 2007 CAF 199; *Stumpf c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CAF 148; *Shirwa c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 2 C.F. 51 (1<sup>re</sup> inst.).

DÉCISIONS CITÉES :

*Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350; 2007 CSC 9; *Osagie c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1368; *Gulishvili c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CFPI 1200; *Masood c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1224; *Taher c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CFPI 991.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision ([2006] D.S.A.I. n° 1051 (QL)) par laquelle la Section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a rejeté l'appel que le demandeur a formé à l'encontre de la mesure d'expulsion prise contre lui. Demande accueillie.

ONT COMPARU :

*Lorne Waldman* pour le demandeur  
*Janet Chisholm* pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Waldman & Associates*, Toronto, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

LE JUGE LEMIEUX :

Introduction

[1] Four issues arise out of this judicial review application by Ashley Francisco Rodrigues (the applicant), a 24-year-old citizen of India and a permanent resident of Canada since June 22, 1997, when he came to this country at the age of 14 with his family. He seeks to set aside the October 27, 2006 decision of the Immigration Appeal Division [[2006] I.A.D.D. No. 1051 (QL)] (the IAD or the tribunal) who dismissed his appeal from a deportation order made against him on April 7, 2005 pursuant to paragraph 36(1)(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act* [S.C. 2001, c. 27] (IRPA). Specifically the IAD refused to stay the execution of the deportation order.

[2] Before the IAD, Mr. Rodrigues did not contest the legal validity of his deportation order. His appeal to the tribunal engaged its discretionary authority under section 68 of the IRPA to stay the deportation order “taking into account the best interests of a child directly affected by the decision, that sufficient humanitarian and compassionate considerations warrant special relief in light of all the circumstances of the case.” As will be seen, the tribunal refused to exercise its humanitarian and compassionate (H&C) jurisdiction in favour of the applicant.

[3] Paragraph 67(1)(c) and subsection 68(1) of IRPA read:

**67.** (1) To allow an appeal, the Immigration Appeal Division must be satisfied that, at the time that the appeal is disposed of,

...

(c) other than in the case of an appeal by the Minister, taking into account the best interests of a child directly affected by the decision, sufficient humanitarian and compassionate considerations warrant special relief in light of all the circumstances of the case.

...

**68.** (1) To stay a removal order, the Immigration Appeal Division must be satisfied, taking into account the best interests of a child directly affected by the decision, that sufficient humanitarian and compassionate considerations warrant special relief in light of all the circumstances of the case.

[1] Quatre questions découlent de la présente demande de contrôle judiciaire, qu’a soumise Ashley Francisco Rodrigues (le demandeur), un citoyen de l’Inde âgé de 24 ans et résident permanent du Canada depuis le 22 juin 1997, date à laquelle il est arrivé au pays à l’âge de 14 ans en compagnie de sa famille. Le demandeur cherche à faire annuler la décision datée du 27 octobre 2006 [[2006] D.S.A.I. n° 1051 (QL)] par laquelle la Section d’appel de l’immigration (la SAI ou le tribunal) a rejeté son appel concernant une mesure d’expulsion prise à son encontre le 7 avril 2005, en application de l’alinéa 36(1)a) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* [L.C. 2001, ch. 27] (la LIPR). Plus précisément, la SAI a refusé de surseoir à l’exécution de la mesure d’expulsion.

[2] Devant la SAI, M. Rodrigues n’a pas contesté la validité juridique de la mesure d’expulsion le concernant. Son appel devant le tribunal avait trait au pouvoir discrétionnaire, conféré à ce dernier par l’article 68 de la LIPR, de surseoir à la mesure d’expulsion « sur preuve qu’il y a — compte tenu de l’intérêt supérieur de l’enfant directement touché — des motifs d’ordre humanitaire justifiant, vu les autres circonstances de l’affaire, la prise de mesures spéciales ». Comme nous le verrons, le tribunal a refusé d’exercer sa compétence en matière de motifs d’ordre humanitaire en faveur du demandeur.

[3] L’alinéa 67(1)c) et le paragraphe 68(1) de la LIPR se lisent comme suit :

**67.** (1) Il est fait droit à l’appel sur preuve qu’au moment où il en est disposé :

[...]

c) sauf dans le cas de l’appel du ministre, il y a — compte tenu de l’intérêt supérieur de l’enfant directement touché — des motifs d’ordre humanitaire justifiant, vu les autres circonstances de l’affaire, la prise de mesures spéciales.

[...]

**68.** (1) Il est sursis à la mesure de renvoi sur preuve qu’il y a — compte tenu de l’intérêt supérieur de l’enfant directement touché — des motifs d’ordre humanitaire justifiant, vu les autres circonstances de l’affaire, la prise de mesures spéciales.

[4] The issues raised are:

- A preliminary issue raised by counsel for the respondent to the effect the Court should not hear the applicant's argument the tribunal's decision should be set aside because his former representative at the tribunal's hearing was incompetent. His representative was an immigration consultant apparently retained by his solicitor for the purpose of his appeal to the IAD. Counsel for the respondent states this issue had not been raised for consideration in the applicant's material seeking leave to appeal the tribunal's decision;
- If the Court decides to hear the issue, whether the tribunal's decision should be set aside because his former representative before the tribunal was incompetent on the basis of the Supreme Court of Canada's decisions in *R. v. G.D.B.*, [2000] 1 S.C.R. 520 coupled with its recent decision in *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 S.C.R. 350, at paragraphs 53, 63 and 64;
- Whether the tribunal itself breached the principle of procedural fairness or natural justice in the manner it handled the hearings; and
- Whether the tribunal erred in law in failing to properly consider all of the evidence before it, especially the evidence on foreign hardship.

#### Facts

[5] The applicant was born in Kuwait in 1983. He is not a citizen of Kuwait but of India. He immigrated to Canada on June 22, 1997 with his parents. Aside from having lived for two years at an English boarding school in India, he has had no contact with Indian culture, has no relatives or friends there and does not speak the languages spoken in India except English. He has a younger brother, aged 16 at the time of the hearing before the IAD.

[4] Les questions soulevées sont les suivantes :

- une question préliminaire soulevée par l'avocate du défendeur, à savoir que la Cour ne devrait pas entendre l'argument du demandeur selon lequel il faudrait annuler la décision du tribunal en raison de l'incompétence de la personne qui le représentait à l'audience tenue par le tribunal. Il s'agissait d'un consultant en immigration dont le procureur du demandeur avait apparemment retenu les services pour les besoins de son appel devant la SAI. Selon l'avocate du défendeur, cette question n'avait pas été soulevée pour examen dans les documents par lesquels le demandeur sollicitait l'autorisation de porter en appel la décision du tribunal;
- à supposer que la Cour décide d'examiner cette question, s'il faut annuler la décision du tribunal à cause de l'incompétence de la personne ayant représenté le demandeur devant le tribunal, compte tenu des décisions suivantes de la Cour suprême du Canada : l'arrêt *R. c. G.D.B.*, [2000] 1 R.C.S. 520, de pair avec le récent arrêt *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350, aux paragraphes 53, 63 et 64;
- si le tribunal a lui-même manqué au principe d'équité procédurale ou de justice naturelle dans la façon dont il a traité les auditions;
- si le tribunal a commis une erreur de droit en omettant de prendre dûment en compte la totalité des éléments de preuve soumis, surtout la preuve concernant les difficultés causées par le retour dans le pays de nationalité.

#### Les faits

[5] Le demandeur est né au Koweït en 1983. Il n'a pas la citoyenneté de ce pays-là, mais de l'Inde. Il a immigré au Canada le 22 juin 1997 en compagnie de ses parents. À part le fait d'avoir vécu deux ans dans un pensionnat anglais en Inde, il n'a eu aucun contact avec la culture indienne, n'a en Inde aucun parent ou ami et ne s'exprime pas dans les langues parlées dans ce pays, sauf l'anglais. Il a un frère cadet, qui était âgé de 16 ans à l'époque de l'audition de l'affaire devant la SAI.

[6] On January 18, 2002, before the IRPA came into force, he was convicted of two counts of breaking and entering a dwelling house, an offence under the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46] of Canada punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years. For this offence, he received a 4-month conditional sentence on each count and 12 months of probation. This crime led to an admissibility hearing and a deportation order in April 2004.

[7] The applicant's other conviction arose from an incident in October 2003. On June 19, 2006, he was convicted of aggravated assault and possession of a weapon for which he was sentenced to a period of 2 years less 40 days. He has now served that sentence and has been released from detention.

#### The tribunal's decision

[8] In reaching its decision, the tribunal stated the onus was on the applicant to show why he should not be removed from Canada. It held, in addition to the best interests of a child directly affected, the IAD's decision in *Ribic v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [[1985] I.A.D.D. No. 4 (QL)] as confirmed in the Supreme Court of Canada's decision in *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84 outlined the following number of non-exhaustive factors which should be considered in the exercise of its discretionary H&C jurisdiction, namely:

- (a) the seriousness of the offence or offences leading to the removal order;
- (b) the possibility of rehabilitation or, alternatively, the circumstances surrounding the failure to meet the conditions of admission;
- (c) the length of time spent, and the degree to which the appellant is established in Canada;

[6] Le 18 janvier 2002 — avant que la LIPR entre en vigueur — le demandeur a été reconnu coupable de deux chefs d'introduction par effraction dans une habitation; il s'agit d'une infraction au *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46] du Canada punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins 10 ans. Pour cette infraction, il s'est vu infliger une peine d'emprisonnement avec sursis de quatre mois pour chaque chef, de même qu'une période de probation de 12 mois. Cet acte criminel a mené à une enquête sur l'interdiction de territoire, ainsi qu'à la prise d'une mesure d'expulsion en avril 2004.

[7] L'autre condamnation du demandeur faisait suite à un incident survenu en octobre 2003. Le 19 juin 2006, il a été reconnu coupable de voies de fait graves et de possession d'une arme, une infraction pour laquelle il a été condamné à deux ans moins 40 jours d'emprisonnement. Il a maintenant purgé cette peine et obtenu sa mise en liberté.

#### La décision du tribunal

[8] Pour arriver à sa décision, le tribunal a statué qu'il incombait au demandeur d'établir pourquoi il ne fallait pas le renvoyer du Canada. Le tribunal a ajouté qu'en plus de l'intérêt supérieur de l'enfant directement touché, la décision rendue par la SAI dans l'affaire *Ribic c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [[1985] D.S.A.I. n° 4 (QL)], laquelle a été confirmée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, expose le nombre suivant de facteurs non exhaustifs qu'il faut prendre en considération au moment d'exercer son pouvoir discrétionnaire en matière de motifs d'ordre humanitaire :

- a) la gravité de l'infraction ou des infractions à l'origine de l'expulsion;
- b) la possibilité de réadaptation ou, de façon subsidiaire, les circonstances du manquement aux conditions d'admissibilité;
- c) la période passée au Canada et le degré d'établissement de l'appelant;

(d) the family in Canada and the dislocation to the family that removal would cause;

(e) the family and community support available to the appellant;

(f) the degree of hardship that would be caused to the appellant by the appellant's return to his or her country of nationality.

[9] The tribunal wrote [at paragraph 6]: “Weight given to each of these factors can vary depending on the circumstances of the case. In deciding this appeal, I have considered all of these factors, the best interests of a child [his brother] directly affected by the decision, and have taken into account all of the circumstances of this case. I have also considered all of the testimony and documentary evidence, and the submissions of the parties.”

[10] The tribunal also held in deciding the appeal [at paragraph 8], “I have an obligation to consider the objectives of *IRPA* which include an objective ‘to protect the health and safety of Canadians and to maintain the security of Canadian society.’” It noted in addition to the crime that led to the deportation order, the applicant was also convicted of aggravated assault and “weapons dangerous”, observing these two crimes postdated the crime which led to the deportation and arose out of an incident in which a victim was assaulted with a baseball bat and a hammer by a number of individuals including the applicant. The victim was hospitalized with a fractured skull. The tribunal found because of the length of that sentence and the number of the applicant's crimes [at paragraph 8]: “the overall criminality in this appeal to be very serious. Serious criminality always weighs the negative factor in the humanitarian and compassionate balance.... I assign this particular negative factor very heavy weight.”

