



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2015, Vol. 1, Part 2

2015, Vol. 1, 2^e fascicule

Cited as [2015] 1 F.C.R., 241–403

Renvoi [2015] 1 R.C.F., 241–403

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

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

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

DOUGLAS H. MATHEW, Thorsteinssons LLP

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

LORNE WALDMAN, Waldman & Associates

LEGAL EDITORS

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

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

PRODUCTION STAFF

Production and Publication Manager

LINDA BRUNET

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY

NATHALIE LALONDE

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

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2015.

Cat. No. JU1-2-1-PDF
ISSN 1714-373X

The following added value features in the Federal Courts Reports are protected by Crown copyright: captions and headnotes, all tables and lists of statutes and regulations, cases, authors, as well as the history of the case.

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

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

ARRÊTISTES

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

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

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication

LINDA BRUNET

Attachées de recherche juridique

LYNNE LEMAY

NATHALIE LALONDE

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

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2015.

N° de cat. JU1-2-1-PDF
ISSN 1714-373X

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.

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

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

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

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

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

Tous les jugements publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales* peuvent être consultés sur Internet au site Web suivant : <http://reports.cmf-fja.gc.ca/fra/>

CONTENTS

Judgments 241–403

B006 v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.) 241

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible Persons—Judicial reviews of Immigration and Refugee Board of Canada, Immigration Division decisions (1) issuing deportation order (July 5, 2012 decision); (2) determining that conduct of Minister of Public Safety (Minister) not abuse of process, refusing to stay admissibility proceedings, to exclude interview notes of Canadian Border Services Agency (CBSA) officer (November 30, 2011 decision)—Applicant, Tamil from Sri Lanka, applying for refugee status after arriving in Canada on *MV Sun Sea*—Working in ship's engine room during voyage—Minister alleging applicant crew member, inadmissible on grounds of organized criminality under *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 37(1)(b)—Applicant alleging rights breached by Minister for three reasons: Minister relying on interviews from unnamed people; Minister not providing full disclosure of interviews; CBSA Officer engaging in abusive interview tactics—Board finding stay of proceedings not justified—Applying abuse of process test; finding that notes not prejudicial to applicant—Concluding definition of people smuggling under s. 37(1)(b) guided by Act, s. 117—Applying *Perka et al. v. The Queen*, rejecting applicant's submission acted under duress—Finding all elements of definition of people smuggling met, applicant engaged in people smuggling—Whether Board erring in finding that stay of proceedings not justified; whether Board's inadmissibility finding reasonable—Board not erring in articulating test for abuse of process—Considering integrity of justice system—Reasonably concluding stay of proceedings not justified, notes not to be excluded—Board not erring in relying on s. 117—Concerns about overbreadth already addressed by Federal Court of Appeal—Reasonable for Board

Continued on next page

SOMMAIRE

Jugements 241–403

B006 c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.) 241

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes interdites de territoire—Contrôles judiciaires à l'encontre de décisions de la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié 1) qui a pris des mesures de renvoi contre le demandeur (décision du 5 juillet 2012); et 2) qui a déterminé que les agissements du ministre de la Sécurité publique (le ministre) ne constituaient pas un abus de procédure, refusant de suspendre l'enquête et, à titre subsidiaire, d'exclure les notes d'entrevue prises par un agent de l'Agence des services frontaliers du Canada (l'ASFC) (décision du 30 novembre 2011)—Le demandeur, un Tamoul du Sri Lanka, a fait une demande d'asile après être arrivé au Canada à bord du *MS Sun Sea*—Il a travaillé à la salle des machines du navire pendant le voyage—Le ministre a allégué que le demandeur était un membre de l'équipage et qu'il était interdit de territoire pour criminalité organisée au sens de l'art. 37(1)(b) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*—Le demandeur a allégué que le ministre avait violé ses droits pour trois raisons : le ministre s'était fondé sur des entrevues menées auprès de personnes dont l'identité n'avait pas été divulguée; le ministre n'avait pas communiqué intégralement le contenu des entrevues en question; l'agent de l'ASFC avait utilisé des techniques d'entrevue abusives—La Commission a conclu que la suspension d'instance n'était pas justifiée—Elle a appliqué le critère de l'abus de procédure et a conclu que les notes ne causeraient aucun préjudice au demandeur—La Commission a conclu que la définition de l'expression « passage de clandestins » en vertu de l'art. 37(1)(b) devait s'inspirer de l'art. 117 de la *Loi*—La Commission a appliqué l'arrêt *Perka et al. c. La Reine* et a rejeté l'argument du demandeur suivant lequel il avait agi sous la contrainte

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

to find applicant having requisite knowledge that passengers traveling without documents—Board therefore having reasonable grounds to believe applicant engaged in people smuggling—Ability to raise relevant factors, including those related to duress, in application for ministerial relief not preventing applicant from raising duress in determination of inadmissibility—Case law focussing on Criminal Code statutory defence of duress or common law defence may be adapted, applied herein—Board erring in rigid adherence to principles articulated in *Perka*—Board focusing only on first element of test in *Perka*—Proportionality element not considered—Application for judicial review of November 30, 2011 decision dismissed; application for judicial review of July 5, 2012 decision allowed.

Hyundai Heavy Industries Co., Ltd. v. Abb Inc. (F.C.A.) 389

Anti-dumping—Judicial review pursuant to *Special Import Measures Act*, s. 96.1 of Canada Border Services Agency (CBSA) decision making final determination of dumping under Act, s. 41(1)(a) in relation to certain power transformers originating in or exported from Republic of Korea—One applicant (Hyundai Heavy Industries Co., Ltd (HHI)) producing, selling power transformers in Korea; also exporting said goods to Canada—Since normal value of transformers could not be determined under Act, s. 15, normal value herein determined under s. 19(b)—As to export price, CBSA finding that export price determined under Act, s. 24 unreliable; therefore applying provisions of s. 25(1)(d) to calculate price—Main issue herein related to determination of export price

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

—La Commission a conclu que tous les éléments de la définition de « passage de clandestins » étaient réunis et que le demandeur s'était livré au passage de clandestins—Il s'agissait de savoir si la Commission a commis une erreur en concluant qu'une suspension de l'instance n'était pas justifiée et si l'interdiction de territoire prononcée par la Commission était raisonnable—La Commission n'a pas commis une erreur en énonçant le critère de l'abus de procédure—La Commission a tenu compte de la question de l'intégrité du système de justice—La Commission a conclu de façon raisonnable que la suspension de l'instance n'était pas justifiée et que les notes prises ne devaient pas être exclues—La Commission n'a pas commis d'erreur de droit en se fondant sur l'art. 117—La Cour d'appel fédérale s'est déjà penchée sur les préoccupations exprimées au sujet de la portée excessive—La Commission a raisonnablement conclu que le demandeur avait la connaissance requise du fait que les autres passagers n'étaient pas munis de documents—La Commission avait par conséquent des motifs raisonnables de croire que le demandeur s'était livré au passage de clandestins—La capacité de soulever des facteurs pertinents, y compris ceux se rapportant à la contrainte, dans le cas d'une demande de dispense ministérielle n'empêche pas le demandeur d'invoquer la contrainte lorsqu'il s'agit de se prononcer sur son interdiction de territoire—On peut adapter les principes énoncés dans la jurisprudence axée sur le moyen de défense légal de la contrainte ou sur le moyen de défense prévu par la common law et les appliquer à l'espèce—La Commission a commis une erreur en adhérant strictement aux principes articulés dans l'arrêt *Perka*—La Commission s'en est tenue au premier élément de l'arrêt *Perka*—Le critère de proportionnalité n'a pas été pris en compte—Demande de contrôle judiciaire à l'encontre de la décision du 30 novembre 2011 rejetée; demande de contrôle judiciaire à l'encontre de la décision du 5 juillet 2012 accueillie.

Hyundai Heavy Industries Co., Ltd. c. Abb Inc. (C.A.F.) 389

Antidumping—Contrôle judiciaire conformément à l'art. 96.1 de la *Loi sur les mesures spéciales d'importation* d'une décision de l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) dans le cadre de laquelle elle rendait une décision définitive de dumping en vertu de l'art. 41(1)a) de la Loi concernant certains transformateurs de puissance originaires ou exportés de la République de Corée—Une des demanderesse (Hyundai Heavy Industries Co., Ltd (HHI)) produit et vend des transformateurs de puissance en République de Corée et en exporte au Canada—Comme il n'était pas possible de déterminer les valeurs normales des transformateurs conformément à l'art. 15 de la Loi, les valeurs normales devaient être établies conformément à l'art. 19b)—Quant au prix à l'exportation, l'ASFC

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

of power transformers by CBSA—Only item in dispute in present case being amount determined for profit for purposes of Act, s. 25(1)(d)(i)—*Special Import Measures Regulations* setting out directions to assist in determining amount for profit—CBSA having difficulty in obtaining information regarding amount to be used for profit of importer of power transformers; using profit amounts of manufacturer, manufacturer/importer—Applicants submitting amount of profit of two complainants (ABB Inc., CG Power Systems of Canada Inc.) having to be adjusted to factor in both manufacturing, selling operations thereof—In present case, normal value under Act, 19(b) calculated by adding to cost of production for HHI, Ltd certain amounts, including reasonable amount for profit, thereby increasing normal value—Amount for profit attributable to manufacturing function actually counted twice—once in calculating normal value for HHI, Ltd, again in determining export price for other applicant (Hyundai Canada Inc.)—No indication adjustment made to amount for profit of two complainants before respective amounts for profit used to determine export price for Hyundai Canada Inc.—No rationale provided explaining why no adjustment made—Not reasonable or correct here to both increase normal value by including amount for profit attributable to manufacturing function, decrease export price by deducting amount for profit attributable to manufacturing function—Application allowed.

Kanhasamy v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.A.) 335

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Permanent Residents—Appeal from Federal Court decision dismissing judicial review of respondent’s denial of appellant’s application for humanitarian and compassionate relief under *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 25(1)—Appellant, Sri Lankan Tamil, failed refugee claimant whose application under s. 25 also rejected—Officer rendering decision interpreting s. 25 as requiring appellant to show he would personally, directly suffer unusual, undeserved, or disproportionate hardship if returned to Sri Lanka—Federal Court confirming decision, certifying question as to nature of risk, if any, to be assessed with respect to humanitarian, compassionate considerations pursuant to Act, s. 25—What is

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

a déterminé en vertu de l’art. 24 de la Loi qu’il était sujet à caution, et il a en conséquence appliqué les dispositions de l’art. 25(1)d) de la Loi pour le calculer—La question principale à trancher dans le cadre de la présente demande concernait la détermination du prix à l’exportation des transformateurs de puissance par l’ASFC—Le seul point en litige en l’espèce concernait le montant établi au titre des bénéfices pour l’application de l’art. 25(1)d)(i) de la Loi—*Le Règlement sur les mesures spéciales d’importation* contient des instructions pour déterminer le montant des bénéfices—L’ASFC a eu du mal à obtenir des renseignements se rapportant aux montants destinés au calcul des bénéfices de l’importateur de transformateurs de puissance et a utilisé les bénéfices réalisés par le fabricant et le fabricant/importateur—Les demanderesse ont soutenu que les bénéfices réalisés par deux plaignantes (ABB Inc. et CG Power Systems of Canada Inc.) auraient dû être rectifiés pour tenir compte des opérations de fabrication et de vente de celles-ci—En l’espèce, la valeur normale aux termes de l’art. 19b) de la Loi a été calculée en ajoutant au coût de production de HHI certains montants, notamment une somme raisonnable pour les bénéfices, augmentant ainsi la valeur normale—Le montant des bénéfices raisonnablement attribuables à une fonction de fabrication a été pris en compte deux fois, une fois pour calculer la valeur normale pour HHI, et aussi pour calculer le prix à l’exportation pour l’autre demanderesse (Hyundai Canada Inc.)—Rien n’indiquait que le montant des bénéfices des deux plaignantes ait été rectifié avant de servir à déterminer le prix à l’exportation pour Hyundai Canada Inc.—Aucune raison n’a été fournie pour expliquer cette omission—Il ne paraissait pas raisonnable (ni correct) dans la présente affaire d’augmenter la valeur normale en incluant un montant de bénéfices attribuables à la fonction de fabrication, et de réduire en même temps le prix à l’exportation en déduisant ce même montant—Demande accueillie.

Kanhasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.A.F.) 335

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Résidents permanents—Appel d’une décision de la Cour fédérale de rejeter une demande de contrôle judiciaire visant la décision de l’intimé de rejeter la demande fondée sur des motifs d’ordre humanitaire présentée par l’appelant en vertu de l’art. 25(1) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*—L’appelant, un Tamoul du Sri Lanka, est un demandeur d’asile débouté dont la demande présentée au titre de l’art. 25 a également été rejetée—L’agente qui a rendu la décision a interprété l’art. 25 comme obligeant l’appelant à démontrer qu’il serait exposé personnellement et directement à des difficultés inhabituelles et injustifiées ou excessives s’il devait retourner au Sri Lanka—La Cour fédérale a confirmé la

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

proper interpretation of Act, ss. 25, 25(1.3)?—Was outcome reached by officer on record of evidence submitted thereto reasonable?—Act, s. 25(1) requiring proof that applicant will personally suffer unusual, undeserved or disproportionate hardship—S. 25(1.3) warning that humanitarian, compassionate relief process must not duplicate processes under Act, ss. 96, 97—Officer under s. 25 is to look at facts relating to hardship, not factors relating to risk—Factors under ss. 96, 97 may not be considered under s. 25(1) by virtue of s. 25(1.3) but facts underlying those factors may nevertheless be relevant insofar as relating to whether applicant directly, personally experiencing unusual, undeserved or disproportionate hardship—Officer herein reaching defensible, acceptable decision on facts before her—Officer’s decision not irrational, arbitrary—Appeal dismissed.

Rezmuves v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.) 366

Citizenship and Immigration—Immigration Practice—Judicial review of Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division decision rejecting applicants’ applications for refugee status, application of now estranged spouse of Ms. Rezmuves (female applicant)—Applicants, Hungarian Roma—Claiming refugee protection for reasons of discrimination, victimization allegedly encountered in Hungary—Applicants’ refugee claims joined with claim of female applicant’s estranged spouse—Motion for disjoinder of applicants’ applications from that of estranged spouse refused—Board refusing refugee applications of applicants, estranged spouse; finding that female applicant’s claim to being harassed, assaulted, raped by members of Hungarian Guard not credible primarily because estranged spouse not believing raped occurring—Applicants arguing *inter alia* that Board erring in refusing motion for disjoinder, thereby violating applicants’ rights to procedural fairness; erring in finding female applicant’s claim lacking in credibility—Whether correctness or reasonableness standard of review applying to Board’s refusal to disjoin claims; whether applicants denied procedural fairness in present case; whether Board’s credibility findings unreasonable—Board not entitled to deference in respect of decision to refuse motion for disjoinder—Procedural fairness

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

décision et a certifié la question de savoir quelle est la nature du risque, s’il en est, qui doit être examiné au titre des considérations d’ordre humanitaire visées à l’art. 25 de la Loi—Il s’agissait de savoir quelle était l’interprétation appropriée des art. 25 et 25(1.3) de la Loi—Il s’agissait également de savoir si la décision prise par l’agente selon le dossier de la preuve qui lui était présenté était raisonnable—L’art. 25(1) exige une preuve que le demandeur sera personnellement exposé à des difficultés inhabituelles et injustifiées ou excessives—L’art. 25(1.3) précise que le processus d’examen des motifs d’ordre humanitaire ne doit pas reproduire les processus prévus aux articles 96 et 97 de la Loi—Selon l’art. 25, l’agent d’immigration doit examiner les faits en fonction des difficultés et non pas les facteurs se rapportant aux risques—Les facteurs prévus aux art. 96 et 97 pourraient ne pas être pris en compte au titre de l’art. 25(1), aux termes de l’art. 25(1.3), mais les faits sur lesquels ces facteurs sont fondés pourraient néanmoins être pertinents dans la mesure où ils se rapportent à la question de savoir si le demandeur éprouverait directement ou personnellement des difficultés inhabituelles, injustifiées ou excessives—En l’espèce, l’agente a pris une décision acceptable et pouvant se justifier au regard des faits qui lui ont été présentés—Sa décision n’était pas irrationnelle ni arbitraire—Appel rejeté.

Rezmuves c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.) 366

Citoyenneté et Immigration—Pratique en matière d’immigration—Contrôle judiciaire d’une décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié (la Commission) a rejeté les demandes d’asile des demandeurs et la demande de l’époux maintenant séparé de Mme Rezmuves (demanderesse)—Les demandeurs sont des Roms d’origine hongroise—Ils ont demandé l’asile en invoquant la discrimination et la victimisation qu’ils alléguaient avoir subies en Hongrie—La demande d’asile des demandeurs a été jointe à l’origine à la demande d’asile de l’ex-époux de la demanderesse—Une requête de séparation de la demande de l’ex-époux de celle des demandeurs a été refusée—La Commission a rejeté les demandes des demandeurs et celle de l’ex-époux et a conclu que l’allégation selon laquelle la demanderesse a été harcelée, agressée et violée par des membres de la Garde hongroise n’était pas crédible en grande partie en raison du fait que l’ex-époux ne croyait pas que le viol avait eu lieu—Les demandeurs ont fait valoir entre autres que la Commission a commis une erreur en rejetant la requête de séparation et les a du coup privés de leur droit à l’équité procédurale et qu’elle a également commis une erreur en concluant que la demande de la demanderesse n’était pas crédible—Il s’agissait de savoir si la

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

requiring that right of cross-examination be afforded to refugee claimant when confronted with testimony adverse to claimant's position—Such cross-examination envisaged under the Refugee Protection Division Rules only if the claims disjoined—Board's refusal of disjoiner request, consequent denial of right to cross-examine therefore violating applicants' procedural fairness rights—Board's credibility findings unreasonable, made in perverse, capricious manner—Board's logic on issue of credibility demonstrating insensitivity to female applicant's situation, lack of awareness to broader issue of domestic abuse, sexual assault—Question regarding applicable standard of review for alleged error in failing to disjoin claims before Board certified—Application allowed.