[11] The tribunal then analysed the rehabilitation factor holding, despite the remorse expressed at the hearing and his parents' written supporting statements, it was not persuaded he was advancing towards rehabilitation and

d) la famille qu'a l'appellant au pays et les bouleversements que son expulsion occasionnerait pour cette famille;

e) le soutien dont bénéficie l'appellant, non seulement au sein de sa famille, mais également de la collectivité;

f) l'importance des difficultés que causerait à l'appellant le retour de ce dernier dans son pays de nationalité.

[9] Comme l'a écrit le tribunal [au paragraphe 6], « [l']importance accordée à chacun de ces facteurs peut varier selon les circonstances de l'affaire. Avant de rendre une décision dans le cadre du présent appel, j'ai examiné tous ces facteurs, l'intérêt supérieur de l'enfant [son frère] touché par la décision et j'ai tenu compte de toutes les circonstances en l'espèce. J'ai également pris en compte tous les témoignages et toutes les preuves documentaires ainsi que les observations des parties ».

[10] En tranchant l'appel, le tribunal a aussi dit ce qui suit [au paragraphe 8]: « j'ai l'obligation de tenir compte des objectifs de la *LIPR*, notamment l'objectif de “protéger la santé des Canadiens et de garantir leur sécurité” ». En plus du crime ayant entraîné la mesure d'expulsion, a-t-il ajouté, le demandeur a aussi été condamné pour voies de fait graves et possession d'armes dangereuses, faisant remarquer que ces deux crimes avaient été perpétrés après celui qui avait entraîné la mesure d'expulsion, lors d'un incident au cours duquel plusieurs personnes, dont le demandeur, avaient agressé une personne avec un bâton de baseball et un marteau. La victime avait été hospitalisée, souffrant d'une fracture du crâne. Le tribunal a conclu qu'en raison de la durée de cette peine et du nombre de crimes commis par le demandeur [au paragraphe 8], « la criminalité globale faisant l'objet du présent appel est très grave. La criminalité grave constitue toujours un facteur négatif dans l'équilibre des motifs d'ordre humanitaire [...] j'accorde à ce facteur négatif particulier beaucoup de poids ».

[11] Le tribunal a ensuite analysé le facteur de la réadaptation, déclarant, malgré le remords exprimé par le demandeur à l'audience et les déclarations écrites de ses parents, qu'il n'était pas convaincu que le demandeur

this was particularly worrisome given the very serious criminality present. The tribunal ruled, while his counsel submitted he was in counselling, [at paragraph 10] “there is no actual evidence before me of any counselling.” The tribunal then referred to a report of March 15, 2004 concluding the applicant did not realize the seriousness of the crime which led to his deportation and did not accept responsibility for it. The tribunal observed, both in the applicant’s testimony and statements and in the statements of his parents [at paragraph 10]: “a tendency for all of them to blame the appellant’s criminality on others — e.g. the ‘wrong crowd.’ I find that to be a tell-tale indication that none of them truly accept that the appellant himself is responsible for his own crimes. For these reasons, I find that the appellant remains at substantial risk of re-offending.”

[12] In terms of the establishment factor, the tribunal mentioned he was studying liberal arts at the University of Toronto but was not persuaded he was established in Canada. It wrote [at paragraph 11]: “He has not been in Canada all that long — less than ten years, and I have no documentary evidence before me to persuasively establish any sort of work history.”

[13] The tribunal then found there were no interests of a child that are directly affected by its decision. It noted he had a 16-year-old younger brother which he was not supporting financially. It stated the applicant claimed his brother’s best interests were affected on the basis he is a “role model.” It ruled [at paragraph 12]: “My finding in response: given criminal history, the appellant is, in my view, a *bad* role model. I therefore find that it would be, at best, neutral, or, more probably, even better for the appellant’s brother’s best interests for this appeal to be dismissed” [*italics in original*].

[14] It concluded that all factors analysed up to this point in its reasons [at paragraph 13]: “weighs negative in the humanitarian and compassionate balance.”

progressait vers sa réadaptation et que la situation était particulièrement inquiétante, vu la très grande criminalité en cause. Le tribunal a déclaré, après que le conseil du demandeur eut fait valoir que son client suivait une thérapie [au paragraphe 10] : « on ne m’a présenté aucune preuve concrète à cet effet ». Le tribunal a ensuite fait mention d’un rapport daté du 15 mars 2004 où l’on concluait que le demandeur ne réalisait pas la gravité du crime qui avait entraîné la mesure d’expulsion à son endroit et qu’il n’en acceptait pas la responsabilité. Le tribunal a constaté, tant dans le témoignage et les déclarations du demandeur que dans les déclarations de ses parents [au paragraphe 10], « une tendance de la part de tous à attribuer la criminalité de l’appellant à d’autres, par exemple aux “mauvaises fréquentations”. Je constate qu’il s’agit là d’une indication véritable que personne d’entre eux n’accepte vraiment que l’appellant soit responsable de ses propres crimes. Pour ces raisons, je constate que l’appellant court de sérieux risques de récidiver. »

[12] Quant au facteur de l’établissement, le tribunal a mentionné qu’il n’était toujours pas persuadé que le demandeur s’était établi au Canada, même s’il étudiait les arts libéraux à l’Université de Toronto. Comme le tribunal l’a écrit [au paragraphe 11], « Il n’est pas au Canada depuis si longtemps, moins de 10 ans, et je n’ai aucune preuve documentaire qui établisse de manière convaincante un historique quelconque de travail ».

[13] Le tribunal a ensuite conclu que sa décision ne touchait directement l’intérêt d’aucun enfant. Il a fait remarquer que le demandeur avait effectivement un jeune frère de 16 ans, dont il ne subvenait pas aux besoins financiers. Il a mentionné que, au dire du demandeur, l’intérêt supérieur de son frère était touché en ce sens qu’il était pour lui un « modèle ». Comme l’a déclaré le tribunal [au paragraphe 12], « Ma constatation à cet égard est que, compte tenu de l’historique criminel, l’appellant est à mon avis un mauvais modèle. Je constate par conséquent que dans l’intérêt supérieur du frère de l’appellant, il serait plus probablement préférable dans le cadre du présent appel que celui-ci soit rejeté. »

[14] Le tribunal a conclu que tous les facteurs analysés jusque-là dans ses motifs [au paragraphe 13] « sont négatifs dans la balance qui soupèse les motifs d’ordre



Looking at “the other side of the scales,” the tribunal said [at paragraph 14]: “I do find several significant positive factors.” It then referred to his family’s support and to the fact his parents both gave statements in support and appeared at the hearing prepared to testify. It recognized there will be significant family dislocation, which seemed clear from the parents’ statements and that of the appellant that there is mutual love between the applicant, his parents and his brother. It also recognized that [at paragraph 17] “[t]here will also be significant hardship to the appellant.” It accepted the fact, while he is a citizen, he had not been to India for a long time. It accepted the fact he had no relatives in India and English was his only language. Having said this, the tribunal wrote [at paragraph 17]: “However, I note that this hardship is ameliorated somewhat by the fact that the appellant did go to boarding school in Madras when he was a child.”

[15] Before expressing its conclusion, the tribunal stated [at paragraph 18]: “No other factor or circumstance was alleged that would merit my consideration in deciding this appeal.” Its conclusion is expressed at paragraphs 19 and 20 of its decision as follows:

Weighing all of the factors above in the balance, while I find the positive factors significant, I also find that they are outnumbered by the negative factors and that their combined positive weight is insufficient to counter the heavy combined weight of the negative factors found, particularly in light of the deleterious combination of very serious criminality and a substantial risk of re-offence. I therefore find that the overall humanitarian and compassionate balance tilts substantially negative.

Stays of deportation are, by their very nature, special relief. However, I find the overall humanitarian and compassionate balance to weigh negative enough as not to merit any kind of special relief. If the criminality in this appeal were less serious or the rehabilitation evidence more persuasive, I might have found the scales to balance close enough as to merit the granting of a stay. However, with those two factors, both tilting negative as discussed, the stay outcome clearly carries far too much risk for me to find that disposition appropriate. I therefore do not grant a stay of deportation. [Emphasis mine.]

humanitaire ». « Par contre », a-t-il ajouté [au paragraphe 14], « je constate plusieurs facteurs positifs importants ». Il a ensuite fait mention du soutien de sa famille ainsi que du fait que ses parents avaient tous les deux produit des déclarations d’appui et s’étaient présentés à l’audience, prêts à témoigner en ce sens. Le tribunal a reconnu qu’il y aurait une perturbation marquée de la famille et qu’il semblait clair, d’après les déclarations des parents et celles du demandeur, qu’il y avait un amour réciproque entre le demandeur, ses parents et son frère. Le tribunal a reconnu aussi que [au paragraphe 17] « [i]l y aurait aussi d’importantes difficultés pour l’appelant ». Le tribunal a accepté que, même s’il était citoyen de l’Inde, le demandeur n’avait pas vécu longtemps dans ce pays. Il a admis le fait que le demandeur n’avait aucun parent en Inde et que l’anglais était la seule langue qu’il connaissait. Cela dit, le tribunal a écrit ceci [au paragraphe 17] : « Cependant, je constate que cette difficulté est quelque peu atténuée par le fait que l’appelant a résidé dans un pensionnat à Madras lorsqu’il était enfant. »

[15] Avant d’exprimer sa conclusion, le tribunal a déclaré [au paragraphe 18] : « Aucun autre facteur ni aucune autre circonstance n’a été allégué qui mériterait que je l’examine avant de rendre ma décision dans le présent appel. » Sa conclusion est exprimée en ces termes, aux paragraphes 19 et 20 de sa décision :

En sopesant tous les facteurs ci-dessus dans la balance, bien que je constate des facteurs positifs importants, je constate également qu’ils sont moins nombreux que les facteurs négatifs et que leur poids combiné est insuffisant pour contrebalancer l’important poids des facteurs négatifs, particulièrement à la lumière de la dangereuse combinaison de très grande criminalité et du risque important de récidive. Par conséquent, je constate que dans l’ensemble des facteurs d’ordre humanitaire, la balance est toujours négative.

Un sursis à l’expulsion est, de par sa nature, une mesure spéciale. Cependant, je constate que les critères d’ordre humanitaire sont suffisamment négatifs et qu’ils ne méritent aucune mesure spéciale. Si la criminalité dans le cadre du présent appel était moins grave ou que les preuves de réadaptation étaient plus convaincantes, j’aurais pu constater qu’il y avait un équilibre suffisant pour justifier l’attribution d’un sursis. Cependant, avec ces deux facteurs qui penchent du côté négatif comme nous l’avons discuté, le sursis porte manifestement trop de risques pour conclure que cette mesure est appropriée. Par conséquent, je n’accorde pas de sursis à l’expulsion. [Non souligné dans l’original.]

## Analysis

### (a) The Standard of Review

[16] The standard of review of a decision of the IAD to refuse to grant a stay pursuant to its H&C jurisdiction has recently been settled by the Federal Court of Appeal in *Khosa v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 4 F.C.R. 332. The standard of review is reasonableness. This standard would apply to the fourth issue.

[17] A decision is an unreasonable one if it is a decision, to use the words of Justice Iacobucci in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748 [at paragraph 56]: “that, in the main, is not supported by any reasons that can stand up to a somewhat probing examination.”

[18] The other issues raised in this case, which touch on questions of fairness, jurisdiction and law, are to be gauged on the correctness standard because no deference is owed to the tribunal.

### (b) Discussion and Conclusions

#### Issue No. 1 — The preliminary issue

[19] I deal briefly with the preliminary issue raised by counsel for the Minister. She urged I not entertain the applicant’s argument on the incompetency of the consultant who represented him before the IAD because that issue was not raised as a ground in the applicant’s application for leave from this Court. The leave application was prepared by Max Chaudhary, a barrister and solicitor. The issue of the consultant’s incompetency was raised for the first time by Lorne Waldman in the applicant’s further memorandum of fact and law. Counsel for the Minister relied upon Justice Gibson’s decision in *Arora v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] F.C.J. No. 24 (T.D.) (QL), followed by the Chief Justice’s decision in *Garcia v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 645.

## Analyse

### a) La norme de contrôle

[16] Quand la SAI refuse d’accorder un sursis en exerçant son pouvoir discrétionnaire en matière de motifs d’ordre humanitaire, la norme de contrôle qui s’applique à cette décision est celle qui a été récemment fixée par la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Khosa c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2007] 4 R.C.F. 332, soit la décision raisonnable. Cette norme s’appliquerait à la quatrième question invoquée.

[17] Une décision est dite déraisonnable si, pour reprendre les propos du juge Iacobucci dans l’arrêt *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748 [au paragraphe 56] : « dans l’ensemble, [elle] n’est étayée par aucun motif capable de résister à un examen assez poussé ».

[18] Les autres questions soulevées en l’espèce, qui ont trait à l’équité, à la compétence et au droit, doivent être évaluées selon la norme de la décision correcte car il n’y a pas lieu de faire montre de déférence envers le tribunal.

### b) Analyse et conclusions

#### Question n° 1 — La question préliminaire

[19] Je traiterai brièvement de la question préliminaire qu’a soulevée l’avocate du ministre. Cette dernière m’a demandé de ne pas entendre l’argument du demandeur au sujet de l’incompétence du consultant qui l’a représenté devant la SAI parce que cette question n’a pas été soulevée en tant que motif dans la demande d’autorisation que le demandeur a soumise à la Cour. Cette demande d’autorisation a été établie par un avocat, Max Chaudhary. La question de l’incompétence du consultant a été évoquée pour la première fois par Lorne Waldman dans le mémoire additionnel des faits et du droit du demandeur. L’avocate du ministre s’est appuyée sur la décision du juge Gibson dans l’affaire *Arora c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2001] A.C.F. n° 24 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), décision que le juge en chef a suivie dans l’affaire *Garcia c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2006 CF 645.

[20] As I read both of these cases, I conclude it is a matter of discretion whether the Court will allow a party to raise an issue for the first time in a further memorandum. Both of my colleagues held that, in the particular circumstances before them, it would be inappropriate to do so.

[21] The discretion in this Court to hear such an issue is analogous to the power which the Federal Court of Appeal has to hear on appeal an issue raised for the first time. In *Benitez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2008] 1 F.C.R. 155 (F.C.A.), Justice Evans ruled that an appellant may not normally raise issues for the first time on an appeal, because that would put the appellate court in the position of having to decide an issue without the benefit of the opinion of the lower court. He added the role of an appellate court is generally confined to examining the decision of the court below for reversible error. However, he noted there were exceptions, referring to the Federal Court of Appeal's decision in *Stumpf v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002), 289 N.R. 165. The Federal Court of Appeal [in *Stumpf*] focused on two factors: lack of prejudice to the Minister and whether the designation of a representative in the case could have affected the outcome. It was satisfied there was a lack of prejudice and the outcome of the case could have been affected.

[22] In this case, the issue of the consultant's competence is central to the question whether the applicant had a fair hearing. Moreover, there was no prejudice to the Minister; the Minister's counsel fully addressed the issue in her further memorandum of argument. Counsel for the Minister did not request any adjournment in the circumstances to address the issue which had not been raised on leave.

[23] My analysis of the Court's discretionary power to hear argument on a point not raised in an applicant's leave application is similar to Justice Dawson's reasoning in *Al Mansuri v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)* (2007), 60 Admin. L.R. (4th

[20] Selon mon interprétation de ces deux décisions, la question de savoir si la Cour autorisera une partie à évoquer une question pour la première fois dans un mémoire additionnel relève de son pouvoir discrétionnaire. Mes collègues ont tous deux déclaré que, dans les circonstances particulières qui leur étaient soumises, il ne convenait pas de le faire.

[21] Le pouvoir discrétionnaire qu'a la Cour d'entendre une telle question est analogue au pouvoir dont dispose la Cour d'appel fédérale pour ce qui est d'entendre en appel une question soulevée pour la première fois. Dans l'arrêt *Benitez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2008] 1 R.C.F. 155 (C.A.F.), le juge Evans a statué qu'un appellant ne peut généralement pas soulever de nouvelles questions en appel car la cour d'appel serait alors contrainte de se prononcer sur une question sans bénéficier de l'opinion du tribunal inférieur. Le rôle d'une cour d'appel se borne généralement à examiner la décision du tribunal inférieur pour déterminer si une erreur en justifie l'annulation. Il a toutefois noté qu'il y a des exceptions, dont, par exemple, la décision de la Cour d'appel fédérale dans *Stumpf c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CAF 148. Dans cette décision, la Cour d'appel fédérale a mis l'accent sur deux facteurs : l'absence de préjudice pour le ministre et le fait de savoir si la désignation d'un représentant dans le dossier aurait pu influencer sur l'issue du litige. La Cour s'est dite convaincue qu'il y avait une absence de préjudice et que l'issue du litige aurait pu en être touchée.

[22] En l'espèce, la question de la compétence du consultant est cruciale pour déterminer si le demandeur a eu une audience équitable. Par ailleurs, il n'y a pas eu de préjudice pour le ministre; l'avocate de ce dernier a traité en détail de cette question dans son exposé additionnel des arguments. L'avocate n'a pas demandé d'ajournement dans les circonstances en vue de traiter de la question non soulevée dans le cadre de la demande d'autorisation.

[23] Mon analyse du pouvoir discrétionnaire qu'a la Cour d'entendre des arguments sur un point non soulevé dans la demande d'autorisation d'un demandeur est semblable au raisonnement qu'a exposé le juge Dawson dans la décision *Al Mansuri c. Canada (Ministre de la*

228 (F.C.), concluding the Court had a discretionary power in the circumstances and listing a number of non-exhaustive factors which should be considered, recognizing that relevancy and weight will vary in the circumstances of each case.

[24] In the circumstances, I reject the Minister's preliminary objection and will deal with the issue of the consultant's competency.

#### Issue No. 2 — The consultant's incompetency

[25] Both counsel agreed the test for the consultant's incompetency governing the matter before me was as set out by Justice Major on behalf of the Supreme Court of Canada in *R. v. G.D.B.*, [2000] 1 S.C.R. 520, at paragraphs 26-29:

The approach to an ineffectiveness claim is explained in *Strickland v. Washington*, 466 U.S. 668 (1984), per O'Connor J. The reasons contain a performance component and a prejudice component. For an appeal to succeed, it must be established, first, that counsel's acts or omissions constituted incompetence and second, that a miscarriage of justice resulted.

Incompetence is determined by a reasonableness standard. The analysis proceeds upon a strong presumption that counsel's conduct fell within the wide range of reasonable professional assistance. The onus is on the appellant to establish the acts or omissions of counsel that are alleged not to have been the result of reasonable professional judgment. The wisdom of hindsight has no place in this assessment.

Miscarriages of justice may take many forms in this context. In some instances, counsel's performance may have resulted in procedural unfairness. In others, the reliability of the trial's result may have been compromised.

In those cases where it is apparent that no prejudice has occurred, it will usually be undesirable for appellate courts to consider the performance component of the analysis. The object of an ineffectiveness claim is not to grade counsel's performance or professional conduct. The latter is left to the profession's self-governing body. If it is appropriate to dispose of an ineffectiveness claim on the ground of no prejudice

*Sécurité publique et de la Protection civile*), 2007 CF 22, où, après avoir conclu que la Cour disposait d'un pouvoir discrétionnaire dans les circonstances, elle a énuméré un certain nombre de facteurs non exhaustifs dont il fallait tenir compte, tout en reconnaissant que la pertinence et l'importance varieront suivant les circonstances de chaque espèce.

[24] Dans les circonstances, je rejette l'objection préliminaire du ministre et je traiterai de la question de la compétence du consultant.

#### Question n° 2 — L'incompétence du consultant

[25] Les deux avocats ont convenu que le critère applicable à l'incompétence du consultant relativement à la question qui m'est soumise a été fixé par le juge Major, pour le compte de la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *R. c. G.D.B.*, [2000] 1 R.C.S. 520, aux paragraphes 26 à 29 :

La façon d'envisager les allégations de représentation non effective est expliquée dans l'arrêt *Strickland c. Washington*, 466 U.S. 668 (1984), le juge O'Connor. Cette étude comporte un volet examen du travail de l'avocat et un volet appréciation du préjudice. Pour qu'un appel soit accueilli, il faut démontrer, dans un premier temps, que les actes ou les omissions de l'avocat relevaient de l'incompétence, et, dans un deuxième temps, qu'une erreur judiciaire en a résulté.

L'incompétence est appréciée au moyen de la norme du caractère raisonnable. Le point de départ de l'analyse est la forte présomption que la conduite de l'avocat se situe à l'intérieur du large éventail de l'assistance professionnelle raisonnable. Il incombe à l'appelant de démontrer que les actes ou omissions reprochés à l'avocat ne découlaient pas de l'exercice d'un jugement professionnel raisonnable. La sagesse rétrospective n'a pas sa place dans cette appréciation.

Les erreurs judiciaires peuvent prendre plusieurs formes dans ce contexte. Dans certains cas, le travail de l'avocat peut avoir compromis l'équité procédurale, alors que dans d'autres, c'est la fiabilité de l'issue du procès qui peut avoir été compromise.

Dans les cas où il est clair qu'aucun préjudice n'a été causé, il n'est généralement pas souhaitable que les cours d'appel s'arrêtent à l'examen du travail de l'avocat. L'objet d'une allégation de représentation non effective n'est pas d'attribuer une note au travail ou à la conduite professionnelle de l'avocat. Ce dernier aspect est laissé à l'appréciation de l'organisme d'autoréglementation de la profession. S'il convient de

having occurred, that is the course to follow (*Strickland, supra*, at p. 697). [Emphasis mine.]

[26] In *G.D.B.*, above, the Court came to the conclusion there was no miscarriage of justice or prejudice to the convicted appellant because he had been acquitted on the most serious charge by the tactical decision of his defence counsel not to use a particular piece of exculpatory evidence because such use would incriminate his principal witness who was the accused's spouse.

[27] In the case before me, the badges of the incompetence of the consultant, Mr. Aaron Vuppal, were set out in the affidavit of Max Chaudhary dated September 13, 2007; the affidavit of the applicant's father who expressed his surprise that he and his wife were not called as witnesses to support their son's appeal and the affidavit of Ms. Faruk who detailed Mr. Vuppal's membership in the Canadian Society of Immigration Consultants (CSIC) and his subsequent revocation on October 3, 2006 on the grounds that he did not meet the Society's membership criteria. None of the deponents were cross-examined.

[28] Mr. Chaudhary outlined the following factors which he said shows the applicant did not receive a fair hearing on his appeal to the IAD:

- The lack of documentary evidence disclosure prior to or during the hearing on February 23, 2006. The only documentary disclosure consisted of two short statements from the applicant's parents. In particular, Mr. Vuppal did not provide copies of any of the courses that the applicant had undertaken as part of the rehabilitation process while in prison. He did not provide copies of the anger management courses or any of the other rehabilitation courses. He did not obtain a psychological assessment dealing with the likelihood of the applicant committing further offences. Mr. Chaudhary states that: “[a]ll of this disclosure is routine in these cases and is essential to a proper representation by counsel and is what I would do routinely and would expect from any lawyer working as an employee with me” (emphasis mine). Mr. Chaudhary states that he had discussed these matters with Mr. Vuppal and believed that he too was

trancher une question de représentation non effective pour cause d'absence de préjudice, c'est ce qu'il faut faire (*Strickland*, précité, à la p. 697). [Non souligné dans l'original.]