Sandy Pond Alliance to Protect Canadian Waters Inc. v. Canada (F.C.) 283

Fisheries—Judicial review seeking declaration regulatory scheme set out in *Metal Mining Effluent Regulations* (2002 Regulations), ss. 5, 27.1, Sch. 2 as am. by Regulations Amending the *Metal Mining Effluent Regulations* (2006 Regulations), ultra vires authority of Governor in Council to make regulations pursuant to *Fisheries Act*—Applicant submitting 2006 amendments to Regulations, as illustrated by ss. 5, 27.1, eliminating requirement to treat effluent prior to discharge into water bodies, now allowing discharge of effluent without prior treatment, thereby creating potential for destruction of fish, fish habitat, other life-forms contrary to conservation purposes anticipated by Act—Whether 2006 amendments to Regulations authorized by statute—Conservation not paramount purpose of Act—Many interests engaged in management of fisheries, including industrial interests—Impugned Regulations enacted pursuant Act, s. 36(5), allowing use of Sandy Pond as depository of residue—Such use not illegal but expressly authorized by Act, ss. 36(5)—Application dismissed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

norme de la décision correcte ou la norme de la décision raisonnable s'appliquait au refus par la Commission de séparer les demandes; s'il y a eu manquement à l'équité procédurale en l'espèce; et si la Commission a tiré des conclusions déraisonnables quant à la crédibilité—Il n'y avait pas lieu de faire preuve de déférence à l'égard de la décision de la Commission de rejeter la demande de séparation—L'équité procédurale implique que le droit de contre-interroger doit être accordé à un demandeur d'asile dans le cas où le témoignage d'une autre partie lui est défavorable—Ce contre-interrogatoire est autorisé par les Règles de la Section de la protection des réfugiés uniquement si les demandes ont été séparées—Le rejet de la demande de séparation par la Commission et le déni conséquent du droit des demandeurs de contre-interroger ont privé les demandeurs de leur droit à l'équité procédurale—Les conclusions de la Commission quant à la crédibilité étaient déraisonnables et ont été tirées de manière abusive et arbitraire—La logique de la Commission sur la question de la crédibilité démontrait tant une insensibilité envers la situation de la demanderesse qu'un manque de vigilance quant à l'ensemble de la problématique de la violence conjugale et de l'agression sexuelle—La question relative à la norme de contrôle applicable lorsque l'erreur alléguée consiste à avoir omis de séparer les demandes devant la Commission a été certifiée—Demande accueillie.

Sandy Pond Alliance to Protect Canadian Waters Inc. c. Canada (C.F.) 283

Pêches—Contrôle judiciaire sollicitant un jugement déclarant que le mécanisme de réglementation prévu aux art. 5 et 27.1 et à l'annexe 2 du *Règlement sur les effluents des mines de métaux* (le « Règlement de 2002 ») modifié par le Règlement modifiant le *Règlement sur les effluents des mines de métaux* (le « Règlement de 2006 ») excède le pouvoir réglementaire conféré au gouverneur en conseil par les dispositions de la *Loi sur les pêches*—La demanderesse soutient que les modifications apportées au Règlement en 2006, illustrées par l'art. 5 et l'art. 27.1, ont éliminé l'exigence du traitement des effluents avant leur rejet dans les plans d'eau et permettent désormais le rejet d'effluents sans traitement préalable, entraînant ainsi la destruction potentielle du poisson, de l'habitat du poisson et d'autres formes de vie, un mécanisme contraire aux objectifs de conservation prévus par la Loi—Il s'agissait de savoir si les modifications apportées au Règlement en 2006 sont autorisées par la Loi—La conservation n'est pas l'objet primordial de la Loi—De nombreux intérêts interviennent dans la gestion des pêches, notamment les intérêts industriels—Le Règlement contesté, adopté en vertu de l'art. 36(5) de la Loi, a pour effet de permettre l'utilisation de l'étang Sandy en tant que dépôt de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Qin v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.A.) 313

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Permanent Residents—Appeal from Federal Court decision setting aside visa officer’s rejection of appellant’s application for permanent residence as member of Canadian experience class (CEC)—Appellant working as administrative assistant, translator/interpreter—Officer finding that appellant not meeting CEC requirements under *Immigration and Refugee Protection Regulations*, s. 87.1; duties not matching those in National Occupational Classification (NOC)—Search by officer of Human Resources and Skills Development Canada (HRSDC) database revealing that appellant’s hourly wage, annual salary below minimum prevailing rates—Federal Court allowing judicial review on ground visa officer breaching procedural fairness by failing to inform appellant comparator wage data would be consulted—However, Federal Court also holding that had officer observed duty of procedural fairness, would have been open to him to take into account HRSDC comparator wage data—Whether visa officer may consider comparator salary data when assessing work experience of CEC applicant—Reasonable to consult minimum, average wage data for occupations falling within applicable NOC codes—S. 87.1 not rebutting presumption that visa officers having power to consider any relevant evidence in assessment—No obligation under CEC program for applicant’s wages to be consistent with prevailing local wages—Officer not disqualifying appellant for low salary because also finding that description of appellant’s duties in letter of reference not consistent with applicable NOC code—CEC applicant’s wage information relevant for assessment—Administration of CEC program not disrupted by taking wage data into account—Appeal dismissed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

résidus—Cette utilisation n’est pas illégale, mais est expressément autorisée par l’art. 36(5) de la Loi—Demande rejetée.

Qin c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.A.F.) 313

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Résidents permanents—Appel interjeté à l’encontre d’une décision par laquelle la Cour fédérale a annulé la décision d’un agent des visas de refuser la demande de résidence permanente de l’appelante au titre de la catégorie de l’expérience canadienne (CEC)—L’appelante travaillait comme adjointe administrative et effectuait des travaux de traduction et d’interprétation—L’agent est arrivé à la conclusion que l’appelante ne satisfaisait pas aux exigences relatives à la CEC énoncées à l’art. 87.1 du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*; la description quant à l’emploi ne correspondait pas à la description de la Classification nationale des professions (CNP)—La recherche faite par l’agent dans la base de données de Ressources humaines et Développement des compétences Canada (RHDCC) a révélé que le salaire horaire touché par l’appelante ainsi que son salaire annuel étaient inférieurs aux salaires minimums en vigueur—La Cour fédérale a accueilli la demande de contrôle judiciaire au motif que l’agent des visas avait manqué à son obligation d’équité procédurale en faisant défaut d’aviser l’appelante qu’il prévoyait consulter les données comparatives sur le salaire—Cependant, la Cour fédérale a également conclu que si l’agent avait satisfait à l’obligation d’équité procédurale, il aurait pu tenir compte des données comparatives sur les salaires de RHDCC—Il s’agissait de savoir si l’agent des visas pouvait examiner les données comparatives de RHDCC sur les salaires pour évaluer la nature de l’expérience professionnelle d’un demandeur qui veut être admis au titre de la CEC—Il était raisonnable pour l’agent des visas de consulter les données sur les salaires minimal et moyen en usage pour les professions correspondant aux codes CNP applicables—L’art. 87.1 ne permet pas de réfuter la présomption selon laquelle l’agent des visas dispose du pouvoir de prendre en considération tout élément de preuve pertinent dans son évaluation—En vertu du programme de la CEC, le salaire du demandeur n’a pas à être conforme aux salaires en usage à l’échelle locale—L’agent des visas n’a pas vu le faible salaire de l’appelante comme un élément permettant de rejeter la demande, étant donné qu’il a aussi conclu que, dans la lettre de recommandation, la description des fonctions exercées par l’appelante ne correspondait pas au code de la CNP—Les renseignements sur la rémunération de l’appelante au titre de la CEC sont pertinents aux fins d’évaluation—Tenir compte des données sur le salaire ne perturbe pas l’administration du programme de la CEC—Appel rejeté.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Administrative Law—Judicial Review—Standard of Review—Federal Court setting aside visa officer’s rejection of appellant’s application for permanent residence as member of Canadian experience class (CEC) —Officer finding that appellant not meeting CEC requirements under *Immigration and Refugee Protection Regulations*, s. 87.1; duties not matching those in National Occupational Classification; hourly wage, annual salary below minimum prevailing rates—Federal Court applying correctness standard to officer’s interpretation of s. 87.1, not deciding whether *Khan v. Canada* (Citizenship and Immigration), *Patel v. Canada* (Citizenship and Immigration) still “satisfactorily” resolving applicable standard of review in light of post-*Dunsmuir v. New Brunswick* case law—Issue: applicable standard of review to visa officer’s interpretation of Regulations; to assessment of application under Regulations—Visa officer’s assessment of CEC applicant’s employment, wage data reviewable on standard of reasonableness—Interpretation of enabling legislation reviewable on correctness standard—Unreasonableness as possible standard of review of administrative interpretation of legislation only arising when statutory provision ambiguous, no one interpretation can be said to be “right”—Where court concluding that one interpretation “right”, applicable standard that of correctness—Not necessary to determine standard of review here because s. 87.1 not ambiguous—Deference only due to administrative decision makers on questions within their statutory power to decide—As correctness applicable standard herein, not necessary here to determine if post-*Dunsmuir* case law requiring Court to revisit decisions holding immigration officials not entitled to curial deference on issues of statutory interpretation.

SOMMAIRE (Fin)

Droit administratif—Contrôle judiciaire—Norme de révision—Décision par laquelle la Cour fédérale a annulé la décision d’un agent des visas de refuser la demande de résidence permanente de l’appelante au titre de la catégorie de l’expérience canadienne (CEC)—L’agent est arrivé à la conclusion que l’appelante ne satisfaisait pas aux exigences relatives à la CEC, qui figurent à l’art. 87.1 du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*; la description quant à l’emploi ne correspondait pas à la description de la Classification nationale des professions (CNP); le salaire horaire touché par l’appelante ainsi que son salaire annuel étaient inférieurs aux salaires minimums en vigueur—La Cour fédérale a appliqué la norme de la décision correcte à l’interprétation donnée par l’agent des visas à l’art. 87.1, mais n’a pas déterminé si les arrêts *Khan c. Canada* (Citoyenneté et Immigration) et *Patel c. Canada* (Citoyenneté et Immigration) réglaient toujours de façon « satisfaisante » la question de la norme de contrôle applicable, compte tenu de la jurisprudence de la Cour suprême postérieure à l’arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*—Il s’agissait de savoir quelle était la norme de contrôle applicable à l’interprétation par un agent des visas du Règlement et à son évaluation d’une demande fondée sur ce règlement—L’évaluation par un agent des visas de l’emploi occupé par un demandeur au titre de la CEC et des données sur son salaire est susceptible de contrôle selon la norme de contrôle de la décision raisonnable—L’interprétation par un agent des visas de la loi habilitante est susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte—La norme de contrôle du caractère déraisonnable ne peut s’appliquer à l’égard d’une interprétation administrative de la loi que si la disposition légale en question est ambiguë et qu’il n’y a pas une interprétation unique dont on puisse dire qu’elle soit la « bonne »—Si la cour de révision arrive à la conclusion qu’il existe une « bonne » interprétation, la norme de contrôle applicable sera celle de la décision correcte—Il n’était pas nécessaire de se prononcer sur la norme de contrôle applicable en l’espèce parce que l’art. 87.1 n’est pas ambigu—Comme la norme de la décision correcte est la norme de contrôle qui s’applique en l’espèce, il n’était pas nécessaire de déterminer si la jurisprudence postérieure à l’arrêt *Dunsmuir* imposait à la Cour de revoir les décisions où elle a conclu qu’il n’y a pas lieu de faire preuve de retenue à l’égard des décisions des responsables de l’immigration sur les questions d’interprétation de la loi.

**Federal Courts
Reports**

2015, Vol. 1, Part 2

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2015, Vol. 1, 2^e fascicule

IMM-7523-12
2013 FC 1033

IMM-7523-12
2013 CF 1033

B006 (Applicant)

B006 (demandeur)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(Respondent)

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

INDEXED AS: B006 v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)

RÉPERTORIÉ : B006 c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)

Federal Court, Kane J.—Toronto, June 10; Ottawa, October 11, 2013.

Cour fédérale, juge Kane—Toronto, 10 juin; Ottawa, 11 octobre 2013.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Judicial reviews of Immigration and Refugee Board of Canada, Immigration Division decisions (1) issuing deportation order (July 5, 2012 decision); (2) determining that conduct of Minister of Public Safety (Minister) not abuse of process, refusing to stay admissibility proceedings, to exclude interview notes of Canadian Border Services Agency (CBSA) officer (November 30, 2011 decision) — Applicant, Tamil from Sri Lanka, applying for refugee status after arriving in Canada on MV Sun Sea — Working in ship's engine room during voyage — Minister alleging applicant crew member, inadmissible on grounds of organized criminality under Immigration and Refugee Protection Act, s. 37(1)(b) — Applicant alleging rights breached by Minister for three reasons: Minister relying on interviews from unnamed people; Minister not providing full disclosure of interviews; CBSA Officer engaging in abusive interview tactics — Board finding stay of proceedings not justified — Applying abuse of process test; finding that notes not prejudicial to applicant — Concluding definition of people smuggling under s. 37(1)(b) guided by Act, s. 117 — Applying Perka et al. v. The Queen, rejecting applicant's submission acted under duress — Finding all elements of definition of people smuggling met, applicant engaged in people smuggling — Whether Board erring in finding that stay of proceedings not justified; whether Board's inadmissibility finding reasonable — Board not erring in articulating test for abuse of process — Considering integrity of justice system — Reasonably concluding stay of proceedings not justified, notes not to be excluded — Board not erring in relying on s. 117 — Concerns about overbreadth already addressed by Federal Court of Appeal — Reasonable for Board to find applicant having requisite knowledge that passengers traveling without documents — Board therefore having reasonable grounds to believe applicant engaged in people smuggling — Ability to raise relevant factors, including those related to duress, in application for ministerial relief not

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Contrôles judiciaires à l'encontre de décisions de la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié 1) qui a pris des mesures de renvoi contre le demandeur (décision du 5 juillet 2012); et 2) qui a déterminé que les agissements du ministre de la Sécurité publique (le ministre) ne constituaient pas un abus de procédure, refusant de suspendre l'enquête et, à titre subsidiaire, d'exclure les notes d'entrevue prises par un agent de l'Agence des services frontaliers du Canada (l'ASFC) (décision du 30 novembre 2011) — Le demandeur, un Tamoul du Sri Lanka, a fait une demande d'asile après être arrivé au Canada à bord du MS Sun Sea — Il a travaillé à la salle des machines du navire pendant le voyage — Le ministre a allégué que le demandeur était un membre de l'équipage et qu'il était interdit de territoire pour criminalité organisée au sens de l'art. 37(1)(b) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — Le demandeur a allégué que le ministre avait violé ses droits pour trois raisons : le ministre s'était fondé sur des entrevues menées auprès de personnes dont l'identité n'avait pas été divulguée; le ministre n'avait pas communiqué intégralement le contenu des entrevues en question; l'agent de l'ASFC avait utilisé des techniques d'entrevue abusives — La Commission a conclu que la suspension d'instance n'était pas justifiée — Elle a appliqué le critère de l'abus de procédure et a conclu que les notes ne causeraient aucun préjudice au demandeur — La Commission a conclu que la définition de l'expression « passage de clandestins » en vertu de l'art. 37(1)(b) devait s'inspirer de l'art. 117 de la Loi — La Commission a appliqué l'arrêt Perka et al. c. La Reine et a rejeté l'argument du demandeur suivant lequel il avait agi sous la contrainte — La Commission a conclu que tous les éléments de la définition de « passage de clandestins » étaient réunis et que le demandeur s'était livré au passage de clandestins — Il s'agissait de savoir si la Commission a commis une erreur en concluant qu'une suspension de l'instance n'était

preventing applicant from raising duress in determination of inadmissibility — Case law focussing on Criminal Code statutory defence of duress or common law defence may be adapted, applied herein — Board erring in rigid adherence to principles articulated in Perka — Board focusing only on first element of test in Perka — Proportionality element not considered — Application for judicial review of November 30, 2011 decision dismissed; application for judicial review of July 5, 2012 decision allowed.

These were applications for judicial review of two decisions of the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board of Canada (the Board). In the first decision (the July 5, 2012 decision), a deportation order was issued after the Board determined that the applicant was inadmissible for engaging in people smuggling. In the second decision (the November 30, 2011 decision), rendered earlier on preliminary matters, the Board determined that the conduct of the Minister of Public Safety (the Minister) did not amount to an abuse of process. It also refused to stay the admissibility proceedings and, alternatively, to exclude interview notes of a Canadian Border Services Agency (CBSA) officer from the admissibility hearing.

The applicant, a Tamil from Sri Lanka, arrived in Canada on the MV *Sun Sea*. During the voyage he worked in the engine room. He applied for refugee status alleging a fear of persecution by Sri Lankan authorities. The Minister alleged that the applicant had engaged in people smuggling due to his role as a crew member on the MV *Sun Sea* and was inadmissible on grounds of organized criminality under paragraph

pas justifiée et si l'interdiction de territoire prononcée par la Commission était raisonnable — La Commission n'a pas commis une erreur en énonçant le critère de l'abus de procédure — La Commission a tenu compte de la question de l'intégrité du système de justice — La Commission a conclu de façon raisonnable que la suspension de l'instance n'était pas justifiée et que les notes prises ne devaient pas être exclues — La Commission n'a pas commis d'erreur de droit en se fondant sur l'art. 117 — La Cour d'appel fédérale s'est déjà penchée sur les préoccupations exprimées au sujet de la portée excessive — La Commission a raisonnablement conclu que le demandeur avait la connaissance requise du fait que les autres passagers n'étaient pas munis de documents — La Commission avait par conséquent des motifs raisonnables de croire que le demandeur s'était livré au passage de clandestins — La capacité de soulever des facteurs pertinents, y compris ceux se rapportant à la contrainte, dans le cas d'une demande de dispense ministérielle n'empêche pas le demandeur d'invoquer la contrainte lorsqu'il s'agit de se prononcer sur son interdiction de territoire — On peut adapter les principes énoncés dans la jurisprudence axée sur le moyen de défense légal de la contrainte ou sur le moyen de défense prévu par la common law et les appliquer à l'espèce — La Commission a commis une erreur en adhérant strictement aux principes articulés dans l'arrêt Perka — La Commission s'en est tenue au premier élément de l'arrêt Perka — Le critère de proportionnalité n'a pas été pris en compte — Demande de contrôle judiciaire à l'encontre de la décision du 30 novembre 2011 rejetée; demande de contrôle judiciaire à l'encontre de la décision du 5 juillet 2012 accueillie.

Il s'agissait de demandes de contrôle judiciaire à l'encontre de deux décisions de la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission). Dans la première décision (la décision du 5 juillet 2012), la Commission a pris une mesure d'expulsion contre le demandeur après l'avoir déclaré interdit de territoire pour s'être livré au passage de clandestins. Dans la seconde décision (la décision du 30 novembre 2011) rendue antérieurement en réponse à des demandes préliminaires, la Commission avait estimé que les agissements du ministre de la Sécurité publique (le ministre) ne constituaient pas un abus de procédure. La Commission a également refusé de suspendre l'enquête et, à titre subsidiaire, d'exclure les notes d'entrevue prises par un agent de l'Agence des services frontaliers du Canada (l'ASFC) lors de l'enquête.

Le demandeur, un Tamoul du Sri Lanka, est arrivé au Canada à bord du MS *Sun Sea*. Durant le voyage, il a travaillé dans la salle des machines du navire. Il a demandé l'asile en invoquant sa crainte d'être persécuté par les autorités sri lankaises. Le ministre a allégué également que le demandeur s'était livré au passage de clandestins en raison du rôle qu'il avait joué comme membre de l'équipage du MS *Sun Sea* et

37(1)(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. The applicant alleged that his rights had been breached by the Minister for three reasons: the Minister relied on interviews from unnamed people; the Minister did not provide full disclosure of the interviews; and the CBSA officer engaged in abusive interview tactics.

Regarding the November 30, 2011 decision, the Board found that a stay of proceedings was not justified. It applied the abuse of process test established in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Parekh* and found that the interview notes would not prejudice the applicant at his admissibility hearing given that he remained consistent in his testimony and denied having been a member of the Liberation Tigers of Tamil Eelam. As to the July 5, 2012 decision, the Board concluded that the definition of people smuggling under paragraph 37(1)(b) of the Act is guided by section 117 of the Act. The Board rejected the applicant's submission that he acted under duress. The Board referred to and relied on the three elements of the defence of necessity or duress established in *Perka et al. v. The Queen*. The Board found, *inter alia*, that the four elements of the definition of people smuggling had been met (i.e., that the vast majority of the passengers did not have documents; the ship was destined for Canada; the applicant worked in the engine room and in doing so, aided the passengers to come to Canada; and the applicant knew the passengers did not have the required travel documents) and concluded that there were reasonable grounds to believe that the applicant is a foreign national who engaged, in the context of transnational crime, in people smuggling.

The issues were whether the Board erred in finding that a stay of proceedings was not justified and whether the Board's finding that the applicant is inadmissible pursuant to paragraph 37(1)(b) was reasonable.

Held, the application for judicial review of the November 30, 2011 decision should be dismissed; the application for judicial review of the July 5, 2012 decision should be allowed.

The Board did not err in articulating the test for abuse of process nor did it find that prejudice was a precondition to a determination that an abuse of process had occurred. In concluding that the remedy of a stay was not warranted, the Board considered the bigger picture including the integrity of

qu'il était interdit de territoire pour criminalité organisée au sens de l'alinéa 37(1)b) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Le demandeur affirmait que le ministre avait violé ses droits pour trois raisons : le ministre s'était fondé sur des entrevues menées auprès de personnes dont l'identité n'avait pas été divulguée; le ministre n'avait pas communiqué intégralement le contenu des entrevues en question; l'agent de l'ASFC avait utilisé des techniques d'entrevue abusives.

En ce qui a trait à la décision du 30 novembre 2011, la Commission a conclu que la suspension d'instance n'était pas justifiée. Elle a appliqué le critère de l'abus de procédure établi dans l'arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Parekh* et a conclu que les notes ne causeraient aucun préjudice au demandeur lors de son enquête, compte tenu du fait qu'il avait constamment affirmé qu'il n'avait jamais été membre des Tigres de Libération de l'Eelam tamoul. Quant à la décision du 5 juillet 2012, la Commission a conclu que la définition de l'expression « passage de clandestins » en vertu de l'alinéa 37(1)b) de la Loi devait s'inspirer de l'article 117 de la Loi. La Commission a rejeté l'argument du demandeur suivant lequel il avait agi sous la contrainte. La Commission a mentionné les trois conditions à remplir, selon l'arrêt *Perka et al. c. La Reine*, pour pouvoir faire valoir un moyen de défense fondé sur la nécessité ou la contrainte. La Commission a, entre autres, conclu que les quatre éléments de la définition de l'expression « passage de clandestins » étaient tous réunis, c'est-à-dire que la vaste majorité des passagers n'étaient pas munis de documents, la destination du navire était le Canada, le demandeur travaillait dans la salle des machines et, ce faisant, avait aidé les passagers à venir au Canada et le demandeur savait que les passagers n'étaient pas munis des documents requis, et elle a estimé qu'il existait des motifs raisonnables de croire que le demandeur était un étranger qui s'était livré au passage de clandestins dans le cadre de la criminalité transnationale.

Il s'agissait de savoir si la Commission a commis une erreur en concluant qu'une suspension de l'instance n'était pas justifiée et si l'interdiction de territoire prononcée par la Commission contre le demandeur en vertu de l'alinéa 37(1)b) était raisonnable.

Jugement : la demande de contrôle judiciaire à l'encontre de la décision du 30 novembre 2011 doit être rejetée; la demande de contrôle judiciaire à l'encontre de la décision du 5 juillet 2012 doit être accueillie.

La Commission n'a pas commis d'erreur en énonçant le critère de l'abus de procédure pas plus qu'elle a estimé que l'existence d'un préjudice était une condition préalable à toute conclusion d'abus de procédure. Pour conclure qu'une suspension n'était pas justifiée, la Commission a tenu compte

the justice system. The Board applied the correct test and reasonably concluded that the remedy of a stay of proceedings was not justified. Similarly, the Board reasonably concluded that the notes of the interviews in question should not be excluded. The Board noted that the interview tactics were aggressive and intimidating but were not prejudicial to the applicant. The lengthy, repetitive and badgering questioning was stressful and emotionally draining for the applicant, but this cannot, on its own, meet the test for abuse of process in a complex and large investigation.

The Board did not err in relying on section 117 to guide the interpretation of people smuggling in paragraph 37(1)(b). Concerns about overbreadth and, in particular, the applicant's allegations that section 117 could capture aid workers or other family members who assist refugees, were addressed by the Federal Court of Appeal in *B010 v. Canada (Citizenship and Immigration)*. As to whether the Board erred in assessing whether the applicant had knowledge that the passengers lacked documents to enter Canada legally rather than as refugees, it should have been apparent to the applicant that the ship was not traveling to Canada legally. The Board reasonably found that there were reasonable grounds to believe that the applicant had the requisite knowledge that the passengers were traveling without documents; whether he asked the passengers or not, he would or should have known. The Board, therefore, had reasonable grounds to believe that the applicant had engaged in people smuggling as all the elements were established on the same standard of reasonable grounds to believe.

In *Agraira v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, the Federal Court of Appeal did not rule out that coercion, or duress, could be raised in determining admissibility. By analogy, in an application for Ministerial relief pursuant to subsection 37(2), an applicant could raise the fact that he acted under duress. Such applications provide an opportunity to set out the relevant circumstances of the conduct that led to an applicant's inadmissibility. However, the circumstances set out in an application for ministerial relief should be distinguished from a "defence" of duress. Many factors could be considered, including those that relate to conduct similar to duress, but the specific elements of the "defence" of duress would not be required in an application for ministerial relief. Therefore, the

du contexte plus large et notamment de la question de l'intégrité du système de justice. La Commission a appliqué le bon critère et a conclu de façon raisonnable que la suspension de l'instance n'était pas justifiée. Dans le même ordre d'idées, c'est de façon raisonnable que la Commission a conclu que les notes prises lors des entrevues en question ne devaient pas être exclues. La Commission a convenu que les techniques d'entrevue étaient agressives et intimidantes mais cette façon de procéder n'avait pas causé de préjudice au demandeur. L'interrogatoire musclé, long et répétitif qu'a subi le demandeur était de toute évidence stressant et épuisant sur le plan émotif pour le demandeur, mais ce fait ne saurait à lui seul satisfaire au critère de l'abus de procédure dans le contexte d'une enquête aussi complexe et vaste que celle-ci.

La Commission n'a pas commis d'erreur en se fondant sur l'article 117 pour la guider dans son interprétation de l'expression « passage de clandestins » à l'alinéa 37(1)b). La Cour d'appel fédérale s'est déjà penchée, dans l'arrêt *B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, sur les préoccupations exprimées au sujet de la portée excessive et notamment les allégations du demandeur suivant lesquelles l'article 117 viserait les travailleurs humanitaires et d'autres membres de la famille qui aident les réfugiés. Quant à la question de savoir si la Commission a commis une erreur en déterminant si le demandeur était au courant que les passagers n'étaient pas munis des documents requis pour entrer au Canada légalement plutôt qu'à titre de réfugiés, il aurait dû être évident pour le demandeur que le navire ne cherchait pas à entrer légalement au Canada. La Commission a raisonnablement conclu qu'il existait des motifs raisonnables de croire que le demandeur avait la connaissance requise du fait que les autres passagers n'étaient pas munis de documents : qu'il ait posé ou non la question aux passagers, il savait ou aurait dû savoir. La Commission avait par conséquent des motifs raisonnables de croire que le demandeur s'était livré au passage de clandestins, étant donné que tous les éléments requis étaient réunis selon la même norme de preuve, celle des motifs raisonnables de croire.

Dans l'arrêt *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, la Cour d'appel fédérale n'a pas statué que la coercition ou la contrainte ne pouvait pas être soulevée comme moyen de défense devant le spectre d'une interdiction de territoire. Par analogie, dans le cas d'une dispense ministérielle fondée sur le paragraphe 37(2), le demandeur peut soulever le fait qu'il a agi sous la contrainte. Ce genre de demande permet de mentionner les circonstances entourant les agissements qui ont conduit à l'interdiction de territoire du demandeur. Toutefois, les circonstances mentionnées dans une demande de dispense ministérielle doivent être distinguées du « moyen de défense » de la contrainte. On pourrait tenir compte de nombreux facteurs, y compris ceux se rapportant à des agissements analogues semblables à la contrainte,

ability to raise relevant factors, including those related to duress, in an application for ministerial relief does not prevent the applicant from raising duress in the determination of inadmissibility. Reliance on the case law that focuses on the *Criminal Code* statutory defence of duress or the common law defence is not a perfect fit, but these principles can be adapted and applied to the applicant's role in people smuggling as the basis for the finding of inadmissibility. The Board erred in its rigid adherence to the principles articulated in *Perka*, which had been refined in *R. v. Hibbert*, *R. v. Ruzic* and other more recent cases. The Board focused only on the first element of *Perka* and looked for a direct threat of imminent peril from a purely objective perspective. The Board concluded there was no threat and did not go on to consider the other elements of the test. The harm the applicant avoided may have been greater than the harm he caused. The proportionality element should have been considered.

mais les éléments précis du « moyen de défense » de contrainte ne seraient pas exigés dans le cas d'une demande de dispense ministérielle. Par conséquent, la capacité de soulever des facteurs pertinents, y compris ceux se rapportant à la contrainte, dans le cas d'une demande de dispense ministérielle n'empêche pas le demandeur d'invoquer la contrainte lorsqu'il s'agit de se prononcer sur son interdiction de territoire. Le fait d'invoquer une jurisprudence axée sur le moyen de défense légal de la contrainte prévue par le *Code criminel* ou sur le moyen de défense prévu par la common law ne cadre pas parfaitement avec le cas qui nous occupe, mais on peut adapter et appliquer ces principes au rôle que le demandeur a joué dans le passage de clandestins pour justifier son interdiction de territoire. La Commission a commis une erreur en adhérant strictement aux principes articulés dans l'arrêt *Perka*, qui avaient été précisés dans les décisions *R. c. Hibbert*, *R. c. Ruzic* et d'autres décisions plus récentes. La Commission s'en est tenue au premier élément de l'arrêt *Perka* et s'est interrogée sur l'existence d'une menace directe de danger imminent d'un point de vue purement objectif. La Commission a conclu qu'il n'y avait pas de menace et elle n'a pas examiné les autres éléments du critère. Le mal que le demandeur a évité était peut-être plus grave que le mal qu'il a infligé. On devrait tenir compte du critère de proportionnalité.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 20(1), 33, 34, 37, 44, 117, 118.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Crime, 15 November 2000, 2241 U.N.T.S. 480.
United Nations Convention against Transnational Organized Crime, 15 November 2000, 2225 U.N.T.S. 209, art. 3(a).
United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6.

CASES CITED

APPLIED:

Canada (Citizenship and Immigration) v. Parekh, 2010 FC 692, [2012] 1 F.C.R. 169; *B010 v. Canada (Citizenship*

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 20(1), 33, 34, 37, 44, 117, 118.

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, 15 novembre 2000, 2225 R.T.N.U. 209, art. 3a).
Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6.
Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, mer et air, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, 15 novembre 2000, 2241 R.T.N.U. 480.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Parekh, 2010 CF 692, [2012] 1 R.C.F. 169; *B010 c. Canada (Citoyenneté et*

and Immigration), 2013 FCA 87, [2014] 4 F.C.R. 326; *R. v. Nixon*, 2011 SCC 34, [2011] 2 S.C.R. 566; *R. v. Ryan*, 2013 SCC 3, [2013] 1 S.C.R. 14; *R. v. Hibbert*, [1995] 2 S.C.R. 973, (1995), 99 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Ruzic*, 2001 SCC 24, [2001] 1 S.C.R. 687.

CONSIDERED:

Perka et al. v. The Queen, [1984] 2 S.C.R. 232, (1984), 13 D.L.R. (4th) 1; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, (1994), 89 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Appulonappa*, 2013 BCSC 31, 358 D.L.R. (4th) 666; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2011 FCA 103, 96 Imm. L.R. (3d) 20, aff'd 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *Thiyagarajah v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 339; *Ghaffari v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 674, [2014] F.T.R. 274; *Liyanagamage v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 176 N.R. 4 (F.C.A.).

REFERRED TO:

Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission), 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307; *Beltran v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 516, 234 C.R.R. (2d) 145.

AUTHORS CITED

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

APPLICATIONS for judicial review of two decisions of the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board, who (1) issued a deportation order (the July 5, 2012 decision), and (2) determined that the conduct of the Minister of Public Safety did not amount to an abuse of process, thus refusing to stay the admissibility proceedings and alternatively, to exclude interview notes of a Canadian Border Services Agency officer from the admissibility hearing (the November 30, 2011 decision). Application for judicial review of the November 30, 2011 decision dismissed; application for judicial review of the July 5, 2012 decision allowed.

Immigration), 2013 CAF 87, [2014] 4 R.C.F. 326; *R. c. Nixon*, 2011 CSC 34, [2011] 2 R.C.S. 566; *R. c. Ryan*, 2013 CSC 3, [2013] 1 R.C.S. 14; *R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973; *R. c. Ruzic*, 2001 CSC 24, [2001] 1 R.C.S. 687.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Perka et al. c. La Reine, [1984] 2 R.C.S. 232; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *R. v. Appulonappa*, 2013 BCSC 31, 358 D.L.R. (4th) 666; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2011 CAF 103 conf. par 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *Thiyagarajah c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 339; *Ghaffari c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 674; *Liyanagamage c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 1637 (C.A.) (QL).

DÉCISIONS CITÉES :

Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission), 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307; *Beltran c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 516.

DOCTRINE CITÉE

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

DEMANDES de contrôle judiciaire à l'encontre de deux décisions de la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, qui 1) a pris une mesure d'expulsion contre le demandeur après l'avoir déclaré interdit de territoire (la décision datée du 5 juillet 2012), et 2) avait estimé que les agissements du ministre de la Sécurité publique ne constituaient pas un abus de procédure, refusant ainsi de suspendre l'enquête et, à titre subsidiaire, d'exclure les notes d'entrevue prises par un agent de l'Agence des services frontaliers du Canada lors de l'enquête (la décision du 30 novembre 2011). Demande de contrôle judiciaire à l'encontre de la décision du 30 novembre 2011 rejetée; demande de contrôle judiciaire à l'encontre de la décision du 5 juillet 2012 accueillie.

APPEARANCES

Jacqueline Swaisland and Krassina Kostadinov for applicant.
Gregory George and Amy King 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

[1] KANE J.: The applicant, known as B006, seeks judicial review of two decisions of the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board of Canada (the Board). In its decision dated July 5, 2012, the Board issued a deportation order after determining that the applicant was inadmissible for engaging in people smuggling contrary to paragraph 37(1)(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the Act). In an earlier decision on three preliminary applications, dated November 30, 2011 the Board determined that the conduct of the Minister of Public Safety (the Minister) did not amount to an abuse of process and refused to stay the admissibility proceedings, and, alternatively, refused to exclude interview notes of a Canadian Border Services Agency (CBSA) officer from the admissibility hearing.

[2] The applicant filed an application for leave and judicial review of the preliminary decision of the Board and leave was granted. The applicant then brought a motion to stay the admissibility hearing until a decision was rendered on the judicial review of the preliminary decision. The Court refused to stay the admissibility hearing and it proceeded in April 2012.

Background

[3] B006 is a Tamil from Sri Lanka who arrived in Canada with his seven-year-old son on August 13, 2010

ONT COMPARU

Jacqueline Swaisland et Krassina Kostadinov pour le demandeur.
Gregory George et Amy King 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

[1] LA JUGE KANE : Le demandeur, désigné sous le nom de B006, sollicite le contrôle judiciaire de deux décisions de la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission). Dans sa décision datée du 5 juillet 2012, la Commission a pris une mesure d'expulsion contre le demandeur après l'avoir déclaré interdit de territoire en vertu de l'alinéa 37(1)b) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la Loi) pour s'être livré au passage de clandestins. Dans une décision antérieure rendue le 30 novembre 2011 en réponse à trois demandes préliminaires, la Commission avait estimé que les agissements du ministre de la Sécurité publique (le ministre) ne constituaient pas un abus de procédure. La Commission a refusé de suspendre l'enquête et, à titre subsidiaire, d'exclure les notes d'entrevue prises par un agent de l'Agence des services frontaliers du Canada (l'ASFC) lors de l'enquête.

[2] Le demandeur a introduit une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire de la décision préliminaire de la Commission et l'autorisation lui a été accordée. Le demandeur a ensuite présenté une requête visant à faire suspendre l'enquête jusqu'à ce qu'une décision soit rendue relativement au contrôle judiciaire de la décision préliminaire. La Cour a refusé de suspendre l'enquête et a repris ses travaux en avril 2012.

Contexte

[3] B006 est un Tamoul du Sri Lanka qui est arrivé au Canada le 13 août 2010 en compagnie de son fils de sept

on the MV *Sun Sea*. The MV *Sun Sea* was an unregistered ship with 492 migrants on board, all of whom sought refugee protection upon arrival. Their journey from Thailand lasted approximately three months in deplorable conditions on the ship, which was barely seaworthy, dangerously over-crowded and inadequately stocked with food and water.

[4] The applicant was one of the first passengers to board the ship and, because of his past experience working on commercial vessels, was asked to work in the engine room until the Thai crew returned. The Thai crew did not return and the applicant continued to work in the engine room. Upon his arrival in Canada, he applied for refugee status alleging a fear of persecution by Sri Lankan authorities based on years of abuse, including extortion, arbitrary detention and torture.

[5] The applicant was held in detention for approximately 10 months and was interviewed and interrogated on several occasions by CBSA officers.

[6] The Minister initially alleged that the applicant was inadmissible to Canada for security reasons pursuant to paragraph 34(1)(f) of the Act. The CBSA officers repeatedly asserted that confidential informants had provided information about the applicant, including that he had worked on board the *Omiros* in the 1990s, a vessel owned by the Liberation Tigers of Tamil Eelam (LTTE), and that he was a member of the Sea Tigers, the naval wing of the LTTE.