[26] Dans l'arrêt *G.D.B.*, précité, la Cour suprême est arrivée à la conclusion qu'il n'y avait pas eu d'erreur judiciaire ou de préjudice pour l'appelant déclaré coupable car celui-ci avait été acquitté de l'accusation la plus grave par la décision tactique de son avocat de ne pas utiliser un élément particulier de preuve disculpatoire qui aurait incriminé son témoin principal, la conjointe de l'accusé.

[27] Dans l'affaire qui m'est soumise, les attributs de l'incompétence du consultant, M. Aaron Vuppal, sont exposés dans l'affidavit de Max Chaudhary daté du 13 septembre 2007, dans l'affidavit du père du demandeur, qui s'est dit surpris que son épouse et lui n'aient pas été appelés à témoigner au soutien de l'appel de son fils, ainsi que dans l'affidavit de M<sup>me</sup> Faruk, qui a fait état de l'adhésion de M. Vuppal à la Société canadienne de consultants en immigration (SCCI) et de la révocation ultérieure de son statut le 3 octobre 2006 parce qu'il ne satisfaisait pas aux critères d'adhésion à la SCCI. Aucun des souscripteurs d'affidavit n'a été contre-interrogé.

[28] M. Chaudhary a énoncé les facteurs suivants qui, dit-il, montrent que le demandeur n'a pas bénéficié d'une audition équitable de son appel devant la SAI :

- la non-communication de preuves documentaires avant ou pendant l'audience tenue le 23 février 2006. La seule communication de documents a consisté en deux déclarations succinctes des parents du demandeur. En particulier, M. Vuppal n'a pas produit de copie des cours que le demandeur avait pris en prison dans le cadre du processus de réadaptation. Il n'a pas produit de copie des cours de gestion de la colère, ni d'aucun autre cours de réadaptation. Il n'a pas obtenu une évaluation psychologique concernant le risque que le demandeur commette d'autres infractions. M. Chaudhary déclare que : [TRADUCTION] « [l]a communication de ces documents est une procédure habituelle dans les cas de ce genre et elle est essentielle pour être représenté de façon appropriée par un avocat; il s'agit là d'une mesure que je prendrais habituellement et à laquelle je m'attendrais de la part d'un avocat qui serait à mon service » (non

complying with the normal practices before the IAD and only learned of his failure in this case when the matter was brought to his attention by the new counsel retained to represent him;

- The fact Mr. Vuppal, in chief, only asked the applicant three questions, they were:

(1) “Sir, would you please describe your feelings about all of your previous convictions” to which the applicant answered: “I completely regret getting involved in these situations. I am really sorry.”

(2) “And are you, would you tell us something about your breach, how the breach occurred in?” (The breach was a breach of his bail conditions not to associate with certain persons) and,

(3) “And so did you show good behavior if the panel (inaudible) conditions?” to which the applicant answered: “Definitely, I will do anything.”

- Mr. Chaudhary states, in his affidavit, Mr. Vuppal failed to ask questions about the central issues related to the case including whether or not the applicant would face hardship upon return to India, a country where the applicant had never lived except for three years when he was a child when he lived at the boarding school. Mr. Vuppal did not explore whether the applicant had feelings of remorse, his understanding of why he had committed the offences, his understanding of the seriousness of the offences or his appreciation of the harm these offences caused to society. He did not explore the issues related to the hardship on deportation, hardship at being separated from his parents and any of the other matters related to the humanitarian issues that were before the IAD. Mr. Chaudhary states: “This too is far short of what I would do or what I would expect a reasonably competent counsel before the IAD to do”;

souligné dans l’original). M. Chaudhary déclare avoir discuté de ces questions avec M. Vuppal; il croyait que lui aussi se conformait aux pratiques ordinaires devant la SAI et n’a eu connaissance de cette omission en l’espèce que lorsque l’affaire a été portée à son attention par le nouveau conseil retenu pour le représenter;

- le fait que M. Vuppal, lors de l’interrogatoire principal, n’a posé au demandeur que trois questions :

1) [TRADUCTION] « Monsieur, pourriez-vous décrire les sentiments qu’évoquent en vous toutes vos condamnations antérieures? », ce à quoi le demandeur a répondu : [TRADUCTION] « Je regrette profondément d’avoir été mêlé à ces histoires. Je suis réellement désolé. »

2) [TRADUCTION] « Et êtes-vous [...] pourriez-vous nous parler de votre manquement, de la façon dont le manquement est survenu? » Il était question d’un manquement à ses conditions de mise en liberté, c’est-à-dire ne plus fréquenter certaines personnes;

3) [TRADUCTION] « Et vous êtes-vous bien comporté si les conditions (inaudible) du tribunal? », ce à quoi le demandeur a répondu : [TRADUCTION] « C’est sûr, je ferai n’importe quoi. »

- dans son affidavit, M. Chaudhary déclare que M. Vuppal a omis de poser des questions sur des points cruciaux de l’affaire, dont le fait de savoir si le demandeur s’exposerait à des difficultés s’il retournait en Inde, un pays où il n’a jamais vécu, sauf pendant trois ans durant son enfance, où il vivait au pensionnat. M. Vuppal n’a pas cherché à savoir si le demandeur éprouvait du remords, s’il comprenait pourquoi il avait commis les infractions, s’il saisissait la gravité de ces dernières ou s’il était conscient du tort que ces infractions avaient causé à la société. Il n’a pas analysé les questions relatives aux difficultés que causerait l’expulsion, les difficultés que causerait le fait d’être séparé de ses parents, pas plus qu’aucun des autres points liés aux questions humanitaires dont la SAI était saisie. M. Chaudhary déclare : [TRADUCTION] « Cela aussi est loin de représenter ce que je ferais ou ce à quoi je m’attendrais de la part d’un conseil raisonnablement compétent devant la SAI »;

- After the applicant's examination by the IAD member and by counsel for the Minister, Mr. Vuppal advised the tribunal he had no further questions;
- The fact he did not call the applicant's parents to expand on their very short written statement which Mr. Chaudhary states did not touch upon key aspects of the issues that were relevant for the issue of hardship. Mr. Chaudhary states: "Again, in my practice I would have called the parents to give extensive evidence on the prospects of rehabilitation, the impact of removal on the family here and on the applicant given that the family has absolutely no ties or relatives in India";
- The lack of any substantive and relevant submissions particularly when he knew the Minister's position was that the applicant's appeal should be dismissed, i.e. the applicant should not be granted a stay from his removal to India;
- The fact Mr. Vuppal did not attend the reconvened hearing of the tribunal fixed for June 6, 2006. The February 23, 2006 hearing had been adjourned to a date to be fixed because, while the applicant had been convicted of the October 2003 aggravated assault charge, he had not been sentenced. Nor had an outstanding charge against him for possession of marijuana been heard and disposed of;
- The fact Mr. Vuppal did not object to the procedure of written submissions on the sentence imposed for the aggravated assault conviction after he had initially insisted an oral hearing should take place on that sentence so that the applicant could testify. Mr. Chaudhary states, in his affidavit, Mr. Vuppal's written submissions were extremely poor and did nothing to resolve the issues related to the previous submissions. He states the additional submissions failed to deal with any of the central issues of the case such as removal to India, rehabilitation, remorse or the likelihood that the applicant would not commit further offences in the future. Mr. Chaudhary states that in his view these submissions and representation fell far below what would be reasonably expected of a competent counsel so as to result in the applicant being denied a fair hearing. He states: "Indeed
- après que le commissaire de la SAI et l'avocat du ministre eurent interrogé le demandeur, M. Vuppal a déclaré au tribunal qu'il n'avait pas d'autres questions à poser;
- le fait qu'il n'ait pas appelé les parents du demandeur pour étoffer leur déclaration écrite fort succincte qui, selon M. Chaudhary, n'abordait pas des aspects clés des questions qui étaient pertinentes à l'égard de difficultés possibles. M. Chaudhary déclare : [TRADUCTION] « Là encore, j'aurais appelé les parents pour qu'ils témoignent en détail des perspectives de réadaptation, ainsi que de l'effet du renvoi sur la famille au pays et sur le demandeur, étant donné que la famille n'a absolument aucun lien ou parent en Inde »;
- l'absence d'arguments pertinents et de fond, d'autant plus qu'il savait que le ministre était d'avis qu'il fallait rejeter l'appel du demandeur, c'est-à-dire ne pas lui accorder de sursis à l'exécution de son renvoi en Inde;
- le fait que M. Vuppal n'a pas assisté à la seconde audience du tribunal, fixée au 6 juin 2006. L'audience du 23 février 2006 avait été ajournée à une date à fixer car, même si le demandeur avait été déclaré coupable de l'accusation de voies de fait graves en octobre 2003, il n'avait pas été condamné à une peine. En outre, une accusation en instance contre lui, pour possession de marijuana, n'avait pas non plus été instruite et tranchée;
- le fait que M. Vuppal ne se soit pas opposé à la procédure consistant à fournir des observations écrites sur la peine imposée à la suite de la condamnation pour voies de fait graves, après avoir insisté au départ pour que l'on tienne une audience sur cette peine de façon à ce que le demandeur puisse témoigner. Dans son affidavit, M. Chaudhary déclare que les observations écrites de M. Vuppal étaient extrêmement faibles et ne faisaient rien pour régler les problèmes liés aux observations antérieures. Il déclare que les observations additionnelles ne traitaient d'aucune des questions cruciales de l'affaire, comme le renvoi en Inde, la réadaptation, le remords ou la probabilité que le demandeur ne commette dorénavant plus d'infractions. M. Chaudhary déclare qu'à son avis ces observations et cette représentation étaient loin de correspondre à ce à quoi l'on serait raisonnablement en

the representation is so inadequate that in my view the applicant was denied a fair hearing.”

[29] My review of the certified tribunal record reveals another badge of incompetence: Mr. Vuppal did not reply to the Minister’s submissions on the sentencing for the aggravated assault conviction. The Minister’s submissions focused on the gravity of the offence, the harm suffered by the victim, the applicant’s lack of remorse and his central role in the assault leading to the Minister’s central conclusion that to protect Canadian society he should be deported. Mr. Vuppal also failed to file and deal with the sentencing decisions of the criminal courts following conviction. (See the discussion on this point in *G.D.B.*, above.)

[30] Counsel for the Minister argued a number of points to show the concerns raised regarding the adequacy of counsel did not rise to the level of breach of natural justice. She makes the point that in order to succeed the applicant must establish that his representative’s conduct was incompetent, and that as a result, a miscarriage of justice occurred, noting that general dissatisfaction with the quality of representation or regret over the litigation strategies pursued does not constitute incompetence rising to the level of a breach of fundamental justice.

[31] First, she states, in essence, the applicant is challenging the litigation strategy that he may or may not have endorsed. She observes his affidavit is silent on the issue of how he instructed his counsel to proceed and that it was unclear if there was inadequacy of his counsel or whether the applicant was trying to correct his previous litigation choices. I cannot accept this argument. It is clear from Mr. Chaudhary’s affidavit he had discussed the litigation strategy with Mr. Vuppal who had failed to carry it out (see paragraph 4 of his affidavit).

droit de s’attendre de la part d’un conseil compétent, et que cela avait eu pour effet de priver le demandeur de son droit à une audience équitable. Il ajoute : [TRADUCTION] « En fait, la représentation est à ce point inadéquate qu’à mon avis le demandeur s’est vu privé du droit à une audience équitable. »

[29] Mon examen du dossier certifié du tribunal révèle un autre attribut d’incompétence : M. Vuppal n’a pas répondu aux observations du ministre concernant la peine imposée à la suite de la condamnation pour voies de fait graves. Les observations du ministre portaient principalement sur la gravité de l’infraction, le préjudice subi par la victime, l’absence de remords du demandeur ainsi que le rôle clé qu’il avait joué dans les voies de fait, ce qui avait amené le ministre à tirer la conclusion fondamentale selon laquelle, pour protéger la société canadienne, il fallait l’expulser. M. Vuppal a également omis de déposer les jugements sur peine des tribunaux criminels à la suite de la condamnation et d’en traiter. (Voir l’analyse de ce point dans l’arrêt *G.D.B.*, précité.)