[7] At each 30-day detention review hearing, the Minister alleged that the applicant was a member of the LTTE. At the June 2011 detention review hearing, the Minister abandoned the allegations of LTTE membership and focused on the applicant's inadmissibility due to people smuggling. Given the absence of any evidence to support the section 34 criteria, the Board scheduled a detention review hearing and released the applicant.

ans à bord du MS *Sun Sea*. Le MS *Sun Sea* était un navire non immatriculé qui comptait à son bord 492 migrants, qui ont tous demandé l'asile à leur arrivée. Leur voyage depuis la Thaïlande avait duré environ trois mois dans des conditions lamentables : le navire, qui était à peine en état de naviguer, était dangereusement surpeuplé et insuffisamment approvisionné en vivres et en eau.

[4] Le demandeur était l'un des premiers passagers à monter à bord du bateau et, en raison de l'expérience qu'il avait déjà acquise en travaillant à bord de navires commerciaux, on lui a demandé de travailler à la salle des machines jusqu'à ce que l'équipage thaïlandais revienne. Or, l'équipage thaïlandais n'est pas revenu et le demandeur a continué à travailler à la salle des machines. À son arrivée au Canada, il a demandé l'asile en invoquant sa crainte d'être persécuté par les autorités sri-lankaises en raison d'années de violence au cours desquelles extorsions, détentions arbitraires et torture étaient légion.

[5] Le demandeur a été détenu pendant une dizaine de mois et a été interrogé à plusieurs reprises par des agents de l'ASFC.

[6] Le ministre a d'abord allégué que le demandeur était interdit de territoire au Canada en vertu de l'alinéa 34(1)(f) de la Loi pour des raisons de sécurité. Les agents de l'ASFC ont affirmé à plusieurs reprises que des informateurs anonymes leur avaient fourni des renseignements au sujet du demandeur et qu'ils leur avaient notamment révélé qu'il avait travaillé au cours des années 1990 à bord de l'*Omiros*, un navire appartenant aux Tigres de libération de l'Eelam tamoul (les TLET) et qu'il faisait partie des Sea Tigers, l'aile navale des TLET.

[7] À chacun des contrôles de détention des 30 jours, le ministre a affirmé que le demandeur faisait partie des TLET. Lors du contrôle de la détention de juin 2011, le ministre a renoncé à l'allégation concernant l'appartenance du demandeur au TLET et s'est concentré sur l'interdiction de territoire du demandeur découlant du passage de clandestins. À défaut d'éléments de preuve satisfaisant aux critères de l'article 34, la Commission a fixé la tenue d'un contrôle de la détention du demandeur et a ordonné sa mise en liberté.

[8] The Minister also alleged that the applicant had engaged in people smuggling due to his role as a crew member on the MV *Sun Sea* and was inadmissible on grounds of organized criminality under paragraph 37(1)(b) of the Act, which provides:

Organized
criminality

37. (1) A permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of organized criminality for

...

b) engaging, in the context of transnational crime, in activities such as people smuggling, trafficking in persons or money laundering.

The Board's Decision Regarding the Abuse of Process Allegations

[9] The applicant alleged that his rights had been breached by the Minister for three reasons: the Minister relied on interviews from unnamed people; the Minister did not provide full disclosure of the interviews; and the Minister's representative, CBSA Officer Lane, engaged in abusive interview tactics.

[10] The applicant brought three applications: (1) to exclude the declarations of two CBSA officers (Officers Puzeris and Gross) which included interview notes regarding the applicant's role on the ship and interview notes with a confidential informant; (2) an order to require the Minister to disclose the complete transcripts of all the interviews with the applicant, his wife and family members; and, (3) to exclude the interview notes between CBSA Officer Lane and the applicant and/or to grant a stay of proceedings.

[11] On June 17, 2011, before the hearing on the three applications commenced, the Minister provided the interview notes and audio recordings.

[8] Le ministre alléguait également que le demandeur s'était livré au passage de clandestins en raison du rôle qu'il avait joué comme membre de l'équipage du MS *Sun Sea* et qu'il était interdit de territoire pour criminalité organisée au sens de l'alinéa 37(1)(b) de la Loi, qui dispose :

37. (1) Emportent interdiction de territoire pour criminalité organisée les faits suivants :

Activités de
criminalité
organisée

[...]

b) se livrer, dans le cadre de la criminalité transnationale, à des activités telles le passage de clandestins, le trafic de personnes ou le recyclage des produits de la criminalité.

Décision de la Commission concernant les allégations d'abus de procédure

[9] Le demandeur affirmait que le ministre avait violé ses droits pour trois raisons : 1) le ministre s'était fondé sur des entrevues menées auprès de personnes dont l'identité n'avait pas été divulguée; 2) le ministre n'avait pas communiqué intégralement le contenu des entrevues en question; 3) le représentant du ministre, l'agent Lane de l'ASFC, avait utilisé des techniques d'entrevue abusives.

[10] Le demandeur a présenté trois demandes en vue d'obtenir : 1) l'exclusion des déclarations de deux agents de l'ASFC (les agents Puzeris et Gross), qui contenaient des notes d'entrevue concernant le rôle joué par le demandeur à bord du navire ainsi que des notes d'entrevue d'un informateur anonyme; 2) une ordonnance enjoignant au ministre de divulguer dans son intégralité la transcription de toutes les entrevues menées avec le demandeur, sa femme et les membres de sa famille; 3) l'exclusion des notes d'entrevue échangées entre l'agent Lane de l'ASFC et le demandeur et/ou la suspension de l'instance.

[11] Le 17 juin 2011, avant que l'examen des trois demandes ne commence, le ministre a transmis les notes d'entrevue ainsi que des enregistrements audio.

[12] On the second day of the hearing, June 23, 2011, the Minister advised the Board that he would not be pursuing the section 34 allegation that the applicant was inadmissible due to membership in the LTTE because there was insufficient information to support the allegation.

[13] The Board noted that this was a surprise given that the Minister had asserted that multiple confidential informants had said that B006 had been a member of the Sea Tigers and that the CBSA officers had repeatedly accused the applicant of lying about such membership, although he had consistently denied it. As noted above, following receipt of this information, the Board scheduled a detention review hearing and the applicant was released from detention on June 27, 2011.

[14] The Board also granted the application to exclude the declarations of officers Puzeris and Gross which provided confidential informant evidence.

[15] The only issue remaining to be addressed by the Board was the allegation that Officer Lane's interview tactics amounted to an abuse of process warranting a stay of proceedings or alternatively, that the interview notes should be excluded. The Board noted, however, that the applicant's allegation remained that the Minister's overall conduct constituted an abuse of process.

[16] The Board found that it had the jurisdiction to stay an admissibility hearing in rare cases but that a stay was not justified in this case.

[17] The Board referred to and considered the criteria established in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Parekh*, 2010 FC 692, [2012] 1 F.C.R. 169 (*Parekh*), at paragraph 60, that: (1) prejudice caused by the abuse will be manifested, perpetuated or aggravated through the conduct of the trial (or proceeding) or its outcome, and (2) no other remedy is reasonably capable of removing that prejudice.

[12] Le deuxième jour de l'audience, le 23 juin 2011, le ministre a informé la Commission qu'il se désistait de l'allégation fondée sur l'article 34 suivant laquelle le demandeur était interdit de territoire parce qu'il était membre des TLET, à défaut d'éléments d'information suffisants pour étayer cette allégation.

[13] La Commission a exprimé sa surprise en rappelant que le ministre avait affirmé que B006 avait été membre des Sea Tigers et que les agents de l'ASFC avaient accusé à plusieurs reprises le demandeur d'avoir menti au sujet de son appartenance aux Sea Tigers, et ce, même s'il avait constamment nié en être membre. Comme nous l'avons déjà signalé, à la suite de la réception de ces renseignements, la Commission a fixé la date du contrôle de la détention du demandeur, qui a été remis en liberté le 27 juin 2011.

[14] La Commission a également fait droit à la demande visant l'exclusion des déclarations des agents Puzeris et Gross, qui contenaient des témoignages d'informateurs anonymes.

[15] La seule question à laquelle la Commission devait répondre portait sur l'allégation suivant laquelle les techniques d'entrevue utilisées par l'agent Lane constituaient un abus de procédure justifiant la suspension de l'instance ou, à titre subsidiaire, l'exclusion des notes d'entrevue. La Commission a toutefois signalé que le demandeur continuait à affirmer que, par sa conduite générale, le ministre avait commis un abus de procédure.

[16] La Commission a rappelé qu'elle avait compétence pour suspendre une enquête dans de rares cas mais qu'en l'espèce, cette mesure n'était pas justifiée.

[17] La Commission a cité et examiné les critères énoncés dans la décision *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Parekh*, 2010 CF 692, [2012] 1 R.C.F. 169 (*Parekh*), au paragraphe 60, à savoir : 1) le préjudice causé par l'abus en question sera révélé, perpétué ou aggravé par le déroulement du procès (ou de l'instance) ou par son issue; 2) aucune autre mesure ne peut raisonnablement faire disparaître ce préjudice.

[18] With respect to the applicant's request to have the evidence of the interviews excluded, the Board acknowledged that Officer Lane had overstated the strength of the information the CBSA had against the applicant, accused the applicant of lying 14–15 times during the interviews, and aggressively questioned the applicant. The Board also expressed concerns about omissions from the notes.

[19] The Board denied the application for exclusion on the basis that the notes would not prejudice the applicant at his admissibility hearing given that he remained consistent in his testimony and denied having been a member of the LTTE.

[20] The Board also noted that the applicant was represented by counsel at the time of Officer Lane's interviews and that he never advised the Board that he felt threatened or intimidated by the officer.

The Board's Decision Regarding Admissibility

[21] The Board found reasonable grounds to believe that the applicant is a foreign national who engaged in people smuggling and was therefore inadmissible to Canada pursuant to paragraph 37(1)(b) of the Act.

[22] The Board considered the submissions of the parties regarding the appropriate definition of people smuggling. The applicant submitted that the definition should be guided by the definition of human smuggling in Article 3(a) of the *United Nations Convention against Transnational Organized Crime* [15 November 2000, 2225 U.N.T.S. 209] and the *Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Crime* [15 November 2000, 2241 U.N.T.S. 480] (the Protocol) whereby an element of material or financial gain is required. The Minister argued that there was no element of material benefit or financial gain and that the definition should be guided

[18] En ce qui concerne la demande présentée par le demandeur en vue de faire exclure les éléments de preuve recueillis lors des entrevues, la Commission a reconnu que l'agent Lane avait exagéré la solidité des renseignements que l'ASFC possédait contre le demandeur, avait accusé le demandeur d'avoir menti à 14 ou 15 reprises au cours des entrevues et avait interrogé de façon agressive le demandeur. La Commission s'est également dite préoccupée par certains faits omis dans les notes.

[19] La Commission a rejeté la demande d'exclusion au motif que les notes ne causeraient aucun préjudice au demandeur lors de son enquête, compte tenu du fait qu'il avait constamment affirmé qu'il n'avait jamais été membre des TLET.

[20] La Commission a également fait observer que le demandeur était représenté par un conseil lors de ses entrevues avec l'agent Lane et qu'il n'avait jamais laissé entendre à la Commission qu'il se sentait menacé ou intimidé par l'agent en question.

Décision de la Commission concernant l'interdiction de territoire

[21] La Commission a estimé qu'il existait des motifs raisonnables de croire que le demandeur était un étranger qui s'était livré au passage de clandestins, ce qui emportait interdiction de territoire par application de l'alinéa 37(1)b) de la Loi.

[22] La Commission a examiné les observations des parties au sujet de la définition appropriée de l'expression « passage de clandestins ». Le demandeur affirmait que cette définition devait s'inspirer de celle du « passage de clandestins » prévue à l'alinéa 3a) de la *Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée* [15 novembre 2000, 2225 R.T.N.U. 209] et le *Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, mer et air, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée* [15 novembre 2000, 2241 R.T.N.U. 480] (le Protocole), qui exige que le passeur ait retiré un avantage matériel ou financier. Le ministre soutenait qu'aucun avantage matériel ou financier

by subsection 117(1) of the Act, which at that time provided:

Organizing
entry into
Canada

117. (1) No person shall knowingly organize, induce, aid or abet the coming into Canada of one or more persons who are not in possession of a visa, passport or other document required by this Act.

[23] The applicant also submitted that he did not meet the definition in subsection 117(1) of the Act because he did not know that the passengers on board the *MV Sun Sea* were traveling without proper documentation and alternatively, his work on the ship, to the extent that it would be considered aiding persons to come into Canada, was performed under duress.

[24] The Board relied on the jurisprudence and concluded that the definition of people smuggling under paragraph 37(1)(b) of the Act is guided by section 117, which requires four elements to be met:

- (i) the person being smuggled did not have the required documentation to enter Canada;
- (ii) the person was coming into Canada;
- (iii) the person concerned (i.e., the applicant) was organizing, inducing, aiding or abetting the person to enter Canada; and
- (iv) the person concerned (i.e., the applicant) had knowledge of the lack of required documents.

[25] The Board found that at least 451 of the passengers did not have proper documentation. The Board also found that the route chosen by the *MV Sun Sea* was clearly intended for Canada and that the applicant himself testified that he knew the ship was destined for Canada.

[26] The Board acknowledged that there was no evidence that the applicant was involved in organizing the *MV Sun Sea* operation. The Board found, however,

n'avait été retiré et que la définition devait plutôt s'inspirer du paragraphe 117(1) de la Loi, dans sa rédaction alors en vigueur :

117. (1) Commet une infraction quiconque sciemment organise l'entrée au Canada d'une ou plusieurs personnes non munies des documents — passeport, visa ou autre — requis par la présente loi ou incite, aide ou encourage une telle personne à entrer au Canada.

Entrée
illégal

[23] Le demandeur affirmait également qu'il ne répondait pas à la définition du paragraphe 117(1) de la Loi parce qu'il ignorait que les passagers se trouvant à bord du *MS Sun Sea* n'étaient pas munis des documents requis et, à titre subsidiaire, que le travail qu'il avait effectué à bord du navire, dans la mesure où il serait considéré comme ayant encouragé des personnes à entrer au Canada, avait été effectué sous la contrainte.

[24] La Commission s'est fondée sur la jurisprudence pour conclure que la définition de l'expression « passage de clandestins » à l'alinéa 37(1)b) de la Loi devait s'inspirer de l'article 117, qui exige que les quatre conditions suivantes soient réunies :

- i) la personne que l'on fait entrer illégalement n'est pas munie des documents requis pour entrer au Canada;
- ii) le Canada est la destination de cette personne;
- iii) l'intéressé (le demandeur) a organisé l'entrée au Canada de cette personne, ou l'a incité, aidé ou encouragé à le faire;
- iv) l'intéressé (le demandeur) savait que la personne en question n'était pas munie des documents requis.

[25] La Commission a conclu qu'au moins 451 des passagers n'étaient pas munis des documents requis. Elle a également conclu que l'itinéraire choisi par le *MS Sun Sea* démontrait que le Canada était de toute évidence la destination du navire, d'autant plus que le demandeur lui-même avait déclaré qu'il savait que la destination du navire était le Canada.

[26] La Commission a reconnu que rien ne permettait de penser que le demandeur avait été impliqué dans l'organisation des activités du *MS Sun Sea*. La

that whether or not he knew he would be a crew member before he boarded, by agreeing to work in the engine room, he aided the other passengers on the ship to come to Canada.

[27] The Board noted the applicant's testimony that he did not think there was any way he could leave the ship because he had no passport and no authorization to be in Thailand and he feared what would happen to him and his son there and also feared that if he returned to Sri Lanka he would be tortured.

[28] The Board rejected the applicant's submission that he acted under duress. The Board referred to and relied on the three elements of the defence of necessity or duress established in *Perka et al. v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232 (*Perka*): (1) a threat of immediate peril or danger; (2) no legal alternative to the course of action taken; and (3) proportionality between the harm inflicted and the harm avoided.

[29] The Board found that there was no evidence of threats of immediate harm. The Board also found that the ship had remained close to shore in Thailand for three months and while the applicant may have speculated what would happen to him if he returned to Thailand without a passport, this does not constitute evidence of imminent danger. The applicant still owed \$30 000 to his agent and the Board found the applicant's evidence that he could not get in touch with his agent in Thailand, who had his passport, to not be credible.

[30] The Board rejected the applicant's assertion that he did not know that the passengers did not have valid travel documents. The Board found that the applicant's own experience working on a commercial ship would have caused him to know that a passport was needed to enter a country legally. The applicant had given his passport to his agent. The Board did not accept his excuse that his agent told him that he did not need a

Commission a toutefois conclu qu'indépendamment du fait qu'il ait su ou non qu'il ferait partie de l'équipage avant de monter à bord du navire, le demandeur avait aidé les autres passagers se trouvant à bord à entrer au Canada en acceptant de travailler à la salle des machines.

[27] La Commission a pris acte des explications du demandeur suivant lesquelles il ne croyait pas qu'il pouvait quitter le navire parce qu'il n'avait pas de passeport ni de document l'autorisant à se trouver en Thaïlande et qu'il craignait le sort qui les attendait, lui et son fils, en plus de craindre d'être torturé s'il devait retourner au Sri Lanka.

[28] La Commission a rejeté l'argument du demandeur suivant lequel il avait agi sous la contrainte. La Commission a mentionné les trois conditions à remplir, selon l'arrêt *Perka et al. c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232 (*Perka*), pour pouvoir faire valoir un moyen de défense fondé sur la nécessité ou la contrainte : 1) existence d'une menace de péril ou de danger immédiat; 2) l'intéressé ne devait pas disposer d'autre solution raisonnable et légale que d'agir comme il l'a fait; 3) proportionnalité entre le mal infligé et le mal évité.

[29] La Commission a estimé que rien ne permettait de conclure à un risque de danger immédiat. Elle a également signalé que le navire avait longé les côtes thaïlandaises pendant trois mois et que, même si le demandeur avait pu faire des hypothèses quant à son sort s'il devait retourner en Thaïlande sans passeport, ces suppositions ne constituaient pas une preuve d'un danger imminent. Le demandeur devait encore 30 000 \$ à son agent et la Commission a jugé non crédibles les explications du demandeur suivant lesquelles il ne pouvait entrer en communication avec son agent en Thaïlande et que c'était ce dernier qui avait son passeport.

[30] La Commission a également rejeté l'affirmation du demandeur suivant laquelle il ignorait que les autres passagers n'étaient pas munis de titres de voyage valides. La Commission a conclu que, d'après sa propre expérience de travail à bord de navires commerciaux, le demandeur aurait dû savoir qu'il est nécessaire d'être muni d'un passeport pour entrer légalement dans un pays. Le demandeur avait remis son passeport à son

passport to make a refugee claim in Canada. The Board further found that it would have been obvious to the applicant when he promised to pay his agent \$30 000 and when he saw the condition of the MV *Sun Sea* that he was not coming to Canada by legal means. He knew he could not travel to Canada commercially without a passport or visa whether to claim refugee status or not. The Board, therefore, found it implausible that he was not aware that other passengers were in the same situation without documentation.

[31] The Board found that all four elements of the definition of people smuggling had been met, and concluded that there were reasonable grounds to believe that the applicant is a foreign national who engaged, in the context of transnational crime, in people smuggling.

The Issues

[32] The two broad issues are whether the Board erred in finding that a stay of proceedings is not justified and whether the Board's finding that the applicant is inadmissible pursuant to paragraph 37(1)(b) is reasonable. The applicant raised several specific issues which will be addressed in responding to the broader issues.

Standard of Review

[33] The applicant submits that the standard of correctness applies to the articulation of the test for abuse of process and that the Board did not apply the correct test because it found that actual prejudice was a precondition for a finding of abuse of process.

[34] The applicant agrees that questions of mixed fact and law would be reviewable on the reasonableness standard and the Board's application of the correct test to the facts would be reviewed accordingly.

agent. La Commission n'a pas accepté l'excuse du demandeur suivant laquelle son agent lui avait dit qu'il n'avait pas besoin de passeport pour demander l'asile au Canada. La Commission a également conclu qu'il aurait dû être évident pour le demandeur, lorsqu'il a promis de verser 30 000 \$ à son agent et qu'il a vu l'état du MS *Sun Sea*, qu'il n'allait pas entrer au Canada par des moyens légaux. Il savait qu'il ne pouvait se rendre au Canada à bord d'un navire commercial sans être muni d'un passeport ou d'un visa, et ce, qu'il demande ou non l'asile. La Commission a par conséquent conclu qu'il était invraisemblable que le demandeur n'ait pas été au courant que les autres passagers se trouvaient dans la même situation que lui, c'est-à-dire sans papiers.

[31] La Commission a conclu que les quatre éléments de la définition de l'expression « passage de clandestins » étaient tous réunis et a estimé qu'il existait des motifs raisonnables de croire que le demandeur était un étranger qui s'était livré au passage de clandestins dans le cadre de la criminalité transnationale.

Questions en litige

[32] Les deux grandes questions soulevées en l'espèce sont celles de savoir, en premier lieu, si la Commission a commis une erreur en concluant qu'une suspension de l'instance n'était pas justifiée et, en second lieu, si l'interdiction de territoire prononcée par la Commission contre le demandeur en vertu de l'alinéa 37(1)(b) était raisonnable. Le demandeur a soulevé plusieurs questions précises sur lesquelles nous reviendrons lorsque nous répondrons aux questions plus générales.

Norme de contrôle

[33] Le demandeur affirme que c'est la norme de la décision correcte qui s'applique à la formulation du critère de l'abus de procédure et que la Commission n'a pas appliqué le bon critère parce qu'elle a conclu que l'existence d'un préjudice réel était une condition préalable à toute conclusion d'abus de procédure.

[34] Le demandeur est d'accord pour dire que les questions mixtes de fait et de droit sont assujetties à la norme de contrôle de la décision raisonnable et que l'application, par la Commission, du bon critère

[35] I agree that the standard of correctness applies to the articulation of the legal test for abuse of process. However, I do not agree that the Board misstated the test. The Board acknowledged the case law that has established the test and how that test had been applied to different fact situations. The Board captured the key aspects of the correct test and adapted it to the circumstances before it and applied it appropriately.

[36] The standard of review for both the Board's determination that there was no abuse of process and the Board's determination that the applicant was inadmissible pursuant to paragraph 37(1)(b) is that of reasonableness.

[37] The Federal Court of Appeal, in *B010 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FCA 87, [2014] 4 F.C.R. 326 (*B010*), at paragraphs 60–72, confirmed that the standard of review to be applied to the Board's interpretation of people smuggling in paragraph 37(1)(b) is that of reasonableness and that deference is owed.

[38] The role of the Court is, therefore, to determine whether the decision under review “falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law” (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 47). Several outcomes may be reasonable and “as long as the process and the outcome fit comfortably with the principles of justification, transparency and intelligibility, it is not open to a reviewing court to substitute its own view of a preferable outcome” (*Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraph 59).

Abuse of Process

Did the Board err in law by failing to consider the misconduct complained of on a cumulative basis?

aux faits de l'espèce doit faire l'objet d'un contrôle en conséquence.

[35] Je suis d'accord pour dire que la norme de la décision correcte est celle qui s'applique au critère légal de l'abus de procédure. Je ne suis toutefois pas d'accord pour dire que la Commission a mal formulé ce critère. La Commission a pris acte de la jurisprudence dans laquelle le critère a été énoncé et de la façon dont ce critère a été appliqué dans diverses situations factuelles. La Commission a saisi les aspects essentiels du critère applicable, a adapté celui-ci à la situation qui lui était soumise et l'a correctement appliqué.

[36] La norme de contrôle applicable à la conclusion de la Commission quant à l'absence d'abus de procédure et à l'interdiction de territoire du demandeur en vertu de l'alinéa 37(1)(b) est celle de la décision raisonnable.

[37] Dans l'arrêt *B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CAF 87, [2014] 4 R.C.F. 326 (*B010*), aux paragraphes 60 à 72, la Cour d'appel fédérale a confirmé que la norme de contrôle à appliquer à l'interprétation, par la Commission, de l'expression « passage de clandestins » à l'alinéa 37(1)(b) était celle de la décision raisonnable et qu'il y avait lieu de faire preuve de déférence envers la décision de la Commission.

[38] Le rôle de la Cour consiste donc à vérifier si la décision à l'examen « [appartient] aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, au paragraphe 47). Plusieurs issues peuvent être raisonnables et, dès lors que « le processus et l'issue en cause cadrent bien avec les principes de justification, de transparence et d'intelligibilité, la cour de révision ne peut y substituer l'issue qui serait à son avis préférable » (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, au paragraphe 59).

Abus de procédure

La Commission a-t-elle commis une erreur de droit en n'examinant pas de façon cumulative les actes répréhensibles reprochés?

Did the Board err in ignoring specific egregious conduct by the Minister?

[39] The applicant submits that the conduct of the Minister, through his representatives, CBSA officers, must be considered cumulatively to determine whether a stay of proceedings is justified.

[40] The applicant alleged the following misconduct by the Minister's representatives: reliance on confidential informant information; failure to disclose all the relevant material to the applicant and to the Board; reliance on an altered (i.e., incomplete) transcript of interviews; misleading submissions on the strength of the case against the applicant which contributed to his prolonged detention; abusive interrogations by Officer Lane, which included threats, lies, and trickery; breach of the applicant's right to counsel by Officer Lane; and, offering false inducements, for example, that if the applicant told the truth it would be helpful to any ministerial relief application.

[41] The applicant submits that in addition to ignoring some of the specific misconduct, in particular the breach of the applicant's right to counsel and the offer of false inducements to the applicant and the applicant's wife, the Board failed to consider the totality of the other misconduct, including that which it provided remedies for.

[42] The applicant argues that in the course of an interview, Officer Lane told the applicant that he would be writing a section 44 report, but continued to question the applicant after the applicant indicated he wanted to consult counsel.

[43] The respondent submits that the Board considered all the misconduct alleged individually and cumulatively.

La Commission a-t-elle commis une erreur en ne tenant pas compte de certains comportements gravement répréhensibles du ministre?

[39] Le demandeur affirme qu'il faut examiner de façon cumulative la conduite du ministre, qui agissait par l'intermédiaire de ses représentants, en l'occurrence les agents de l'ASFC, pour décider s'il y a lieu de suspendre l'instance.

[40] Le demandeur reproche les agissements suivants aux représentants du ministre : l'importance qu'ils ont accordée aux renseignements communiqués par des informateurs; leur défaut de communiquer tous les éléments pertinents au demandeur et à la Commission; l'importance qu'ils ont accordée à une transcription modifiée (c.-à-d. incomplète) des entrevues; les arguments trompeurs qu'ils ont formulés sur la foi de la preuve qui pèse contre le demandeur, ce qui a contribué au maintien en détention de ce dernier; les interrogatoires abusifs de l'agent Lane, qui a notamment recouru à des menaces, des mensonges et de la supercherie; la violation, par l'agent Lane, du droit du demandeur de consulter un avocat et le fait qu'il a proposé des mesures incitatives fausses en expliquant au demandeur que, s'il disait la vérité, il lui serait plus facile d'obtenir une dispense ministérielle.

[41] Le demandeur soutient qu'en plus de faire abstraction de certains des actes répréhensibles reprochés, notamment la violation du droit du demandeur à un avocat et l'offre de fausses mesures incitatives au demandeur et à son épouse, la Commission n'a pas examiné tous les autres actes répréhensibles, y compris ceux pour lesquelles la Commission a accordé une réparation.

[42] Le demandeur affirme qu'au cours de l'entrevue, l'agent Lane lui a dit qu'il rédigerait un rapport en vertu de l'article 44 [de la Loi], mais qu'il a continué à l'interroger même après que le demandeur lui eut fait part de son désir de consulter un avocat.

[43] Selon le défendeur, la Commission a tenu compte tant de façon individuelle que cumulative de tous les actes répréhensibles reprochés.

[44] The respondent submits that the Minister was entitled to attempt to introduce confidential informant testimony and any deficiencies in that evidence would have been taken into account in attributing the appropriate weight. Moreover, the applicant suffered no prejudice since the Board excluded the evidence.

[45] The respondent notes that it disclosed what it considered to be relevant in accordance with the Act. Moreover, the Minister later agreed to provide the requested material. Therefore this can not be considered abusive or misconduct.

[46] The respondent appears to agree that the interview notes should have indicated that they were a summary, but regardless, the omissions do not amount to abuse, nor does the error with respect to the duration of the interview with the applicant's wife.

[47] The respondent notes that information was evolving in the investigation regarding the MV *Sun Sea* and the fact that the information from the informants was later found not to be reliable does not mean that relying on it at the earlier detention reviews was abusive. The officers had reason to believe the applicant was linked to the LTTE and/or Sea Tigers given that his brother was a member of the LTTE, the applicant had worked on the LTTE ship, the *Omiros*, in the 1990s and the applicant had lied about both of these facts in early interviews.

[48] The respondent submits that Officer Lane's interviewing techniques were not abusive. Given the scope and complexity of the MV *Sun Sea* investigation, the belief that the applicant was linked to the LTTE and his earlier misrepresentations, the style of accusatory questioning was not excessive. The respondent also submits that the officer did not offer any inducement by advising the applicant and his wife that telling the truth would serve the applicant well in any ministerial relief application.

[44] Le défendeur affirme que le ministre avait le droit d'essayer de déposer le témoignage d'informateurs et que l'on tiendrait compte des lacunes de ces témoignages en leur accordant le poids approprié. De plus, le demandeur n'a subi aucun préjudice, étant donné que la Commission a exclu ces éléments de preuve.

[45] Le défendeur signale qu'il a communiqué les éléments qu'il estimait pertinents conformément à la Loi. De plus, le ministre a par la suite accepté de fournir les éléments demandés. Par conséquent, on ne peut qualifier d'abus ou de répréhensible sa façon d'agir.

[46] Le défendeur semble être d'accord pour dire qu'il aurait dû être précisé dans les notes d'entrevue qu'il s'agissait d'un résumé, ajoutant qu'indépendamment de cette lacune, les omissions ne constituent pas un abus, pas plus que l'erreur de calcul de la durée de l'entrevue de la femme du demandeur.

[47] Le défendeur fait observer que les renseignements évoluaient au fur et à mesure que se déroulait l'enquête concernant le MS *Sun Sea* et que le fait que les renseignements fournis par les informateurs n'ont par la suite pas été jugés fiables ne signifie pas pour autant qu'on avait auparavant commis un abus en se fondant sur ces renseignements lors des contrôles de détention antérieurs. Les agents avaient des motifs de croire que le demandeur entretenait des liens avec les TLET et/ou les Sea Tigers, compte tenu du fait que son frère était membre des TLET, que le demandeur avait travaillé à bord d'un navire des TLET, l'*Omiros*, et qu'au cours des années 1990, le demandeur avait menti sur ces deux faits lors d'entrevues.

[48] Le défendeur affirme que les techniques d'entrevue de l'agent Lane n'étaient pas abusives. Vu l'ampleur et la complexité de l'enquête relative au MS *Sun Sea*, l'agent n'a pas eu un comportement excessif en estimant qu'il existait des liens entre le demandeur et les TLET. Le défendeur ajoute que, vu les fausses déclarations que le demandeur avait faites antérieurement, le style d'interrogatoire accusatoire n'était pas excessif. Le défendeur affirme également que l'agent n'a pas offert de mesures incitatives en disant au demandeur et sa

[49] In looking at the conduct individually and cumulatively, the respondent submits that it does not come close to being one of the “clearest of cases” to justify a stay of proceedings.

The Board considered the conduct individually and cumulatively

[50] Reading the reasons as a whole I find that the Board did consider all the allegations of misconduct individually and cumulatively. Although the only issue that remained to be addressed by the Board was the abusive interrogation tactics of Officer Lane, the Board was aware of and considered the broader circumstances, including the late disclosure and the section 34 allegations. The Board specifically addressed the allegations that the applicant had been denied his right to counsel, but as noted by the respondent, the applicant had indicated that he would speak with his counsel the next day and did not assert that he could not continue with the questioning.

[51] The Board made several critical comments about the interrogation or interview tactics as a whole but did not conclude that these tactics amounted to an abuse of process.

[52] For example, the Board observed that Officer Lane’s methods of questioning were “unlike anything” it had “previously observed from a CBSA officer” and that he had “proceeded in a far more aggressive manner than I have so far observed being taken in interviews of refugee claimants”.

Did the Board err in law in its articulation of the test for abuse of process?

femme que le fait de dire la vérité pourrait lui être fort utile s’ils devaient présenter une demande de dispense ministérielle.

[49] À l’égard des agissements reprochés de façon individuelle et cumulative, le défendeur fait valoir que ces actes sont loin de répondre au critère des « cas les plus manifestes » justifiant une suspension de l’instance.

La Commission a examiné les agissements de façon individuelle et cumulative

[50] En lisant les motifs dans leur ensemble, j’estime que la Commission a effectivement examiné toutes les allégations d’inconduite individuellement et cumulativement. Même si la seule question qu’il restait à la Commission à aborder concernait les techniques d’interrogatoire abusives reprochées à l’agent Lane, la Commission était consciente des circonstances plus générales et elle les a prises en considération, en tenant notamment compte de la communication tardive des renseignements et des allégations fondées sur l’article 34. La Commission a expressément traité des allégations suivant lesquelles le demandeur avait été privé de son droit à un avocat, mais, comme le défendeur l’a fait observer, le demandeur avait expliqué qu’il parlerait à son avocat le lendemain et il n’avait pas déclaré qu’il refusait de continuer l’interrogatoire.

[51] La Commission a formulé plusieurs critiques au sujet des techniques d’interrogatoire ou d’entrevue dans leur ensemble sans toutefois conclure que ces techniques constituaient un abus de procédure.

[52] Par exemple, la Commission a fait observer que les méthodes d’interrogatoire employées par l’agent Lane [TRADUCTION] « ne ressemblent en rien à ce qu’on a déjà observé chez les agents de l’ASFC », ajoutant que l’agent Lane avait [TRADUCTION] « été beaucoup plus agressif que ce que j’ai jusqu’ici observé lors des entrevues de demandeurs d’asile ».

La Commission a-t-elle commis une erreur de droit dans la façon dont elle a formulé le critère de l’abus de procédure?

Did the Board reasonably conclude that the test for abuse of process warranting a stay of proceedings was not met?

[53] The applicant submits that the Board erred in law in finding that actual prejudice was a precondition for a finding of abuse of process.

[54] The respondent submits that the Board applied the correct test; it considered whether the administration of justice would be brought into disrepute and whether the community's sense of fair play would be offended by continuing with the proceedings. However, the applicant simply did not establish that the misconduct alleged would prejudice the integrity of the justice system. To rise to the level of abuse of process, the conduct must cause actual prejudice to the fairness of the proceedings or to the public's confidence in the integrity of the justice system and this conduct did not reach that threshold.

The Board applied the correct test and reached a reasonable conclusion

[55] As noted above, I do not agree that the Board erred in articulating the test for abuse of process nor do I agree that the Board found that prejudice was a precondition to a determination that an abuse of process had occurred.

[56] The case law, including *R. v. Nixon*, 2011 SCC 34, [2011] 2 S.C.R. 566 (*Nixon*), establishes that prejudice to the accused (in a criminal prosecution) is not determinative of abuse of process, but is relevant.

[57] In *Nixon*, the Supreme Court of Canada noted, at paragraph 41:

Under the residual category of cases, prejudice to the accused's interests, although relevant, is not determinative. Of course, in most cases the accused will need to demonstrate that he or she was prejudiced by the prosecutorial conduct in some

La Commission a-t-elle conclu de façon raisonnable que le critère de l'abus de procédure justifiant une suspension de l'instance n'avait pas été respecté?

[53] Le demandeur affirme que la Commission a commis une erreur de droit en concluant que l'existence d'un préjudice réel était une condition préalable à toute conclusion d'abus de procédure.

[54] Le défendeur affirme que la Commission a appliqué le bon critère en se demandant si l'administration de la justice serait déconsidérée ou si l'on porterait atteinte au sens de l'équité de la société si l'on permettait la poursuite de l'instance. Toutefois, le demandeur n'avait, selon le défendeur, tout simplement pas démontré que l'inconduite reprochée porterait atteinte à l'intégrité du système de justice. Pour pouvoir être considérés comme un abus de procédure, les agissements reprochés doivent porter effectivement atteinte à l'équité de la procédure ou miner la confiance du public envers l'intégrité du système de justice. Or, les agissements reprochés en l'espèce ne satisfont pas à ce critère.

La Commission a appliqué le bon critère et a tiré une conclusion raisonnable

[55] Comme je l'ai déjà signalé, je ne suis pas d'accord pour dire que la Commission a commis une erreur en énonçant le critère de l'abus de procédure pas plus que je suis d'accord pour dire que la Commission a estimé que l'existence d'un préjudice était une condition préalable à toute conclusion d'abus de procédure.

[56] Suivant la jurisprudence, et notamment l'arrêt *R. c. Nixon*, 2011 CSC 34, [2011] 2 R.C.S. 566 (*Nixon*), le préjudice causé à l'accusé (dans un procès au criminel) est un facteur pertinent mais non déterminant quant à l'existence d'un abus de procédure.

[57] Dans l'arrêt *Nixon*, la Cour suprême du Canada a fait observer, au paragraphe 41 :

Dans la catégorie résiduelle de cas, l'atteinte aux droits de l'accusé est pertinente mais non déterminante. Bien entendu, dans la plupart des cas, l'accusé n'établira le bien-fondé de son allégation d'abus de procédure que s'il parvient à démontrer

significant way to successfully make out an abuse of process claim. But prejudice under the residual category of cases, is better conceptualized as an act tending to undermine society's expectations of fairness in the administration of justice.

[58] The Court went on to note that a balancing was required.