[30] L’avocate du ministre a soulevé un certain nombre de points pour montrer que les préoccupations soulevées à propos de la compétence du conseil n’équivalaient pas à un manquement à la justice naturelle. Elle fait valoir que le demandeur, pour obtenir gain de cause, doit établir que la conduite de son représentant était incompétente et que ce fait a occasionné une erreur judiciaire, notant qu’un mécontentement général à l’égard de la qualité de la représentation ou des regrets à propos des stratégies poursuivies en matière de litige ne constituent pas un cas d’incompétence équivalant à un manquement à un principe de justice fondamentale.

[31] Premièrement, dit-elle, le demandeur conteste essentiellement la stratégie en matière de litige à laquelle il a peut-être souscrit ou non. Son affidavit, fait-elle remarquer, ne dit rien sur la façon dont il a donné instruction à son consultant de procéder et l’on ne sait pas avec certitude si son conseil était incompétent ou si le demandeur tentait de rectifier ses choix antérieurs en matière de litige. C’est là un argument auquel je ne puis souscrire. Il ressort clairement de l’affidavit de M. Chaudhary que celui-ci avait discuté de la stratégie à suivre en matière de litige avec M. Vuppal, et que celui-



[32] Second, counsel for the Minister argued, while Mr. Vuppal may not have asked many questions, the gap was filled by the tribunal and by the representative of the Minister. For example, the IAD member asked the applicant questions related to his age, his place of birth, the number of years he had lived in India, the citizenship of his parents, his work history, his education, his plans for future education, whether he had been on social assistance, his relationship with his brother, his ability to speak local languages in India, the impact of his removal upon him and the impact of a removal on his family.

[33] Counsel for the Minister raised a number of questions such as what he would do if he was allowed to remain in Canada, his future career ambitions, questions about the seriousness of the offences, his remorse for the beatings, his parents' reactions to the crimes and his brother's reaction.

[34] Counsel for the Minister states, even if the applicant was inadequately represented, any inadequacy was cured by the questions put to him by the tribunal and by the Minister's representative. She submits the applicant has failed to establish a miscarriage of justice rising to the level of a breach of natural justice.

[35] A review of the transcript shows the description by counsel for the Minister of the areas covered in questioning by the tribunal and by the Minister's representative is accurate. However, in my view, that questioning did not cure the consultant's deficiencies in: (1) not having prepared his case with the applicant and his parents (interview time with them was less than an hour); (2) not having covered in chief all of the relevant areas before questioning by others in order to put his best case forward before questioning by others; (3) not having asked any follow-up questions after the questioning by the tribunal and by the Minister's representative to clarify or emphasize answers which the applicant had given and, in particular, his role during the incident which led to his conviction of aggravated assault, a conviction which led the tribunal to conclude was so

ci ne l'avait pas exécutée (voir le paragraphe 4 de son affidavit).

[32] Deuxièmement, selon l'avocate du ministre, M. Vuppal n'a peut-être pas posé beaucoup de questions, mais le tribunal et le représentant du ministre ont comblé les lacunes. Par exemple, le commissaire de la SAI a interrogé le demandeur sur son âge, son lieu de naissance, le nombre d'années où il avait vécu en Inde, la citoyenneté de ses parents, ses antécédents de travail, ses études, ses plans concernant ses études futures, s'il avait reçu des prestations d'aide sociale, la relation qu'il entretenait avec son frère, la capacité qu'il avait de s'exprimer dans les langues parlées en Inde, de même que l'effet qu'aurait son renvoi sur lui ainsi que sur sa famille.

[33] L'avocate du ministre a soulevé un certain nombre de questions, comme les suivantes : ce qu'il ferait s'il était autorisé à rester au Canada, ses ambitions professionnelles futures, la gravité des infractions, ses remords concernant les voies de fait, les réactions de ses parents aux crimes commis, ainsi que la réaction de son frère.

[34] L'avocate du ministre déclare que, même si le demandeur a été mal représenté, les lacunes ont toutes été comblées par les questions que lui ont posées le tribunal et le représentant du ministre. À son avis, le demandeur n'a pas établi que l'on avait commis une erreur judiciaire équivalant à un manquement aux principes de justice naturelle.

[35] La lecture des notes sténographiques montre que l'avocate du ministre a décrit de manière exacte les sujets abordés dans les questions du tribunal et du représentant du ministre. Cependant, à mon avis, ces questions n'ont pas comblé les lacunes suivantes du consultant : 1) ne pas avoir préparé sa cause avec le demandeur et ses parents (il a conversé avec eux pendant moins d'une heure), 2) ne pas avoir traité, lors de l'interrogatoire principal, de tous les sujets pertinents avant que d'autres interrogent le demandeur, de façon à faire valoir ses meilleurs arguments avant que d'autres posent des questions, 3) ne pas avoir posé de questions complémentaires après celles du tribunal et celles du représentant du ministre afin de clarifier ou de souligner des réponses que le demandeur avait données et, en particulier, le rôle qu'il avait joué au cours de l'incident

serious the applicant would likely reoffend, and to conclude the need to protect Canadian society from his reoffending required his immediate removal from Canada without the possibility of a stay with conditions.

[36] Third, counsel for the Minister argued the lack of a psychological assessment on his likelihood to reoffend may not have been done by omission. She argued it was possible that a psychological assessment may not have assisted the applicant. In my view, her submission, on this point, is speculative.

[37] Fourth, she argues the fact that Mr. Vuppal did not appear for the June 6, 2006 hearing had no impact on the tribunal's decision because a reading of the transcript shows the purpose for the hearing was to discuss the applicant's sentencing and that the sentencing had not taken place by June 6, 2006. She adds, contrary to the applicant's assertion, that no substantive evidence was heard on June 6, 2006 and that after the sentencing decision had occurred, his consultant addressed the issue in written submissions.

[38] My reading of the transcript does not accord with that of counsel for the Minister. My view is that the applicant was prejudiced by Mr. Vuppal's absence because the June 6, 2006 transcript shows:

- The tribunal and the Minister's representative discussed whether at the February 2006 hearing both he and Mr. Vuppal had made oral submissions on the merits except for sentencing. The tribunal concluded, after discussion with the Minister's representative, that both of them had completed oral submissions except on sentencing;
- Whether counsel for the Minister had asked, at the February 2006 hearing, for dismissal of the applicant's appeal before he had the results of the sentencing on the aggravated assault charge. The tribunal concluded counsel for the Minister had asked for such a dismissal;

pour lequel il avait été condamné pour voies de fait graves, une condamnation si sérieuse, a conclu le tribunal, que le demandeur récidiverait probablement et que la nécessité de protéger la société canadienne contre ce fait nécessitait son renvoi immédiat du Canada sans la possibilité d'obtenir un sursis assorti de conditions.

[36] Troisièmement, l'avocate du ministre a fait valoir que ce n'est peut-être pas par omission qu'il n'y a pas eu d'évaluation psychologique de la probabilité de récidive. Selon elle, une telle évaluation n'aurait peut-être pas aidé la cause du demandeur. À mon avis, son argument sur ce point est conjectural.

[37] Quatrièmement, elle allègue que le fait que M. Vuppal ne se soit pas présenté à l'audience du 6 juin 2006 n'a eu aucune incidence sur la décision du tribunal, car il ressort des notes sténographiques que l'audience avait pour objet de discuter de la peine infligée au demandeur et que, le 6 juin 2006, cette peine n'avait pas été infligée. Elle ajoute que, contrairement à ce que le demandeur affirme, aucune preuve de fond n'a été entendue le 6 juin 2006 et que, après que le jugement sur peine a été prononcé, son consultant a traité de la question dans des observations écrites.

[38] Ma lecture des notes sténographiques ne concorde pas avec celle de l'avocate du ministre. Je suis d'avis que l'absence de M. Vuppal a porté préjudice au demandeur car, comme l'indiquent les notes sténographiques du 6 juin 2006 :

- le tribunal et le représentant du ministre ont discuté de la question de savoir si, à l'audience tenue en février 2006, le représentant et M. Vuppal avaient fait des observations orales sur le bien-fondé, sauf pour ce qui était de la peine. Après discussion avec le représentant du ministre, le tribunal a conclu que les deux avaient fait des observations de vive voix, sauf en ce qui concerne la peine;
- si l'avocat du ministre a demandé, à l'audience de février 2006, que l'appel du demandeur soit rejeté avant qu'il obtienne les résultats relatifs à la peine concernant l'accusation de voies de fait graves. Le tribunal a conclu que l'avocat du ministre avait demandé le rejet de l'appel;

- An exhibit (R-2) was entered on that day; and
- Whether oral submissions on sentencing should take place or whether written submissions might suffice was discussed.

[39] I conclude by finding the evidentiary record satisfies me the applicant's representative was incompetent in the handling of the applicant's appeal to the IAD and that there was a miscarriage of justice to the extent it could be said that the applicant had no meaningful hearing before the IAD which led to the dismissal of his appeal with the consequence that he could not remain in Canada under strict conditions of a stay. In my view, the consultant who represented him totally failed to lead any meaningful or persuasive evidence which might have convinced the tribunal, in its balancing of relevant factors, a stay was warranted.

[40] My reading of the jurisprudence suggests the case at hand is quite similar to Justice Denault's decision in *Shirwa v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 2 F.C. 51 (T.D.), where he set aside a decision by the Convention Refugee Determination Division on the grounds of negligent/incompetent representation by an immigration consultant. Other comparable cases are *Osagie v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 262 F.T.R. 112 (F.C.); *Gulishvili v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002), 47 Admin. L.R. (3d) 87 (F.C.T.D.); *Masood v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1224; and *Taher v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002), 45 Admin. L.R. (3d) 304 (F.C.T.D.).

#### Other issues

[41] Since I have decided that this judicial review application must be allowed and the matter sent back to a differently constituted tribunal, I need not and should not decide whether the tribunal erred on the merits of the applicant's appeal by giving undue weight to certain factors or by ignoring evidence.

- une pièce (R-2) a été introduite ce jour-là;
- s'il devait y avoir des observations de vive voix sur la peine ou si des observations écrites suffiraient.

[39] Je conclus en disant que le dossier de preuve me convainc que le représentant du demandeur a fait preuve d'incompétence dans la manière dont il s'est occupé de l'appel du demandeur devant la SAI et qu'il y a eu erreur judiciaire dans la mesure où l'on pourrait dire que le demandeur n'a pas eu droit à une véritable audience devant la SAI, ce qui a mené au rejet de son appel et l'a donc privé de la possibilité de rester au Canada grâce à un sursis assorti de conditions strictes. À mon avis, le consultant qui le représentait a entièrement omis de produire des preuves sérieuses ou convaincantes qui auraient pu persuader le tribunal, lorsqu'il a mis en balance les facteurs pertinents, qu'un sursis était justifié.

[40] Ma lecture de la jurisprudence donne à penser que la présente affaire est fort semblable à la décision qu'a rendue le juge Denault dans l'affaire *Shirwa c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 2 C.F. 51 (1<sup>re</sup> inst.), où il a annulé une décision de la Section du statut de réfugié pour cause de représentation incompétente ou négligente de la part d'un consultant en immigration. Il existe d'autres décisions comparables : *Osagie c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1368; *Gulishvili c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CFPI 1200; *Masood c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1224; et *Taher c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CFPI 991.

#### Autres questions

[41] Comme j'ai décidé qu'il convient d'accueillir la présente demande de contrôle judiciaire et de renvoyer l'affaire à un tribunal différemment constitué, il n'est pas nécessaire de décider si le tribunal a commis une erreur sur le fond de l'appel du demandeur en attachant une importance excessive à certains facteurs ou en faisant abstraction d'éléments de preuve.

[42] It is also unnecessary for me to decide whether the tribunal itself breached the principles of fairness.

#### JUDGMENT

THIS COURT ORDERS AND ADJUDGES that this judicial review application is allowed, the tribunal's decision is quashed and the applicant's appeal is remitted to a differently constituted tribunal of the IAD for reconsideration. No certified question was proposed.