[59] And at paragraph 42, the Court noted:

The test for granting a stay of proceedings for abuse of process, regardless of whether the abuse causes prejudice to the accused's fair trial interests or to the integrity of the justice system, is that set out in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobias*, [1997] 3 S.C.R. 391, and *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297. A stay of proceedings will only be appropriate when: “(1) the prejudice caused by the abuse in question will be manifested, perpetuated or aggravated through the conduct of the trial, or by its outcome; and (2) no other remedy is reasonably capable of removing that prejudice” (*Regan*, at para. 54, citing *O'Connor*, at para. 75). [My emphasis.]

[60] In *Parekh*, Justice Tremblay-Lamer considered whether an abuse of process resulted from a lengthy delay in processing of a citizenship application, and characterized the test for abuse of process, at paragraph 24:

Generally speaking, a court will find that an attempt to apply or enforce legislation has become an abuse of process when the public interest in the enforcement of legislation is outweighed by the public interest in the fairness of administrative or legal proceedings; see *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307, at paragraph 120, where the test is set out as follows:

In order to find an abuse of process, the court must be satisfied that, “the damage to the public interest in the fairness of the administrative process should the proceeding go ahead would exceed the harm to the public interest in the enforcement of the legislation if the proceedings were halted” [Donald J.M. Brown & John M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, loose-leaf (Toronto: Canvasback, 1998, at p. 9-68)]. According to L'Heureux-Dubé J. in [*R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, 89 C.C.C. (3d) 1 (*Power*)], at p. 616,

que la conduite du poursuivant lui a causé un certain préjudice. Cependant, en ce qui concerne cette catégorie de cas, il est préférable de concevoir le préjudice subi comme un acte tendant à miner les attentes de la société sur le plan de l'équité en matière d'administration de la justice.

[58] La Cour a poursuivi en expliquant qu'un exercice de pondération s'imposait.

[59] Au paragraphe 42, la Cour fait observer ce qui suit :

Le critère à appliquer pour décider s'il y a lieu d'accorder une suspension de l'instance pour abus de procédure, peu importe qu'il y ait eu ou non atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable ou à l'intégrité du système de justice, est celui qui a été exposé dans *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobias*, [1997] 3 R.C.S. 391, et *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297. Il ne conviendra d'ordonner la suspension de l'instance que lorsque les deux critères suivants seront remplis : « (1) le préjudice causé par l'abus en question sera révélé, perpétué ou aggravé par le déroulement du procès ou par son issue; (2) aucune autre réparation ne peut raisonnablement faire disparaître ce préjudice » (*Regan*, par. 54, citant *O'Connor*, par. 75). [Non souligné dans l'original.]

[60] Dans la décision *Parekh*, la juge Tremblay-Lamer s'est demandé si le long retard qu'accusait le traitement d'une demande de citoyenneté constituait un abus de procédure. Voici comment elle décrit le critère de l'abus de procédure, au paragraphe 24 :

De manière générale, une cour de justice conclura que des efforts en vue d'appliquer ou d'exécuter la loi constituent un abus de procédure quand l'intérêt du public à l'exécution de la loi est supplanté par l'intérêt du public à l'équité des procédures administratives ou judiciaires; voir *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307, au paragraphe 120, où le critère est ainsi défini :

Pour conclure qu'il y a eu abus de procédure, la cour doit être convaincue que [TRADUCTION] « le préjudice qui serait causé à l'intérêt du public dans l'équité du processus administratif, si les procédures suivaient leur cours, excéderait celui qui serait causé à l'intérêt du public dans l'application de la loi, s'il était mis fin à ces procédures » (Brown et Evans, *op. cit.*, à la p. 9-68). Le juge L'Heureux-Dubé affirme dans *Power*, précité, à la p. 616, que, d'après la jurisprudence, il y a « abus de procédure » lorsque la situation est à ce point viciée

“abuse of process” has been characterized in the jurisprudence as a process tainted to such a degree that it amounts to one of the clearest of cases. In my opinion, this would apply equally to abuse of process in administrative proceedings. For there to be abuse of process, the proceedings must, in the words of L’Heureux-Dubé J., be “unfair to the point that they are contrary to the interests of justice” (p. 616). “Cases of this nature will be extremely rare” (*Power, supra*, at p. 616). In the administrative context, there may be abuse of process where conduct is equally oppressive.

[61] The Board did not find that actual prejudice to the applicant was a condition precedent to abuse of process, but the Board did consider whether he would suffer prejudice, as prejudice is a relevant factor which would inform the fairness of the admissibility hearing and would inform whether remedies short of a stay are appropriate. As noted in *Power [R. v. Power, [1994] 1 S.C.R. 601]* (cited by Justice Tremblay-Lamer in *Parekh*), a stay of proceedings is a last resort to be relied on only in the clearest of cases.

[62] The Board referred to the case law that establishes the test for abuse of process in the administrative law context. The Board noted specifically the cases that dealt with delay, including *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307 (*Blencoe*); *Beltran v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 516, 234 C.R.R. (2d) 145, and *Parekh*, which noted the need to consider whether the Minister’s actions would bring the “administration of justice into disrepute” or “offend the community’s sense of fair play” if the proceedings continued.

[63] The Board stated that it applied the test which was set out in *Blencoe* and the criteria set out in *Parekh*: (1) the prejudice caused by the abuse in question will be manifested, perpetuated, or aggravated through the conduct of the trial, or by its outcome; and (2) no other remedy is reasonably capable of removing that prejudice.

qu’elle constitue l’un des cas les plus manifestes. À mon sens, cela s’appliquerait autant à l’abus de procédure en matière administrative. Pour reprendre les termes employés par le juge L’Heureux-Dubé, il y a abus de procédure lorsque les procédures sont « injustes au point qu’elles sont contraires à l’intérêt de la justice » (p. 616). « Les cas de cette nature seront toutefois extrêmement rares » (*Power*, précité, à la p. 616). Dans le contexte administratif, il peut y avoir abus de procédure lorsque la conduite est tout aussi oppressive.

[61] La Commission n’a pas conclu que le demandeur devait avoir subi un préjudice réel avant qu’on puisse conclure à un abus de procédure, mais elle s’est effectivement demandé si le demandeur subirait un préjudice, étant donné que l’existence d’un préjudice est un facteur pertinent qui permet de se prononcer sur l’équité de l’enquête et de déterminer si d’autres réparations qu’une suspension sont appropriées. Comme on l’a fait remarquer dans l’arrêt *Power [R. c. Power, [1994] 1 R.C.S. 601]* (cité par la juge Tremblay-Lamer dans la décision *Parekh*), la suspension de l’instance est une mesure de dernier recours qui ne doit être utilisée que dans les cas les plus évidents.

[62] La Commission a cité des décisions dans lesquelles le critère de l’abus de procédure avait été défini dans le contexte du droit administratif. La Commission a mentionné expressément des affaires portant sur des délais, notamment les décisions *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307 (*Blencoe*); *Beltran c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 516 et *Parekh*, dans lesquelles il était fait état de la nécessité de se demander si les agissements du ministre seraient susceptibles de « déconsidérer l’administration de la justice » ou de « porter atteinte au sens de l’équité de la société » advenant la poursuite de l’instance.

[63] La Commission a affirmé qu’elle avait appliqué le critère énoncé dans l’arrêt *Blencoe* et la décision *Parekh* : 1) le préjudice causé par l’abus en question sera révélé, perpétué ou aggravé par le déroulement du procès ou par son issue; 2) aucune autre réparation ne peut raisonnablement faire disparaître ce préjudice.

[64] The Board considered both criteria and determined that although B006 may have suffered distress in the interview process, that distress would not be manifested, perpetuated or aggravated by proceeding with the admissibility hearing. In addition, the interview notes would not prejudice B006 because he consistently denied his involvement with the LTTE.

[65] The applicant argues that the Board only assessed prejudice from the perspective of the applicant and did not analyse the harm that would result to the integrity of the justice system or to the community's notion of decency.

[66] The Board addressed the conduct which it found to be bordering on abusive and provided specific remedies. The Board then addressed the remaining allegations within the broader context of what the applicant had experienced, including his detention and the abandonment of the allegations pursuant to section 34.

[67] The tests for abuse of process considered by the Board were developed to address different scenarios, primarily in criminal proceedings. None of the tests that the applicant submitted to the Board were the perfect fit for the applicant's allegations of abuse. However, the Board considered the legal tests, adapted them and applied them to the allegations of misconduct in the admissibility proceedings. In concluding that the remedy of a stay was not warranted, it is apparent that the Board considered the bigger picture including the integrity of the justice system.

[68] The Board applied the correct test and reasonably concluded that the remedy of a stay of proceedings was not justified. Similarly, the Board reasonably concluded that the notes of the four interviews in question should not be excluded. The Board noted the interview tactics were aggressive and intimidating but did not produce any evidence that would be prejudicial to the applicant.

[64] La Commission a examiné les deux critères et a estimé que, même si B006 avait pu souffrir d'angoisse au cours de l'entrevue, cette angoisse ne serait pas révélée, perpétuée ou aggravée par la tenue de l'enquête. De plus, les notes d'entrevue ne causeraient aucun préjudice à B006 parce qu'il avait constamment nié toute implication avec les TLET.

[65] Le demandeur soutient que la Commission n'a évalué le préjudice que du point de vue du demandeur et qu'elle n'a pas analysé l'atteinte qui serait portée à l'intégrité du système de justice ou à la conception de l'équité que se fait la société.

[66] La Commission s'est penchée sur les agissements qui frôlaient, selon elle, l'abus et a accordé des réparations particulières. La Commission a ensuite examiné les autres allégations dans le cadre plus large de ce que le demandeur avait vécu, y compris sa détention, et elle a tenu compte du désistement des allégations fondées sur l'article 34.

[67] Les critères de l'abus de procédure dont la Commission a tenu compte ont été élaborés pour répondre à divers scénarios, surtout en matière criminelle. Aucun des critères évoqués par le demandeur devant la Commission ne cadrerait parfaitement avec ses allégations d'abus. Toutefois, la Commission a examiné les critères juridiques, les a adaptés et les a appliqués aux allégations d'actes répréhensibles commis au cours de l'enquête. Pour conclure qu'une suspension n'était pas justifiée, la Commission a vraisemblablement tenu compte du contexte plus large et notamment de la question de l'intégrité du système de justice.

[68] La Commission a appliqué le bon critère et a conclu de façon raisonnable que la suspension de l'instance n'était pas justifiée. Dans le même ordre d'idées, c'est de façon raisonnable que la Commission a conclu que les notes prises lors des quatre entrevues en question ne devaient pas être exclues. La Commission a convenu que les techniques d'entrevue étaient agressives et intimidantes mais a estimé que rien ne permettait de penser que cette façon de procéder avait causé un préjudice au demandeur.

[69] It must be kept in mind that 492 persons arrived on the MV *Sun Sea*. The applicant was a member of the crew. The Minister had reasonable grounds to believe that the applicant was a member of the LTTE. The lengthy, repetitive and badgering questioning was clearly stressful and emotionally draining for the applicant, but this cannot, on its own, meet the test for abuse of process in an investigation as complex and large as this one.

Should the Court find abuse of process and direct the Board to stay the proceedings?

[70] I have found that the Board did not err in its application of the test for abuse of process and reasonably found that a stay of proceedings was not justified. Therefore, it is not necessary to address this issue.

Did the Board err in finding that section 7 is not engaged?

[71] The applicant submits that the Board erred in finding that section 7 of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982, 1982, c. 11* (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] was not engaged. Although the applicant agrees that section 7 would not be dispositive of the abuse of process issues, he submits that section 7 applies to the breach of the applicant's right to counsel during one interview and to the issue of the overbreadth of section 37, which, in the applicant's submission, would capture the conduct of aid workers and others who assist refugees to flee.

[72] The respondent submits that section 7 is simply not engaged on an admissibility hearing and that the time to assess risk would be at the time of removal.

[69] Il convient de rappeler que 492 personnes sont arrivées à bord du MS *Sun Sea*. Le demandeur faisait partie de l'équipage. Le ministre avait des motifs raisonnables de croire que le demandeur était membre des TLTE. L'interrogatoire musclé, long et répétitif qu'a subi le demandeur était de toute évidence stressant et épuisant sur le plan émotif pour le demandeur, mais ce fait ne saurait à lui seul satisfaire au critère de l'abus de procédure dans le contexte d'une enquête aussi complexe et vaste que celle-ci.

La Cour devrait-elle conclure à l'abus de procédure et enjoindre à la Commission de suspendre l'instance?

[70] J'en suis arrivée à la conclusion que la Commission n'a pas commis d'erreur dans son application du critère de l'abus de procédure et que c'est de façon raisonnable qu'elle a conclu qu'une suspension de l'instance n'était pas justifiée. Par conséquent, il n'est pas nécessaire d'examiner cette question.

La Commission a-t-elle commis une erreur en concluant que l'article 7 ne s'appliquait pas?

[71] Le demandeur affirme que la Commission a commis une erreur en concluant que l'article 7 de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] ne s'appliquait pas. Bien que le demandeur soit d'accord pour dire que l'article 7 ne permettrait pas de trancher les questions relatives à l'abus de procédure, il soutient que l'article 7 s'applique à la violation du droit du demandeur à un avocat au cours d'une des entrevues, ainsi qu'à la question de la portée excessive de l'article 37, lequel, suivant le demandeur, viserait les travailleurs humanitaires et les autres personnes qui aident les réfugiés à s'enfuir.

[72] Le défendeur soutient que l'article 7 ne s'applique tout simplement pas au cours d'une enquête et que c'est au moment de l'expulsion qu'il convient d'évaluer le risque.

[73] The issue of overbreadth is addressed below. As noted above, the Board considered the applicant's allegation that he was denied his right to counsel and reasonably concluded that he was not.

Admissibility

Did the Board err in interpreting paragraph 37(1)(b) of the Act by relying on section 117 of the Act, an overbroad provision which has been found to be unconstitutional?

[74] The Board did not err in relying on section 117 to guide the interpretation of people smuggling in paragraph 37(1)(b).

[75] In *B010*, the Federal Court of Appeal confirmed that people smuggling as contemplated in paragraph 37(1)(b), which provides that a person is inadmissible on grounds of organized criminality for “engaging, in the context of transnational crime, in activities such as people smuggling, trafficking in persons or money laundering” does not require that there be any financial or material benefit for the smuggler. The Court of Appeal answered a certified question as follows, at paragraph 8:

Yes, it is reasonable to define inadmissibility under paragraph 37(1)(b) by relying upon subsection 117(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, which makes it an offence to knowingly organize, induce, aid or abet the coming into Canada of one or more persons who are not in possession of a visa, passport or other document required by the Act. To do so is not inconsistent with Canada's international legal obligations.

[76] When relying on the elements of the section 117 offence as the conduct that will form the basis of a finding of inadmissibility under section 37, it is

[73] La question de la portée excessive sera examinée plus loin. Comme nous l'avons déjà signalé, la Commission a examiné l'allégation du demandeur suivant laquelle il avait été privé de son droit à un avocat et elle a raisonnablement conclu qu'il n'en avait pas été privé.

Interdiction de territoire

La Commission a-t-elle commis une erreur dans son interprétation de l'alinéa 37(1)(b) de la Loi en se fondant sur l'article 117 de la Loi, une disposition dont la portée est excessive et qui a été jugée inconstitutionnelle?

[74] La Commission n'a pas commis d'erreur en se fondant sur l'article 117 pour la guider dans son interprétation de l'expression « passage de clandestins » à l'alinéa 37(1)(b).

[75] Dans l'arrêt *B010*, la Cour d'appel fédérale a confirmé qu'il n'était pas nécessaire que le passeur ait tiré un avantage financier ou un autre avantage matériel pour conclure à un passage de clandestins au sens de l'alinéa 37(1)(b), qui prévoit qu'emporte interdiction de territoire pour criminalité organisée le fait de « se livrer, dans le cadre de la criminalité transnationale, à des activités telles le passage de clandestins, le trafic de personnes ou le recyclage des produits de la criminalité », sans qu'il soit nécessaire que le passeur en ait retiré un avantage matériel ou financier. La Cour d'appel fédérale a répondu comme suit à une des questions certifiées, au paragraphe 8 :

Oui, il est raisonnable de définir l'interdiction de territoire prévue à l'alinéa 37(1)(b) en se fondant sur le paragraphe 117(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, selon lequel commet une infraction quiconque sciemment organise l'entrée au Canada d'une ou plusieurs personnes non munies des documents — passeport, visa ou autre — requis par la Loi ou incite, aide ou encourage une telle personne à entrer au Canada. Agir ainsi n'est pas incompatible avec les obligations légales internationales du Canada.

[76] Lorsqu'on se fonde sur les éléments constitutifs de l'infraction prévue à l'article 117 pour conclure à l'interdiction de territoire en vertu de l'article 37, il

important to keep in mind that different standards of proof apply.

[77] The criminal standard of proof applies to section 117, which sets out the elements of a criminal offence, each of which would have to be proved beyond a reasonable doubt for a conviction. Section 37 sets out grounds upon which a person is inadmissible to Canada, which includes engaging in people smuggling in the context of transnational crime. The standard of proof is set out in section 33; the facts that constitute inadmissibility include facts for which there are reasonable grounds to believe have occurred, are occurring, or may occur. This standard of proof is greater than a mere suspicion but less than the civil standard of proof on a balance of probabilities and far less than the criminal standard of proof.

[78] Therefore, a person could be found inadmissible based on reasonable grounds to believe they have engaged in people smuggling, but not charged, or if charged, not convicted of the offence under section 117, due to the inability to prove each element beyond a reasonable doubt.

[79] With respect to the applicant's submission that section 117 should not be relied on because it has been found unconstitutional due to overbreadth by the British Columbia Supreme Court in *R. v. Appulonappa*, 2013 BCSC 31, 358 D.L.R. (4th) 666 (*Appulonappa*), I remain guided by the Federal Court of Appeal in *B010*.

[80] The Federal Court of Appeal noted, at paragraphs 88 and 90–91 that defining inadmissibility due to people smuggling with reference to section 117 would not place Canada in breach of the Refugee Convention [*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6] because a finding of inadmissibility is not the same as removal

importe de se rappeler que différentes normes de preuve s'appliquent.

[77] C'est la norme de preuve en matière criminelle qui s'applique à l'article 117, qui énumère les éléments constitutifs de l'infraction criminelle, dont chacun doit être démontré au-delà de tout doute raisonnable pour qu'on puisse déclarer l'intéressé coupable. L'article 37 énumère les motifs permettant d'interdire quelqu'un de territoire au Canada, notamment celui concernant le fait de s'être livré au passage de clandestins dans le cadre de la criminalité transnationale. La norme de preuve est énoncée à l'article 33 : les faits — actes ou omissions — mentionnés dans la Loi sont appréciés sur la base des motifs raisonnables de croire qu'ils sont survenus, surviennent ou peuvent survenir. Cette norme de preuve est plus exigeante que le simple soupçon, mais moins stricte que la norme civile de la preuve selon la prépondérance des probabilités et beaucoup moins exigeante que la norme de preuve en matière criminelle.