[42] Il est en outre inutile de décider si le tribunal lui-même a manqué aux principes d'équité.

#### JUGEMENT

LA COUR STATUE que la présente demande de contrôle judiciaire est accueillie, la décision du tribunal annulée et l'appel du demandeur renvoyé à un tribunal différemment constitué de la SAI pour nouvel examen. Aucune question certifiée n'a été proposée.



# DIGESTS

*Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. A copy of the full text of any Federal Court of Appeal decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/index.html> and of any Federal Court decision may be accessed at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html>, or may be ordered from the central registry of the Federal Court of Appeal or Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.*

**\* The number of pages indicated at the end of each digest refers to the number of pages of the original reasons for order or reasons for judgment.**

---

## ABORIGINAL PEOPLES

Appeal from decision of Minister of Indian Affairs and Northern Development dated October 3, 2005, refusing, under s. 10(7) of *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, to give notice to Abenakis of Odanak that band would from now on have control of own membership, because majority of band electors not consulted—Interpretation of “majority of the electors of the band” in s. 10(1)—Not requiring application of absolute majority test (affirmative vote of majority of all band electors—Majority of those constituting quorum (first majority of electors) required (i.e. majority of majority)—Appeal allowed.

BAND COUNCIL OF THE ABENAKIS OF ODANAK V. CANADA (MINISTER OF INDIAN AFFAIRS AND NORTHERN DEVELOPMENT) (A-100-07, 2008 FCA 126, Desjardins J.A., judgment dated April 4, 2008, 22 pp.)

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

### IMMIGRATION PRACTICE

Appeal from Federal Court decision (2007 FC 675) setting aside Immigration Appeal Division (IAD) decision one of respondent’s children not “dependent child”—Trial Judge not conducting judicial review of IAD decision—Considering meaning of definition of dependent child instead of assessing facts of narrative of child in question—Evidence showing that, after reaching age of 22, child ceased attending academic institution before and after period of closure caused by civil war in Congo—Appeal allowed.

DIMONEKENE V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (A-359-07, 2008 FCA 102, Trudel J.A., judgment dated March 13, 2008, 4 pp.)

### JUDICIAL REVIEW

Judicial review of pre-removal risk assessment (PRRA) officer’s decision applicant not subject to risk of persecution, danger of torture, risk to life, cruel, unusual treatment or punishment if returned to Sri Lanka—PRRA officer considering, analyzing, without applicant’s knowledge, documents on country conditions released after applicant made PRRA submissions—Two documents provided update on conflict in Sri Lanka—Fairness dictating applicant be informed of any novel, significant information evidencing change in general country conditions—Although Federal Court recently deciding in *Simmasamy v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 67, PRRA officer can independently consult documents at issue without disclosure to claimant, judicial comity not applying because, contrary to situation in *Simmasamy*, applicant’s PRRA submissions made prior to release of updated country documents attesting to major changes—By failing to disclose documents, PRRA officer breached applicant’s right to procedural fairness, should have given notice thereof to applicant—Application allowed.

KUMARASAMY V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3574-07, 2008 FC 597, Mandamin J., judgment dated May 12, 2008, 10 pp.)

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded**

## STATUS IN CANADA

*Convention Refugees*

Judicial review challenging Refugee Protection Division's finding applicants not Convention refugees, persons in need of protection under *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA), ss. 96, 97—Male applicant, Guyanan, marrying female applicant, Chinese—Tribunal finding female applicant entitled to citizenship in Guyana because of spouse's citizenship in that country—Principle under IRPA, s. 96 requiring demonstration of well-founded fear of persecution in relation to each country of nationality extended to mean that if within applicant's control to acquire citizenship at time of hearing, then applicant must demonstrate well-founded fear of persecution in that country before claiming refugee status in Canada—Tribunal erring when, after recognizing authorities in Guyana not compelled on application to grant female applicant citizenship, opined how Minister in Guyana might exercise discretion conferred thereupon—Such circumstances not within applicant's control—Tribunal's finding male applicant not credible not sheltering it from making IRPA, s. 97 analysis—Male applicant fearing criminal acts, not falling within IRPA, s. 96 so s. 97 analysis needed—Also, level of tribunal's analysis of availability of state protection inadequate—Application allowed.

KHAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4202-07, 2008 FC 583, Lemieux J., judgment dated May 8, 2008, 12 pp.)

*Persons in Need of Protection*

Judicial review of decision by Refugee Protection Division (RPD) of Immigration and Refugee Board rejecting applicants' claims for protection on basis state protection available for claimants in Brazil—RPD also stating applicants lacked subjective fear because of delay in making claim—RPD not addressing whether legislative changes have resulted in meaningful protection for homosexuals in Brazil—Also not addressing contradictory evidence demonstrating state protection in Brazil inadequate—RPD misstated law when said claimants required to approach internal avenues of protection before seeking international protection—Analysis of state protection—RPD's state protection determination unreasonable—Conclusion applicants lacked subjective fear not based on evidence—Application allowed.

MELO V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-848-07, 2008 FC 150, Campbell J., order dated February 4, 2008, 9 pp.)

**CRIMINAL JUSTICE**

Judicial review of decision by Martin Lamontagne of Criminal Conviction Review Group no reasonable basis to conclude miscarriage of justice likely occurred in applicant's case—First judicial review of decision by Minister of Justice under *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 696.3—In criminal proceedings, Crown enjoying extensive discretionary powers, especially with respect to decision to commence criminal proceedings—Mr. Lamontagne's conclusion informant's identity irrelevant to issue of applicant's criminal liability not unreasonable—Application dismissed.

DAOULOV V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1249-07, 2008 FC 544, Frenette D.J., order dated April 29, 2008, 17 pp.)

**HEALTH AND WELFARE**

Attorney General of Quebec commencing action seeking declaratory judgment concerning Canada's refusal to share, under *Canada Assistance Plan*, R.S.C., 1985, c. C-1 (CAP), cost to Quebec of (1) services provided to juvenile delinquents, (2) social services provided in schools and (3) support services provided to adults with disability living in residential resources—Regarding services provided to juvenile delinquents (item 1), Parliament's intention in "youth" component of CAP clearly to target youth at risk rather than youth who might be in trouble with law—Moreover, Supreme Court has always refused to equate treatment methods, even those furthest removed from traditional punitive methods of criminal law, with child protection, welfare measures—Cost of services provided to juvenile delinquents therefore not within scope of CAP—This interpretation of CAP confirmed and reinforced, to some extent, by exclusions arising out of definitions of "home for special care" and "welfare services" in CAP, s. 2 under which correctional institutions and services not within scope of CAP—As well, ordinary meaning of term "correctional" going well beyond idea of punishment, and concept of "correctional institutions" has in fact been interpreted by courts as including institutions whose mandate is not (or not only) to punish but rather (or also) to rehabilitate and reform those staying there—Regarding social services provided in schools (item 2), such services also not "welfare services" for purposes of CAP—Evidence showing social services in schools designed to complement education, having nothing to do with CAP's anti-poverty objectives—Such services also expressly excluded from definition in s. 2 in that related wholly or mainly to education—By choosing

## HEALTH AND WELFARE—Concluded

word “education” in English version (“*enseignement*” in French), Parliament clearly opting for open-ended concept of education encompassing both idea of traditional learning and more open-ended idea involving broader vision based on complete development of child—This interpretation more consistent with framework of Act in which used—Regarding support services provided to adults with disability living in residential resources (item 3), coming into force of *Federal-Provincial Fiscal Arrangements and Established Programs Financing Act, 1977*, S.C. 1976-77, c. 10, changing rules for sharing of services provided to persons in need and adults with disability living in “homes for special care”, adding new financing method for, *inter alia*, “adult residential care service”—Concept of “institution” in *Federal-Provincial Fiscal Arrangements and Established Programs Financing Regulations, 1977*, SOR/78-587, s. 24(1) equated with definition of “home for special care” in *Canada Assistance Plan Regulations*, i.e. institution primary purpose of which is to provide residents thereof with supervisory, personal or nursing care or to rehabilitate them—Evidence showing services provided to persons with disability in residential resources much more similar to services described in 1977 Regulations, s. 24(2)(b) than to welfare services as defined in CAP, s. 2—Clear from reading CAP, 1977 Act and regulations thereunder that concepts of “home for special care” and “institution” referring to nature of services provided—Support services provided to adults with disability living in residential resources therefore covered by 1977 Act and excluded from CAP under s. 5(2)(c) (precluding sharing of costs that Canada required to share pursuant to any other Act of Parliament)—Action dismissed.

QUEBEC (ATTORNEY GENERAL) v. CANADA (T-2834-96, 2008 FC 713, de Montigny J., judgment dated June 6, 2008, 256 pp.)

## INCOME TAX

### INCOME CALCULATION

#### *Deductions*

Appeal from Tax Court of Canada decision (2006 TCC 638) allowing appeal by General Motors of Canada Ltd. (GM) from reassessment for 1996 taxation year, concluding GM entitled to deduct unexpended portion of Special Canadian Contingency Fund (SCCF) established between GM, bargaining agent—In F.C.A. decision pertaining to GM’s 1995 taxation year, unexpended portion found to be contingent liability (and thus not deductible) within meaning of *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 18(1)(e)—Dispute as to whether subsequently amended memorandum of understanding between GM, bargaining agent creating absolute liability—T.C.C. erred in finding amendment ambiguous, considering extrinsic evidence—T.C.C. failed to first determine whether amendment ambiguous in legal sense—As wording of amendment not ambiguous, T.C.C. could not consider extrinsic evidence—Unexpended portion of SCCF not deductible—Appeal allowed.

GENERAL MOTORS OF CANADA LTD. v. CANADA (A-605-06, 2008 FCA 142, Nadon J.A., judgment dated April 21, 2008, 25 pp.)

### PRACTICE

Appeal from Tax Court of Canada decision (2006 TCC 579) allowing taxpayer’s appeal against reassessment of income tax liability for 1997 taxation year—T.C.C. holding reassessment invalid as made beyond five-year limitation period prescribed by Art. XXVII(3) (Limitation Provision) of Treaty between Canada and Barbados—In August 2004, Minister including \$659,974 in income of taxpayer on basis such amount constituted previously unreported foreign accrual property income (FAPI) of taxpayer for taxation year, within meaning of *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 95(1)—FAPI provision stipulating Canada’s ability to tax FAPI inclusions in income of Canadian residents unfettered by any provision of Treaty—FAPI provision overriding limitation provision in respect of FAPI reassessment—Appeal allowed.

CANADA v. CANWEST MEDIWORKS INC. (A-524-06, 2008 FCA 5, Ryer J.A., judgment dated January 9, 2008, 7 pp.)

## INJUNCTIONS

Motion for interlocutory injunction prohibiting respondents from transferring detainees captured by Canadian Forces to Afghan authorities, or to custody of any other country, pending final disposition of application for judicial review—Transfer of detainees by Canadian Forces ceased at least temporarily—Applicants not demonstrating irreparable harm will likely result unless injunction granted given uncertainty surrounding future resumption of transfers—Evidence adduced by applicants creating serious concerns as to efficacy of safeguards put in place thus far to protect detainees transferred into custody of Afghan prison officials by Canadian Forces—Also unknown what safeguards to ensure detainees not exposed to substantial risk of torture will be implemented—Motion dismissed.

AMNESTY INTERNATIONAL CANADA v. CANADA (ARMED FORCES) (T-324-07, 2008 FC 162, MacTavish J., order dated February 7, 2008, 35 pp.)



**PRACTICE**

## CASE MANAGEMENT

Applicants seeking reversal of order in which evidence relating to invalidity submitted in prohibition proceeding under *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133—Present instance first time such reversal sought since issuance of Federal Court Practice Direction contemplating initial case management conference to discuss whether reversal appropriate—Reversal herein substantially narrowing issues on invalidity, number of experts—Thus offering substantial economies, including with respect to need for reply evidence—Reversal fair, resulting in trimmer, more expeditious proceeding—Motion granted.

LUNDBECK CANADA INC. v. RATIOPHARM INC. (T-414-08, 2008 FC 579, Aronovitch P., order dated May 6, 2008, 13 pp.)

## COSTS

Motion for interim, advanced costs order with respect to action commenced in 1985 pertaining to interference with plaintiffs' alleged Aboriginal right to fish through destruction of natural fishery—Requirements for such order (impecuniosity, merit, public interest, other relevant factors, special circumstances), set out by Supreme Court of Canada, considered, applied—Present instance one of those rare, exceptional cases where justice requiring plaintiffs benefit from some sort of interim costs order—Parties asked to submit joint or opposing proposals of such order—Motion granted.

HAGWILGET INDIAN BAND v. CANADA (MINISTER OF INDIAN AFFAIRS AND NORTHERN DEVELOPMENT) (T-363-85, 2008 FC 574, Hugessen J., order dated May 2, 2008, 20 pp.)

Appellant's appeal from reassessment for 1986 taxation year allowed with costs on February 10, 2000—Subsequent motion for order directing costs be assessed on solicitor-client basis, or at double maximum of Column V costs, dismissed—However, that decision not addressing whether *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50, s. 32 (prescription and limitation of actions) barring appellant from proceeding with assessment of costs—Appellant took steps within six years from date of judgment to quantify award of costs via assessment—Assessment could therefore proceed—In any event, "cause of action" in Act, s. 32 contemplating action, appeal, not interlocutory process within each—Process of quantification of award of costs incidental to judgment, therefore interlocutory—As such, Act, s. 32 limitation not applicable to assessment of costs.

URBANDALE REALTY CORP. v. CANADA (A-449-97, 2008 FCA 167, Stinson A.O., assessment dated June 6, 2008, 15 pp.)

## PRELIMINARY DETERMINATION OF QUESTION OF LAW

Motion for order precluding appellants from raising certain constitutional questions unless first serving notice of constitutional question in accordance with *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 57 (Act)—Motion arising in appeal from Federal Court decision (2007 FC 955) in which decisions, administrative action regarding environmental assessment of proposed mining operation in northern British Columbia challenged on judicial review—Notice not required in present case since appellants relying on constitutional limits of Parliament's powers as reason for adopting narrow rather than broad interpretation of ambiguous word "project" in *Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37, ss. 18, 21—Presumption of constitutional consistency being employed as interpretative tool, not remedy to reduce constitutionally permitted scope of legislation—Because of difficulty in practice to discern line between using constitutional consistency as interpretative tool, to support "reading down" remedy, open to panel hearing appeal to conclude constitutional division of powers being used to read down meaning of "project"; that in absence of Act, s. 57 notice, Court cannot entertain argument—Motion dismissed.

MININGWATCH CANADA v. CANADA (MINISTER OF FISHERIES AND OCEANS) (A-478-07, 2008 FCA 166, Evans J.A., order dated May 1, 2008, 6 pp.)

# FICHES ANALYTIQUES

*Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour fédérale ou le commander au bureau central du greffe de la Cour d'appel fédérale ou de la Cour fédérale à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.*

**\* Le nombre de pages indiqué à la fin de chaque fiche analytique correspond au nombre de pages des motifs d'ordonnance ou de jugement originaux.**

---

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

### CONTRÔLE JUDICIAIRE

Contrôle judiciaire de la décision de l'agent d'examen des risques avant renvoi (ERAR) portant que le demandeur ne serait pas exposé à un risque de persécution, à un risque de torture, à une menace à sa vie ou à un risque de traitements ou peines cruels et inusités s'il était renvoyé au Sri Lanka—L'agent d'ERAR a tenu compte, à l'insu du demandeur, de documents sur la situation dans le pays en cause publiés après le dépôt des observations du demandeur dans le cadre de l'ERAR et les a analysés—Les deux documents prévoyaient un compte rendu sur le conflit au Sri Lanka—Le principe d'équité dicte que le demandeur doit être avisé des nouveaux renseignements importants qui font état de changements dans la situation générale dans le pays en cause—Bien que la Cour fédérale ait récemment déclaré dans l'affaire *Sinnasamy c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 67, que l'agent d'ERAR peut consulter indépendamment des documents en cause sans les communiquer au demandeur, la courtoisie judiciaire ne s'applique pas parce que, contrairement à la situation dans *Sinnasamy*, les observations du demandeur dans le cadre de l'ERAR ont été faites avant la diffusion des documents à jour sur la situation dans le pays en cause qui faisaient état de changements importants—En ne communiquant pas les documents, l'agent d'ERAR a enfreint le droit du demandeur à l'équité procédurale et il aurait dû transmettre un avis au demandeur—Demande accueillie.

KUMARASAMY C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3574-07, 2008 CF 597, juge Mandamin, jugement en date du 12 mai 2008, 10 p.)

### PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Appel d'une décision de la Cour fédérale (2007 CF 675) annulant une décision de la Section d'appel de l'immigration (SAI) portant que à l'un des enfants de l'intimée n'était pas un « enfant à charge »—Le juge de première instance n'a pas procédé à la révision judiciaire de la décision de la SAI, s'arrêtant au sens à donner au texte de la définition d'enfant à charge plutôt qu'à l'appréciation des faits propres au récit de l'enfant en question—La preuve révélait qu'après avoir atteint l'âge de 22 ans, cet enfant avait cessé de fréquenter un établissement d'enseignement autant avant qu'après la période de fermeture due à la guerre civile au Congo—Appel accueilli.

DIMONEKENE C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (A-359-07, 2008 CAF 102, juge Trudel, J.C.A., jugement en date du 13 mars 2008, 4 p.)

### STATUT AU CANADA

#### *Personnes à protéger*

Contrôle judiciaire de la décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié rejetant la demande d'asile des demandeurs au motif qu'ils pouvaient se réclamer de la protection de l'État au Brésil—La SPR a aussi déclaré que les demandeurs n'avaient pas de crainte subjective parce qu'ils ont tardé à présenter leur

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin**

demande—La SPR ne s’est pas penchée sur la question de savoir si les modifications apportées à la loi ont donné lieu à une protection significative pour les homosexuels au Brésil—De même, elle n’a pas pris en compte la preuve contradictoire qui démontre que la protection de l’État au Brésil est insuffisante—La SPR a fait une interprétation erronée du droit lorsqu’elle a déclaré que les demandeurs étaient tenus d’explorer les avenues internes de protection avant de se réclamer de la protection internationale—Analyse de la protection de l’État—La décision de la SPR relative à la protection de l’État était déraisonnable—La conclusion selon laquelle les demandeurs n’avaient pas de crainte subjective ne reposait pas sur des éléments de preuve—Demande accueillie.

MELO C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L’IMMIGRATION) (IMM-848-07, 2008 CF 150, juge Campbell, ordonnance en date du 4 février 2008, 9 p.)

*Réfugiés au sens de la Convention*

Contrôle judiciaire contestant la décision de la Section de la protection des réfugiés portant que les demandeurs n’avaient pas qualité de réfugiés au sens de la Convention ni de personnes à protéger au sens des art. 96 et 97 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR)—Le demandeur, un Guyanien, a épousé la demanderesse, une Chinoise—Le tribunal a statué que la demanderesse avait droit à la citoyenneté du Guyana parce que son conjoint était citoyen de ce pays—Le principe qui sous-tend l’art. 96 de la LIPR, qui précise qu’un demandeur doit démontrer une crainte fondée de persécution dans chacun des pays dont il a la citoyenneté, a été élargi de sorte que si le demandeur a le droit d’acquérir la citoyenneté d’un pays déterminé au moment de l’audience, il doit alors démontrer qu’il craint avec raison d’être persécuté dans ce pays avant de pouvoir demander l’asile au Canada—Le tribunal a commis une erreur lorsque, après avoir reconnu que les autorités du Guyana n’étaient pas contraintes d’accorder la citoyenneté à la demanderesse, il a émis un avis quant à la façon dont le ministre du Guyana pourrait exercer le pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré—Ces circonstances sont indépendantes de la volonté du demandeur—La conclusion du tribunal selon laquelle le demandeur n’était pas crédible ne le met pas à l’abri de l’analyse prévue à l’art. 97 de la LIPR—Le demandeur craignait des actes criminels, qui ne relevaient pas de l’art. 96 de la LIPR et l’analyse prévue à l’art. 97 était donc nécessaire—De même, le niveau de l’analyse du tribunal quant à la disponibilité de la protection de l’État n’était pas suffisant—Demande accueillie.

KHAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L’IMMIGRATION) (IMM-4202-07, 2008 CF 583, juge Lemieux, jugement en date du 8 mai 2008, 12 p.)

**IMPÔT SUR LE REVENU**

## CALCUL DU REVENU

*Déductions*

Appel de la décision de la Cour canadienne de l’impôt (2006 CCI 638) accueillant l’appel interjeté par General Motors du Canada Ltée (GM) à l’encontre de la nouvelle cotisation établie pour l’année d’imposition 1996 et statuant que GM avait le droit de déduire les fonds excédentaires du fonds spécial canadien de prévoyance (le fonds de prévoyance) instauré entre GM et l’agent négociateur—La C.A.F. a déclaré, dans sa décision visant l’année d’imposition 1995 de GM, que les fonds excédentaires constituaient une obligation éventuelle (et qu’ils n’étaient donc pas déductibles) au sens de l’art. 18(1)e) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1—Différend quant à la question de savoir si le protocole d’accord entre GM et l’agent négociateur modifié par la suite crée une responsabilité absolue—La C.C.I. a commis une erreur en concluant que la modification était ambiguë et en tenant compte d’éléments de preuve extrinsèque—La C.C.I. n’a pas d’abord établi si la modification était ambiguë au sens juridique du terme—Comme le libellé de la modification n’était pas d’abord ambiguë, la C.C.I. ne pouvait prendre de preuve extrinsèque en considération—Les fonds excédentaires du fonds de prévoyance n’étaient pas déductibles—Appel accueilli.

GENERAL MOTORS DU CANADA LTÉE C. CANADA (A-605-06, 2008 CAF 142, juge Nadon, J.C.A., jugement en date du 21 avril 2008, 25 p.)

**IMPÔT SUR LE REVENU—Fin**

## PRATIQUE

Appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (2006 CCI 579) accueillant l'appel interjeté par le contribuable à l'encontre d'une nouvelle cotisation d'impôt pour l'année d'imposition 1997—La C.C.I. a statué que la nouvelle cotisation était invalide parce qu'elle a été établie après l'expiration du délai de prescription de cinq ans prévu à l'art. XXVII(3) (la disposition relative au délai de prescription) de l'Accord entre le Canada et la Barbade—En août 2004, le ministre a ajouté 659 974 \$ au revenu du contribuable au motif que cette somme constituait un revenu étranger accumulé, tiré de biens (REATB), au sens de l'art. 95(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, qui n'avait pas antérieurement été déclaré par le contribuable pour l'année d'imposition—La disposition sur le REATB précise qu'aucune disposition de l'Accord n'entrave la capacité du Canada d'ajouter le REATB au revenu de résidents canadiens—La disposition sur le REATB l'emporte sur la disposition relative au délai de prescription applicable à la nouvelle cotisation établie relativement au REATB—Appel accueilli.

CANADA C. CANWEST MEDIAWORKS INC. (A-524-06, 2008 CAF 5, juge Ryer, J.C.A., jugement en date du 9 janvier 2008, 7 p.)

**INJONCTIONS**

Requête en injonction interlocutoire visant à interdire aux intimés de transférer des détenus capturés par les Forces canadiennes aux autorités afghanes ou à un autre pays en attendant qu'une décision définitive soit rendue quant à la demande de contrôle judiciaire—Le transfert de détenus par les Forces canadiennes a cessé, du moins temporairement—Les demanderessees n'ont pas démontré qu'un préjudice irréparable résultera vraisemblablement à moins qu'une injonction soit accordée en raison de l'incertitude entourant la reprise future des transferts—La preuve produite par les demanderessees a soulevé de graves préoccupations concernant l'efficacité des mesures de sauvegarde mises en place jusqu'à maintenant pour protéger les détenus que les Forces canadiennes ont transférés aux autorités carcérales afghanes—On ignore aussi quelles mesures de sauvegarde seront instaurées pour veiller à ce que les détenus ne soient pas exposés à un risque sérieux de torture—Requête rejetée.