[78] Par conséquent, une personne pourrait être déclarée interdite de territoire en raison de l'existence de motifs raisonnables de croire qu'elle s'est livrée au passage de clandestins sans toutefois avoir été accusée ou, si elle a été accusée, sans avoir été reconnue coupable de l'infraction prévue à l'article 117, en raison de l'incapacité d'établir chacun des éléments constitutifs de cette infraction au-delà de tout doute raisonnable.

[79] En ce qui concerne l'argument du demandeur suivant lequel on ne peut invoquer l'article 117 parce que cette disposition a été jugée inconstitutionnelle en raison de sa portée excessive par la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans la décision *R. v. Appulonappa*, 2013 BCSC 31, 358 D.L.R. (4th) 666 (*Appulonappa*), je continue à me laisser guider par l'arrêt *B010* de la Cour d'appel fédérale.

[80] La Cour d'appel fédérale a fait observer, aux paragraphes 88, 90 et 91, que le fait de définir l'interdiction de territoire pour cause de passage de clandestins en fonction de l'article 117 ne faisait pas en sorte que le Canada violerait la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* [28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6], étant donné qu'une déclaration d'interdiction

from Canada. There are protections available for a person found inadmissible and, at the time of removal, any risk would be assessed. Therefore, concerns about overbreadth and, in particular, the applicant's allegations that section 117 could capture aid workers or other family members who assist refugees, which do not apply in the present case, were addressed by the Federal Court of Appeal.

[81] The Federal Court of Appeal also noted, at paragraph 93, that inadmissibility proceedings are initiated pursuant to section 44, which provides that an officer *may* prepare a report:

The preparation of a report is permissive, that is, an officer "may" prepare a report. As well, the Minister's delegate "may" refer the report to the Immigration Division. It is to be expected that common sense will prevail in situations such as when family members simply assist other family members in their flight to Canada, or when a person acting for humanitarian purposes advises a refugee claimant to come to Canada without documents. [My emphasis.]

[82] In addition, as noted by the respondent, the Federal Court of Appeal was aware of the decision of the British Columbia Supreme Court in *Appulonappa* and chose not to specifically refer to it. This may indicate that the Court did not consider it to be relevant to the issues before it. Regardless, the Court addressed the argument that section 117 cast the net too wide.

Did the Board err in finding the applicant inadmissible under paragraph 37(1)(b) of the Act because the Board erred in finding that he was aware that the other passengers did not have the required documents?

[83] The applicant submits that there was no reason to doubt his credibility and his evidence that he knew that one passenger held his own passport but he did not know whether other passengers had passports. The applicant's evidence was that he did not believe that a passport or

de territoire n'équivaut pas à un renvoi du Canada. La personne interdite de territoire dispose de protections et le risque auquel elle pourrait être exposée sera évalué au moment de son renvoi. Par conséquent, la Cour d'appel fédérale s'est déjà penchée sur les préoccupations exprimées au sujet de la portée excessive et notamment les allégations du demandeur suivant lesquelles l'article 117 viserait les travailleurs humanitaires et d'autres membres de la famille qui aident les réfugiés, ce qui ne s'applique pas dans le cas qui nous occupe.

[81] La Cour d'appel fédérale a également fait observer, au paragraphe 93, que le processus conduisant à l'interdiction de territoire est déclenché par l'article 44, qui prévoit qu'un agent *peut* établir un rapport :

L'établissement d'un rapport est facultatif; autrement dit, l'agent « peut » établir un rapport. De plus, le délégué du ministre « peut » déférer l'affaire à la Section de l'immigration. On s'attend à ce que le bon sens l'emporte dans des situations comme celles dans lesquelles des membres d'une famille aident leurs proches à venir au Canada par avion ou lorsque des personnes agissant pour des raisons d'ordre humanitaire conseillent un demandeur d'asile de venir au Canada sans être muni de documents. [Non souligné dans l'original.]

[82] De plus, comme le défendeur l'a signalé, la Cour d'appel fédérale était au courant du jugement rendu par la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Appulonappa* et elle a choisi de ne pas le mentionner expressément, ce qui pourrait indiquer que la Cour a estimé que ce jugement n'était pas pertinent pour trancher la question dont elle était saisie. Quoi qu'il en soit, la Cour a examiné l'argument suivant lequel l'article 117 avait une portée excessive.

En déclarant le demandeur interdit de territoire en vertu de l'alinéa 37(1)(b) de la Loi, la Commission a-t-elle commis une erreur en concluant à tort que le demandeur était au courant que d'autres passagers n'étaient pas munis des documents requis?

[83] Le demandeur fait valoir qu'il n'y a aucune raison de mettre en doute sa crédibilité ou son témoignage dans lequel il affirme qu'il était au courant qu'un des passagers avait son propre passeport sans savoir si d'autres passagers étaient munis de passeports. Le demandeur a

visa was required to enter Canada as a refugee. This belief was based on what he had heard from his agent and his experience while he worked on a commercial ship and observed two crew members jumping overboard to seek refugee status in Italy.

[84] The applicant submits that the Board erred by asking itself the wrong question when assessing whether the applicant had knowledge that the passengers lacked documents to enter Canada legally rather than as refugees. The applicant argues that there is no requirement in the Act for a refugee to have a valid travel document or visa in order to claim refugee status and be admitted to Canada.

The Board did not err in finding that the applicant had the requisite knowledge

[85] Section 117 sets out the elements of the offence of aiding or abetting persons to enter Canada illegally, or as the marginal note describes “organizing entry into Canada”. That offence is to be distinguished from the offence of trafficking in persons in section 118, which addresses the conduct of those who bring persons into Canada against their will. As noted, where a person is charged with the offence under section 117 or 118, the Crown would have to prove each element of the offence beyond a reasonable doubt. The use of different terms in the same legislation with different standards of proof—“people smuggling” in section 37 and the heading of “human smuggling and trafficking” in Part 3 and the offence of “organizing entry into Canada” in section 117 and of “trafficking in persons” in section 118—has resulted in countless legal arguments about how the provisions are to be interpreted and reconciled.

[86] The Federal Court of Appeal clarified a significant part of the debate in *B010*. To determine if a person is inadmissible under section 37 for engaging in people

expliqué qu’il ne croyait pas qu’il fallait être muni d’un passeport ou d’un visa pour entrer au Canada comme réfugié. Cette conviction reposait sur ce qu’il avait entendu de son agent et de l’expérience qu’il avait vécue lorsqu’il travaillait à bord de navires commerciaux et qu’il avait observé deux membres de l’équipage sauter par-dessus bord pour demander l’asile en Italie.

[84] Le demandeur affirme que la Commission a commis une erreur en se posant la mauvaise question pour déterminer s’il était au courant que les passagers n’étaient pas munis des documents requis pour entrer au Canada légalement plutôt qu’à titre de réfugiés. Le demandeur soutient que rien dans la Loi n’exige qu’un réfugié soit muni d’un titre de voyage ou d’un visa valide pour pouvoir demander l’asile et être admis au Canada.

La Commission n’a pas commis d’erreur en concluant que le demandeur possédait les connaissances requises

[85] L’article 117 énumère les éléments constitutifs de l’infraction consistant à aider ou à encourager quelqu’un à entrer illégalement au Canada ou, comme l’indique la note marginale, pour organiser « l’entrée illégale » au Canada. Il convient d’établir une distinction entre cette infraction et celle du trafic de personnes prévu à l’article 118, qui vise le comportement de ceux qui font entrer des personnes au Canada contre leur gré. Comme je l’ai déjà signalé, lorsqu’une personne est accusée d’avoir commis une infraction à l’article 117 ou à l’article 118, le ministère public doit prouver chacun des éléments constitutifs de l’infraction hors de tout doute raisonnable. L’emploi, dans la même loi, de termes différents donnant lieu à des normes de preuve différentes — l’expression « passage de clandestins » à l’article 37 et l’intitulé « organisation d’entrée illégale au Canada » à la partie 3, et l’infraction d’« organisation d’entrée illégale au Canada » à l’article 117 et de « trafic de personnes » à l’article 118 — a suscité d’innombrables débats juridiques sur la question de savoir comment interpréter et concilier ces dispositions.

[86] La Cour d’appel fédérale a tranché en grande partie le débat dans l’arrêt *B010*. Pour décider si une personne est interdite de territoire en vertu de l’article 37

smuggling, the elements set out in section 117 will guide the determination of whether the person has been so engaged. However, as noted above, the standard of proof for a finding of inadmissibility is reasonable grounds to believe, which is far lower than the criminal standard of proof.

[87] The Board considered the four elements and found that there were reasonable grounds to believe that each element was satisfied: the vast majority of the passengers did not have documents; the ship was destined for Canada; the applicant worked in the engine room and in doing so, aided the passengers to come to Canada; and, the applicant knew the passengers did not have the required documents.

[88] The Board acknowledged that there was no evidence that the applicant was involved in organizing the *MV Sun Sea* operation, but by agreeing to continue to work in the engine room when the Thai crew did not return, he aided the ship coming into Canada.

[89] Although the applicant's evidence overall may have been credible, the Board did not find the applicant's evidence with respect to his awareness of the status of the other passengers to be credible.

[90] The Board reasonably found that the applicant's own experience working on a commercial ship would have caused him to know that a passport was needed to enter a country legally. In addition, I agree with the Board that it should have been apparent to the applicant that the ship was not traveling to Canada legally.

[91] The applicant knew that, like him, other passengers had paid significant amounts of money to travel on the dilapidated boat which was obviously a poor alternative to commercial transportation; he knew a passport

pour s'être livrée au passage de clandestins, on tient compte des éléments énumérés à l'article 117 pour savoir si cette personne s'est effectivement livrée au passage de clandestins. Toutefois, comme nous l'avons déjà signalé, la norme de preuve dans le cas d'une conclusion d'interdiction de territoire est celle des motifs raisonnables de croire, ce qui est une norme de preuve beaucoup moins exigeante que celle qui s'applique en matière criminelle.

[87] La Commission a examiné les quatre éléments et a conclu qu'il existait des motifs raisonnables de croire qu'il était satisfait à chacun de ces éléments : la vaste majorité des passagers n'étaient pas munis de documents; la destination du navire était le Canada; le demandeur travaillait dans la salle des machines et, ce faisant, avait aidé les passagers à venir au Canada; enfin, le demandeur savait que les passagers n'étaient pas munis des documents requis.

[88] La Commission a reconnu que rien ne permettait de penser que le demandeur était impliqué dans l'organisation des activités du *MS Sun Sea*, mais a estimé qu'en acceptant de continuer à travailler à la salle des machines après que l'équipage thaïlandais ne soit pas revenu, le demandeur avait aidé le navire à entrer au Canada.

[89] Même si, dans l'ensemble, le témoignage du demandeur était peut-être crédible, la Commission n'a pas ajouté foi à son témoignage quant à ce qu'il savait de la situation des autres passagers.

[90] La Commission a conclu de façon raisonnable que l'expérience personnelle que le demandeur avait vécue en travaillant à bord de navires commerciaux faisait en sorte qu'il devait savoir qu'il fallait un passeport pour être admis légalement dans un pays. De plus, je suis d'accord avec la Commission pour dire qu'il aurait dû être évident pour le demandeur que le navire ne cherchait pas à entrer légalement au Canada.

[91] Le demandeur savait que les autres passagers qui, comme lui, avaient versé des sommes d'argent considérables pour pouvoir voyager à bord de ce navire délabré, ce qui, de toute évidence, constituait une piètre solution

was needed to enter a country legally; he had handed over his own passport to his agent; and, he claimed that he could not get off the ship in Thailand because he had no passport. The applicant cannot, on the one hand, claim he feared what would happen to him without a passport and, on the other, claim that he did not know a passport was needed to travel to Canada.

[92] The Board reasonably found it implausible that the applicant would not be aware that other passengers were in the same situation as he was—without a passport.

[93] With respect to the applicant's argument that no passport is needed to claim refugee status, the Federal Court of Appeal addressed this issue in *B010*, at paragraph 98, finding that the clear wording of subsection 20(1) requires foreign nationals who seek to enter Canada to possess a visa or other document.

[94] The Federal Court of Appeal noted, at paragraph 99:

While, pursuant principles of refugee law, refugee claimants may be excused from the consequences of arriving without proper documentation, this does not mean that there is no requirement to possess documentation. If the appellant's submission on this point were accepted, no one could ever be found inadmissible for people smuggling if the persons smuggled into Canada made refugee claims.

[95] Contrary to the applicant's submission, the Board did not ask itself the wrong question. The question is whether the applicant knew others did not have travel documents to legally enter Canada. The Board reasonably found that there were reasonable grounds to believe that the applicant had the requisite knowledge that the passengers were traveling without documents; whether he asked the passengers or not, he would or should have known.

[96] The Board, therefore, had reasonable grounds to believe that the applicant had engaged in people

de rechange à un transport commercial. Le demandeur savait qu'il fallait un passeport pour entrer légalement dans un pays; il avait remis son propre passeport à son agent et il affirmait qu'il ne pouvait descendre du navire en Thaïlande parce qu'il n'avait pas de passeport. Le demandeur ne peut, d'une part, prétendre qu'il craignait ce qui lui arriverait s'il débarquait en Thaïlande sans passeport et affirmer, d'autre part, qu'il ne savait pas qu'il fallait un passeport pour être admis au Canada.

[92] La Commission a raisonnablement estimé qu'il était invraisemblable que le demandeur ne soit pas au courant que les autres passagers se trouvaient dans la même situation que lui, c'est-à-dire sans passeport.

[93] Quant à l'argument du demandeur suivant lequel il n'est pas nécessaire d'être muni d'un passeport pour pouvoir demander l'asile, la Cour d'appel fédérale a traité de cette question au paragraphe 98 de l'arrêt *B010*, où elle a conclu que le paragraphe 20(1) oblige les étrangers qui cherchent à entrer au Canada à être munis d'un visa ou d'un autre document.

[94] La Cour d'appel fédérale a fait observer ce qui suit, au paragraphe 99 :

Bien que, selon les principes du droit des réfugiés, les demandeurs d'asile puissent être dispensés des conséquences du fait qu'ils se présentent sans les documents requis, il ne s'ensuit pas pour autant qu'ils ne sont pas obligés d'être munis de tels documents. Si l'on devait retenir la thèse de l'appelant sur ce point, personne ne pourrait jamais être déclaré interdit de territoire pour cause d'entrée illégale au Canada.

[95] Contrairement à ce que prétend le demandeur, la Commission ne s'est pas posé la mauvaise question. La question était celle de savoir si le demandeur savait que les autres passagers n'étaient pas munis de titres de voyage leur permettant d'être admis légalement au Canada. La Commission a raisonnablement conclu qu'il existait des motifs raisonnables de croire que le demandeur avait la connaissance requise du fait que les autres passagers n'étaient pas munis de documents : qu'il ait posé ou non la question aux passagers, il savait ou aurait dû savoir.

[96] La Commission avait par conséquent des motifs raisonnables de croire que le demandeur s'était livré au

smuggling as all the elements were established on the same standard of reasonable grounds to believe.

Did the Board err in law in finding that the applicant did not act under duress?

[97] The applicant submits that duress and necessity are recognized defences in criminal law to excuse conduct and that the defences are applicable to admissibility findings in the immigration context. The applicant submits that the Board erred in its assessment of whether he acted under duress.

[98] The respondent submits that the defence of duress is not available to the applicant and relies on a passage from *Agraira v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2011 FCA 103, 96 Imm. L.R. (3d) 20 (*Agraira*), at paragraph 64, which referred to section 34 of the Act regarding inadmissibility on security grounds, for this position:

As I read the Supreme Court's decision, it concluded that the saving provision of section 19 of the *Immigration Act* would apply to protect persons who innocently joined or contributed to organizations that, unbeknownst to them, were terrorist organizations. There may be other cases in which persons who would otherwise be caught by subsection 34(1) of the *IRPA* may justify their conduct in such a way as to escape the consequence of inadmissibility. For example, those who could persuade the Minister that their participation in a terrorist organization was coerced might well benefit from ministerial relief. [My emphasis.]

[99] The respondent takes the position that duress is a factor to be considered under subsection 37(2) and cannot, therefore, be considered under subsection 37(1).

[100] I do not agree that the statement of the Federal Court of Appeal supports the respondent's position. The

passage de clandestins, étant donné que tous les éléments requis étaient réunis selon la même norme de preuve, celle des motifs raisonnables de croire.

La Commission a-t-elle commis une erreur de droit en concluant que le demandeur n'avait pas agi sous la contrainte?

[97] Le demandeur affirme que la contrainte et la nécessité sont des moyens de défense reconnus en droit criminel pour excuser une conduite et que ces moyens de défense s'appliquent dans le cas des déclarations d'interdiction de territoire dans le contexte de l'immigration. Aux dires du demandeur, la Commission a commis une erreur dans son évaluation de la question de savoir s'il avait agi sous la contrainte.

[98] Le défendeur soutient que le demandeur ne peut invoquer le moyen de défense fondé sur la contrainte. Il cite à ce propos l'extrait suivant de l'arrêt *Agraira c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2011 CAF 103 (*Agraira*), au paragraphe 64, qui renvoyait à l'article 34 de la Loi en ce qui concerne l'interdiction de territoire pour des raisons de sécurité :

Suivant l'interprétation que j'en fais, la Cour suprême a conclu dans cet arrêt que la disposition d'exception de l'article 19 de la *Loi sur l'immigration* s'appliquerait pour protéger les personnes qui, de bonne foi, seraient devenues membres d'organisations ou les auraient appuyées tout en ignorant qu'il s'agissait d'organisations terroristes. Il peut exister d'autres situations dans lesquelles des personnes qui tomberaient par ailleurs sous le coup du paragraphe 34(1) de la LIPR pourraient justifier leur conduite de manière à se soustraire aux conséquences d'une interdiction de territoire. Ainsi, celles qui réussiraient à convaincre le ministre qu'elles avaient été contraintes de participer à une organisation terroriste pourraient bénéficier d'une dispense ministérielle. [Non souligné dans l'original.]

[99] Le défendeur est d'avis que la contrainte est un facteur dont il faut tenir compte pour appliquer le paragraphe 37(2) et qu'on ne peut par conséquent tenir compte de ce facteur dans le cas du paragraphe 37(1).

[100] Je ne suis pas d'accord pour dire que l'arrêt de la Cour d'appel fédérale appuie la thèse du défendeur.

Federal Court of Appeal was simply providing an example of circumstances that could be considered in an application for ministerial relief. It was not ruling out that coercion, or duress, could be raised in determining admissibility.

[101] I note that the Supreme Court of Canada upheld the decision of the Federal Court of Appeal in *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559, albeit with different reasons regarding the meaning of “national interest” in section 34, which is not an issue in the present case. With respect to the circumstances that could be raised on an application for ministerial relief pursuant to subsection 34(2), the Supreme Court of Canada noted, at paragraph 87, that the relevant factors will depend on the particulars of the application before the Minister. The Court also noted that the Guidelines provide a wide range of factors which may be validly considered in an application for ministerial relief.