AMNISTIE INTERNATIONALE CANADA C. CANADA (FORCES ARMÉES) (T-324-07, 2008 CF 162, juge MacTavish, ordonnance en date du 7 février 2008, 35 p.)

**JUSTICE CRIMINELLE ET PÉNALE**

Contrôle judiciaire d'une décision de M<sup>e</sup> Martin Lamontagne du Groupe de révision des condamnations criminelles, qui conclut qu'il n'existait pas de motifs raisonnables de conclure qu'une erreur judiciaire s'est probablement produite dans le dossier du demandeur—C'est le premier contrôle judiciaire d'une décision du ministre de la Justice en vertu de l'art. 696.3 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46—Dans la conduite des affaires criminelles, le ministère public bénéficie d'un large pouvoir discrétionnaire, surtout quant à la décision d'instituer des poursuites criminelles—La conclusion de M<sup>e</sup> Lamontagne selon laquelle, peu importe l'identité de l'informateur, cette information n'est pas pertinente quant à la responsabilité criminelle du demandeur, n'était pas déraisonnable—Demande rejetée.

DAOULOV C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1249-07, 2008 CF 544, juge suppléant Frenette, ordonnance en date du 29 avril 2008, 17 p.)

**PEUPLES AUTOCHTONES**

Appel de la décision du ministre des Affaires indiennes et du Nord en date du 3 octobre 2005 refusant, en vertu de l'art. 10(7) de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, d'aviser la bande des Abénakis d'Odanak qu'elle pouvait décider désormais de l'appartenance à ses effectifs, au motif que la majorité des électeurs de la bande n'avait pas été consultée—Interprétation des termes « majorité [des] électeurs [de la bande] » à l'art. 10—L'art 10 n'exige pas l'application du critère de la majorité absolue (le vote affirmatif de la majorité de tous les électeurs de la bande)—La majorité requise est celle de la majorité de la majorité c.-à.-d. la majorité de ceux qui constituent le quorum, qui est composé de la première majorité des électeurs—Appel accueilli.

CONSEIL DE BANDE DES ABÉNAKIS D'ODANAK C. CANADA (MINISTRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD) (A-100-07, 2008 CAF 126, juge Desjardins, J.C.A., jugement en date du 4 avril 2008, 22 p.)

**PRATIQUE**

## DÉCISION PRÉLIMINAIRE SUR UN POINT DE DROIT

Requête en vue d'obtenir une ordonnance empêchant les appelants de soulever certaines questions constitutionnelles avant d'avoir d'abord signifié un avis d'une question constitutionnelle conformément à l'art. 57 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7—La requête survient dans le cadre de l'appel interjeté à l'encontre de la décision de la Cour fédérale (2007 CF 955) où des décisions et une mesure administrative relatives à l'évaluation environnementale de l'exploitation minière proposée dans le nord de la Colombie-Britannique ont été contestées dans le cadre d'un contrôle judiciaire—L'avis n'était pas requis en l'espèce parce que les appelants ont invoqué les limites constitutionnelles des pouvoirs du législateur comme motif pour adopter une interprétation étroite plutôt que large du terme « projet », qui est ambigu, aux art. 18 et 21 de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, L.C. 1992, ch. 37—La présomption de la cohérence constitutionnelle est utilisée comme outil d'interprétation, pas comme recours pour restreindre le champ constitutionnellement permis de la législation—Comme il est difficile dans la pratique d'opérer une distinction entre la cohérence constitutionnelle comme outil d'interprétation et pour étayer la réparation de « l'interprétation atténuée », il est loisible au tribunal qui entend l'appel de conclure que la répartition constitutionnelle des compétences est utilisée pour atténuer l'interprétation du terme « projet » et qu'en l'absence de l'avis prévu à l'art. 57 de la Loi, la Cour ne peut pas recevoir l'argument—Requête rejetée.

MINES ALERTE CANADA C. CANADA (MINISTRE DES PÊCHES ET DES OCÉANS) (A-478-07, 2008 CAF 166, juge Evans, J.C.A., ordonnance en date du 1<sup>er</sup> mai 2008, 6 p.)

## FRAIS ET DÉPENS

Requête en vue d'obtenir une ordonnance provisoire ou une provision pour frais relativement à une action intentée en 1985 pour entrave aux prétendus droits de pêche ancestraux des demandeurs par suite de la destruction d'une pêcherie naturelle—Examen et application des conditions énoncées par la Cour suprême du Canada à l'égard d'une telle ordonnance (le manque de ressources nécessaires, une cause qui vaut d'être instruite, l'intérêt public, d'autres facteurs pertinents et des circonstances spéciales)—La présente instance est l'un des rares cas exceptionnels où la justice exige que les demandeurs bénéficient d'une provision quelconque pour frais—Les parties ont été priées de soumettre des propositions conjointes ou adverses à cet égard—Requête accueillie.

BANDE INDIENNE HAGWILGET C. CANADA (MINISTRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN) (T-363-85, 2008 CF 574, juge Hugessen, ordonnance en date du 2 mai 2008, 20 p.)

L'appel que l'appelante a interjeté à l'encontre de la nouvelle cotisation établie relativement à l'année d'imposition 1986 a été accueilli avec dépens le 10 février 2000—La requête déposée ultérieurement en vue d'obtenir une ordonnance ordonnant que les dépens soient déterminés sur une base avocat-client ou fixés au double des dépens maximaux prévus à la colonne V a été rejetée—Cependant, cette décision ne traitait pas de la question de savoir si l'art. 32 (prescription) de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50, empêche l'appelante de procéder à la taxation des dépens—L'appelante a pris des mesures dans les six années de la date du jugement pour déterminer le montant des dépens au moyen de la taxation—La taxation pouvait donc avoir lieu—Quoiqu'il en soit, le « fait générateur » dont il est question à l'art. 32 de la Loi vise l'action ou l'appel, pas le processus interlocutoire compris dans ceux-ci—Le processus de détermination des dépens adjugés est accessoire au jugement et est donc interlocutoire—En tant que telle, la restriction prévue à l'art. 32 de la Loi ne s'applique pas à la taxation des dépens.

URBANDALE REALTY CORP. C. CANADA (A-449-97, 2008 CAF 167, officier taxateur Stinson, taxation en date du 6 juin 2008, 15 p.)

## GESTION DES INSTANCES

Les demanderesses demandaient que soit inversé l'ordre de présentation de la preuve relative à l'invalidité dans le cadre d'une procédure de prohibition intentée en vertu du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133—Il s'agissait de la première fois où une partie demandait une telle inversion depuis la mise en œuvre de l'instruction relative à la pratique de la Cour fédérale prévoyant une conférence initiale de gestion de l'instance pour traiter de la question de savoir s'il convient d'inverser l'ordre de présentation de la preuve—En l'espèce, l'inversion limitait considérablement les questions relatives

**PRATIQUE—Fin**

à l'invalidité et le nombre d'experts—L'inversion présentait donc des économies importantes, y compris quant au besoin de produire une contre-preuve—L'inversion était juste et donnait lieu à une procédure simplifiée et plus rapide—Requête accueillie.

LUNDBECK CANADA INC. C. RATIOPHARM INC. (T-414-08, 2008 CF 579, protonotaire Aronovitch, ordonnance en date du 6 mai 2008, 13 p.)

**SANTÉ ET BIEN-ÊTRE SOCIAL**

Action intentée par le procureur général du Québec visant à obtenir un jugement déclaratoire se rapportant au refus du Canada de partager, en vertu du *Régime d'assistance publique du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-1 (le RAPC), les frais encourus par le Québec pour 1) les services dispensés aux jeunes délinquants, 2) les services sociaux dispensés en milieu scolaire, et 3) les services de soutien dispensés aux personnes handicapées adultes vivant en ressources résidentielles—Par rapport aux services dispensés aux jeunes délinquants (point 1), la volonté du Parlement dans le volet « jeunesse » du RAPC était clairement de cibler les jeunes en besoin de protection, par opposition aux jeunes pouvant avoir des démêlés avec la loi—D'ailleurs, la Cour suprême a toujours refusé d'assimiler les méthodes de traitement, même les plus éloignées des méthodes punitives traditionnelles propres au droit criminel, à des mesures de protection ou de bien-être à l'enfance—Les coûts afférents aux services rendus aux jeunes délinquants n'entrent donc pas dans le champ d'application du RAPC—Cette lecture du RAPC se trouve en quelque sorte confirmée et renforcée par les exclusions découlant des définitions de « foyers de soins spéciaux » et de « services de protection sociale » à l'art. 2 du RAPC, en vertu desquelles les établissements correctionnels et les services de nature correctionnelle n'entrent pas dans le champ d'application de celui-ci—De plus, le sens courant du terme « correctionnel » déborde largement l'idée de punir, et la notion d' « établissements correctionnels » a effectivement été interprétée par les tribunaux comme comprenant des établissements dont le mandat n'est pas (ou n'est pas seulement), de punir, mais plutôt (ou également) de réhabiliter ou encore de réformer ceux qui y séjournent—En ce qui concerne les services sociaux dispensés en milieu scolaire (point 2), ils ne sont pas non plus des « services de protection sociale » pour les fins du RAPC—La preuve a démontré que les services sociaux scolaires ont été conçus comme un service complémentaire à l'éducation, et n'ont rien à voir avec les objectifs de lutte contre la pauvreté du RAPC—Ces services sont d'ailleurs expressément exclus de la définition à l'art. 2 dans la mesure où ils concernent uniquement ou principalement l'enseignement—En choisissant le mot « *education* » dans la version anglaise (en français, le mot utilisé est « enseignement »), le législateur fédéral a clairement opté pour une conception ouverte de l'enseignement, qui englobe à la fois l'idée de l'apprentissage scolaire traditionnel et celle, plus ouverte, qui réfère à une vision plus large axée sur le développement complet de l'enfant—Cette interprétation s'accorde mieux avec le cadre de la loi dans lequel elle est utilisée—Quant aux services de soutien dispensés aux personnes handicapées adultes vivant en ressources résidentielles (point 3), l'entrée en vigueur de la *Loi de 1977 sur les accords fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces sur le financement des programmes établis*, S.C. 1976-77, ch. 10 est venue modifier les règles de partage des services dispensés aux personnes nécessiteuses et handicapées adultes vivant dans des « foyers de soins spéciaux » et a ajouté un nouveau mode de financement pour, entre autres, les « soins en établissement pour adultes »—La notion d' « établissement » est assimilée à l'art. 24(1) du *Règlement de 1977 sur les accords fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces sur le financement des programmes établis*, DORS/78-587 à la définition d'un foyer de soins spéciaux que l'on trouve dans le *Règlement d'assistance publique du Canada*, c.-à-d. un « établissement dont le principal objet est de fournir à ses résidents des soins personnels, infirmiers ou de réadaptation »—La preuve a révélé que les services offerts aux personnes handicapées en ressources résidentielles s'apparentent beaucoup plus aux services décrits à l'art. 24(2)b) du Règlement de 1977 qu'à des services de protection sociale tels que définis à l'art. 2 du RAPC—Il est clair à la lecture du RAPC, de la Loi de 1977 et de leurs règlements d'application que les notions de « foyer de soins spéciaux » et d' « établissement » renvoient à la nature des services dispensés—Les services de soutien dispensés aux personnes handicapées adultes vivant en ressources résidentielles étaient donc couverts par la Loi de 1977, et se trouvaient exclus du RAPC en vertu de l'art. 5(2)c) du RAPC, qui exclut du partage des coûts les frais que le Canada est tenu de partager en conformité avec une autre loi fédérale—Action rejetée.

QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. CANADA (T-2834-96, 2008 CF 713, juge de Montigny, jugement en date du 6 juin 2008, 256 p.)