[102] I agree with the respondent that, by analogy, in an application for Ministerial relief pursuant to subsection 37(2), an applicant could raise the fact that he acted under duress. Such applications provide an opportunity to set out the relevant circumstances of the conduct that led to an applicant’s inadmissibility. However, the circumstances set out in an application for ministerial relief should be distinguished from a “defence” of duress. Many factors could be considered, including those which relate to conduct similar to duress, but the specific elements of the “defence” of duress would not be required in an application for ministerial relief.

[103] Therefore, contrary to the submissions of the respondent, the ability to raise relevant factors, including those related to duress, in an application for ministerial relief does not prevent the applicant from raising duress in the determination of inadmissibility.

La Cour d’appel fédérale donnait simplement un exemple de circonstances dont on pouvait tenir compte pour demander une dispense ministérielle. Elle ne statuait pas que la coercition ou la contrainte ne pouvait pas être soulevée comme moyen de défense devant le spectre d’une interdiction de territoire.

[101] Je constate que la Cour suprême du Canada a confirmé l’arrêt de la Cour d’appel fédérale *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559, bien que pour des motifs différents concernant le sens de l’expression « intérêt national » à l’article 34, ce qui n’est pas une question en litige en l’espèce. En ce qui concerne les circonstances qui peuvent être invoquées à l’appui d’une demande de dispense ministérielle présentée en vertu du paragraphe 34(2), la Cour suprême du Canada a fait observer, au paragraphe 87, que les facteurs applicables dépendaient des circonstances particulières de la demande soumise au ministre. La Cour a également déclaré que les lignes directrices fournissaient une vaste gamme de facteurs dont on pouvait valablement tenir compte pour statuer sur une demande de dispense ministérielle.

[102] Je suis d’accord avec le défendeur pour dire que, dans le cas d’une dispense ministérielle fondée sur le paragraphe 37(2), le demandeur peut soulever le fait qu’il a agi sous la contrainte. Ce genre de demande permet de mentionner les circonstances entourant les agissements qui ont conduit à l’interdiction de territoire du demandeur. Toutefois, les circonstances mentionnées dans une demande de dispense ministérielle doivent être distinguées du « moyen de défense » de la contrainte. On pourrait tenir compte de nombreux facteurs, y compris ceux se rapportant à des agissements analogues semblables à la contrainte, mais les éléments précis du « moyen de défense » de contrainte ne seraient pas exigés dans le cas d’une demande de dispense ministérielle.

[103] Par conséquent, contrairement à ce que le défendeur prétend, la capacité de soulever des facteurs pertinents, y compris ceux se rapportant à la contrainte, dans le cas d’une demande de dispense ministérielle n’empêche pas le demandeur d’invoquer la contrainte lorsqu’il s’agit de se prononcer sur son interdiction de territoire.

[104] Moreover, the defences of duress and necessity have been raised at admissibility determinations and have been considered by this Court in many cases.

[105] In *Thiyagarajah v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 339, at paragraphs 16–17, Justice Rennie found that the Board’s assessment of the defence of duress raised by the applicant, who was found inadmissible on security grounds, was reasonable:

The application of a legal standard (the defence of duress) against a given set of facts is a question of mixed fact and law, and as such, is assessed on a standard of reasonableness: *Poshteh* above. In reviewing a decision against the reasonableness standard, the Court must consider the justification, transparency and intelligibility of the decision making process and whether the decision falls within a range of possible outcomes that are defensible in light of the facts and law.

In this context the Board examined the pressure and coercion the applicant felt and assessed it against the harm done by his continued active participation and support of the LTTE. This assessment is one which could reasonably give rise to different interpretation. The existence of another view on the evidence however, does not mean that the interpretation reached by the Board on these facts, is unreasonable. There is no reviewable error.

[106] In *Ghaffari v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 674 (*Ghaffari*), Justice Phelan allowed the judicial review of a finding of inadmissibility under section 34 for inadmissibility on security grounds. The officer had rejected the applicant’s submission that his actions in the Iranian intelligence unit were committed under duress. Justice Phelan applied the recent decision of the Supreme Court of Canada in *R. v. Ryan*, 2013 SCC 3, [2013] 1 S.C.R. 14 (*Ryan*), which clarifies the statutory and common law defence of duress. While noting that the Supreme Court of Canada’s pronouncement came after the officer’s decision, Justice Phelan found that the officer had erred in rejecting the defence of duress.

[104] De plus, les moyens de défense fondés sur la contrainte et la nécessité ont été invoqués dans des affaires portant sur l’interdiction de territoire et notre Cour en a tenu compte dans de nombreuses affaires.

[105] Dans la décision *Thiyagarajah c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 339, aux paragraphes 16 et 17, le juge Rennie a jugé raisonnable l’appréciation que la Commission avait faite du moyen de défense fondé sur la contrainte qu’invoquait le demandeur, qui avait été interdit de territoire pour des raisons de sécurité :

L’application d’un critère juridique (celui ici de la défense de contrainte) à un ensemble de faits constitue une question mixte de fait et de droit qui, à ce titre, appelle la norme de contrôle de la raisonabilité (*Poshteh*, précité). Lorsqu’elle examine une décision en fonction de cette norme, la Cour doit s’attarder à la justification de la décision, à la transparence et à l’intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu’à l’appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit.

Cela étant, la Commission a évalué les pressions et la coercition ressenties par le demandeur par rapport au préjudice causé par son rôle actif au sein des TLET et son soutien constant à leurs objectifs. Il serait raisonnable qu’une telle évaluation donne lieu à diverses interprétations. S’il est possible de tirer de la preuve une conclusion différente, toutefois, cela ne rend pas déraisonnable l’interprétation des faits donnée par la Commission. Aucune erreur susceptible de contrôle n’a été commise à cet égard.

[106] Dans la décision *Ghaffari c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 674 (*Ghaffari*), le juge Phelan a fait droit à une demande de contrôle judiciaire d’une déclaration d’interdiction de territoire prononcée en vertu de l’article 34 pour des motifs de sécurité. L’agent avait rejeté l’argument du demandeur suivant lequel les actes qu’il avait accomplis au sein des services de sécurité iraniens l’avaient été sous la contrainte. Le juge Phelan a appliqué l’arrêt récent *R. c. Ryan*, 2013 CSC 3, [2013] 1 R.C.S. 14 (*Ryan*), dans lequel la Cour suprême du Canada a clarifié le moyen de défense de la contrainte prévu par la loi et par la common law. Tout en signalant que l’arrêt de la Cour suprême du Canada avait été prononcé après la décision de l’agent, le juge Phelan a estimé que l’agent avait commis une erreur en rejetant le moyen de défense fondé sur la contrainte.

[107] There are many other cases where this Court has considered whether the Board's assessment of duress is reasonable. The Court has not held that the defence may not be raised at an admissibility hearing. The issue, as in this case, is whether the Board's assessment of duress and its determination is reasonable.

[108] The applicant submits that the factors set out in *Ryan* should be considered in determining whether he acted under duress. He submits that there was an implicit threat from both the organizer of the smuggling operation and the passengers and crew on board that, if he did not assist in the engine room, he and his son would suffer harm and that he reasonably believed that the threat would be carried out. The applicant argues that the Board erred in finding that there was no direct threat of imminent harm and failed to consider the other elements of the test for duress.

[109] From the applicant's perspective, based on his past experience of torture in Sri Lanka, he felt he had no other choice except to assist in the engine room and remain on the ship after the Thai crew left.

[110] He also submits that while he may have aided the passengers to come to Canada illegally and, therefore, been a small part of a smuggling operation, he was not an organizer, nor did he benefit in any way from his role.

[111] The respondent submits that if the defence of duress is available, the applicant failed to meet the requirements: there was no explicit or implicit threat of death or bodily harm made to compel the applicant to work in the engine room; and, any fear that the applicant had that he or his son would be harmed was speculative and not objectively reasonable. The respondent submits that the Board's finding that there was no duress is within the range of possible acceptable outcomes and is justified by the facts and the law.

[107] Il existe de nombreuses autres affaires dans lesquelles notre Cour s'est demandé si l'évaluation que la Commission avait faite de la contrainte était raisonnable. La Cour n'a jamais déclaré que ce moyen de défense ne pouvait être invoqué lors d'une enquête. La question était, comme en l'espèce, celle de savoir si l'évaluation que la Commission avait faite de la contrainte et la conclusion qu'elle avait tirée étaient raisonnables.

[108] Le demandeur soutient que l'on doit tenir compte des facteurs énumérés dans l'arrêt *Ryan* pour décider s'il a agi sous la contrainte. Il affirme que l'organisateur de l'opération de passage de clandestins et les passagers et l'équipage à bord du navire l'avaient soumis à la menace implicite que, s'il ne prêtait pas son concours en travaillant à la salle des machines, son fils et lui subiraient un préjudice. Le demandeur croyait raisonnablement que cette menace serait exécutée. Le demandeur fait valoir que la Commission a commis une erreur en concluant qu'il n'était pas exposé à une menace directe de danger imminent, et il lui reproche de ne pas avoir tenu compte des autres éléments du critère de la contrainte.

[109] De son point de vue, compte tenu des tortures dont il avait déjà été victime au Sri Lanka, le demandeur estimait qu'il n'avait d'autre choix que d'accepter d'offrir son aide à la salle des machines et de demeurer à bord du navire après le départ de l'équipage thaïlandais.

[110] Le demandeur affirme également que, bien qu'il ait pu aider les passagers à entrer illégalement au Canada et qu'il a donc joué un rôle mineur dans le cadre d'une opération de passage de clandestins, il n'en était pas un organisateur et n'en a tiré aucun avantage.

[111] Le défendeur affirme que, si le demandeur peut invoquer le moyen de défense fondé sur la contrainte, il n'a pas satisfait aux conditions de ce critère : aucune menace explicite ou implicite de mort ou de sévices corporels n'a été proférée à l'endroit du demandeur pour le forcer à travailler à la salle des machines, et la crainte que le demandeur avait que lui ou son fils subisse un préjudice relevait de la conjecture et n'était pas objectivement raisonnable. Le demandeur affirme que la conclusion de la Commission suivant laquelle il n'y

The Board's assessment of duress was not reasonable

[112] As in *Ghaffari*, the Board's decision predates *Ryan*. However, the law of duress had already evolved beyond the 1984 case law cited by the Board and was further modernized by *Ryan*.

[113] The Board referred to the three elements of the defence of duress or necessity in *Perka*: (1) a threat of immediate peril or danger; (2) no legal alternative to the course of action taken; and (3) proportionality between the harm inflicted and the harm avoided.

[114] The Board found that there was no evidence of immediate harm since the applicant never actually tried to leave the ship and there was no evidence of any threats by others on the ship. The Board noted that the applicant could have left the ship in Thailand while it remained close to shore, despite that he did not have a passport, and that consequently, "[h]e was not working in the engine room of the MV Sun Sea because of duress or necessity". The Board found that the applicant was only speculating about what might happen to him if he left the ship.

[115] The case law focuses on duress in the criminal law context. For parties to an offence, the common law of duress applies. The applicant is not accused of a criminal offence. His conduct—that of aiding persons to enter Canada—is the basis for his inadmissibility to Canada. Again, reliance on the case law that focuses on the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46] statutory defence of duress, which applies to principals, or the common law defence, which applies to parties to a criminal offence (e.g. those who aid and abet), is not a perfect fit, but these principles can be adapted and

a pas eu contrainte appartient aux issues possibles acceptables et est justifiée au regard des faits et du droit.

L'évaluation que la Commission a faite de la contrainte n'était pas raisonnable

[112] Tout comme dans l'affaire *Ghaffari*, la décision rendue par la Commission est antérieure à l'arrêt *Ryan*. Toutefois, les règles de droit relatives à la contrainte avaient continué à évoluer après la jurisprudence de 1984 citée par la Commission et avaient de nouveau été actualisées dans l'arrêt *Ryan*.

[113] La Commission a mentionné les trois éléments du moyen de défense fondé sur la contrainte ou la nécessité définis dans l'arrêt *Perka* : 1) existence d'une menace de danger ou de péril immédiat; 2) absence de solutions légales autre que celle qui a été adoptée; 3) proportionnalité entre le mal infligé et le mal évité.

[114] La Commission a conclu que rien ne permettait de conclure à l'existence d'un danger immédiat, étant donné que le demandeur n'avait jamais réellement tenté de quitter le navire et que rien ne permettait de conclure qu'il avait fait l'objet de menaces de la part d'autres personnes à bord du navire. La Commission a fait observer que le demandeur aurait pu quitter le navire en Thaïlande alors qu'il est resté près des côtes, malgré le fait qu'il n'avait pas de passeport, et qu'en conséquence [TRADUCTION] « il ne travaillait pas à la salle des machines du MS *Sun Sea* par contrainte ou nécessité ». La Commission a conclu que le demandeur ne faisait qu'émettre des hypothèses sur ce qui aurait pu lui arriver s'il avait quitté le navire.

[115] La jurisprudence porte surtout sur la contrainte dans le contexte du droit criminel. Les règles de la common law relatives à la contrainte s'appliquent aux participants à l'infraction. Or, le demandeur n'est accusé d'aucune infraction criminelle. Sa conduite — le fait d'avoir aidé des personnes à entrer au Canada — est le motif invoqué pour le déclarer interdit de territoire au Canada. Là encore, le fait d'invoquer une jurisprudence axée sur le moyen de défense légal de la contrainte prévue par le *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46] qui s'applique à l'auteur de l'acte ou sur le moyen de

applied to the applicant's role in people smuggling as the basis for the finding of inadmissibility.

[116] In *Perka*, the Supreme Court of Canada established the common law defence of necessity (and duress) which excuses criminal conduct. The Court held that the defence of necessity applies only in circumstances of imminent risk where the action was taken to avoid a direct and imminent harm or peril. There must be no reasonable opportunity for an alternative course of action and the harm inflicted by the violation of the law must be less than the harm the accused sought to avoid.

[117] In *R. v. Hibbert*, [1995] 2 S.C.R. 973 (*Hibbert*), at paragraphs 60–61, the Supreme Court noted that the defences of necessity and duress are so similar that the same principles should apply. The Court emphasized that a purely objective assessment of what is reasonable is not the test:

The defences of self defence, duress and necessity are essentially similar, so much so that consistency demands that each defence's "reasonableness" requirement be assessed on the same basis. Accordingly, I am of the view that while the question of whether a "safe avenue of escape" was open to an accused who pleads duress should be assessed on an objective basis, the appropriate objective standard to be employed is one that takes into account the particular circumstances and human frailties of the accused.

[118] And at paragraph 61:

In contrast, excuse-based defences, such as duress, are predicated precisely on the view that the conduct of the accused is involuntary in a normative sense—that is, that he or she had no realistic alternative course of action available. In my view, in determining whether an accused person was operating under such constrained options, his or her perception of the surrounding facts can be highly relevant to the determination of

défense prévu par la common law qui s'applique aux participants à l'infraction criminelle (p. ex. ceux qui aident et encouragent) ne cadre pas parfaitement avec le cas qui nous occupe, mais on peut adapter et appliquer ces principes au rôle que le demandeur a joué en l'espèce dans le passage de clandestins pour justifier son interdiction de territoire.

[116] Dans l'arrêt *Perka*, la Cour suprême du Canada a défini le moyen de défense de common law fondé sur la nécessité (et la contrainte) qui peut être invoqué pour excuser une conduite criminelle. La Cour a jugé que le moyen de défense fondé sur la nécessité ne s'appliquait que dans les situations de danger imminent où l'acte avait été accompli pour éviter un danger ou un péril direct et imminent. Il ne doit pas être raisonnablement possible de recourir à un autre moyen, et le préjudice infligé doit être moindre que celui auquel l'accusé cherche à se soustraire.

[117] Dans l'arrêt *R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973 (*Hibbert*), aux paragraphes 60 et 61, la Cour suprême a fait observer que les moyens de défense fondés sur la nécessité et la contrainte sont à ce point semblables que les mêmes principes devraient s'appliquer aux deux. La Cour a souligné que le critère n'était pas fondé sur une appréciation purement objective de ce qui est raisonnable :

Les moyens de défense fondés sur la légitime défense, la contrainte et la nécessité sont essentiellement similaires, à tel point que, par souci de cohérence, il faut, pour chacun de ces moyens de défense, évaluer de la même manière l'exigence du « caractère raisonnable ». Par conséquent, je suis d'avis que, bien qu'il y ait lieu d'apprécier objectivement la question de savoir si un « moyen de s'en sortir sans danger » s'offrirait à l'accusé qui invoque la contrainte, la norme objective qu'il convient d'employer doit tenir compte de la situation particulière et des faiblesses de l'accusé.

[118] Et au paragraphe 61 :

Par contre, les moyens de défense fondés sur une excuse, comme la contrainte, reposent précisément sur le point de vue selon lequel la conduite de l'accusé est involontaire au sens normatif — c.-à-d. qu'aucune autre solution ne s'offrirait vraiment à lui. À mon avis, lorsqu'il s'agit de déterminer si le choix de l'accusé était ainsi limité, sa perception de la situation dans laquelle il se trouvait peut être un facteur très pertinent

whether his or her conduct was reasonable under the circumstances, and thus whether his or her conduct is properly excusable. [My emphasis.]

[119] In *R. v. Ruzic*, 2001 SCC 24, [2001] 1 S.C.R. 687 (*Ruzic*), the Supreme Court considered whether the statutory defence of duress in the *Criminal Code* infringed the Charter. In its analysis, the Court considered the criteria for the defence noting, *inter alia*, that the threat of harm need not be immediate but there must be a close temporal link. The Court also confirmed that the threat could be directed at a third party. The Court held that a modified objective standard applies to both the assessment of the threat and the existence of a safe avenue of escape. At paragraphs 61–62:

This particular excuse focuses on the search for a safe avenue of escape (see *Hibbert, supra*, at paras. 55 and 62), but rejects a purely subjective standard, in the assessment of the threats. The courts have to use an objective-subjective standard when appreciating the gravity of the threats and the existence of an avenue of escape. The test requires that the situation be examined from the point of view of a reasonable person, but similarly situated. The courts will take into consideration the particular circumstances where the accused found himself and his ability to perceive a reasonable alternative to committing a crime, with an awareness of his background and essential characteristics. The process involves a pragmatic assessment of the position of the accused, tempered by the need to avoid negating criminal liability on the basis of a purely subjective and unverifiable excuse. A similar approach is also to be used in the application of the defence of necessity (see *Latimer, supra*, at paras. 26 ff.).

The common law of duress, as restated by this Court in *Hibbert* recognizes that an accused in a situation of duress does not only enjoy rights, but also has obligations towards others and society. As a fellow human being, the accused remains subject to a basic duty to adjust his or her conduct to the importance and nature of the threat. The law includes a requirement of proportionality between the threat and the criminal act to be executed, measured on the objective-subjective standard of the reasonable person similarly situated. The accused should be expected to demonstrate some fortitude and to put up a normal resistance to the threat. The threat must

pour décider si sa conduite était raisonnable dans les circonstances et, en conséquence, si elle est légitimement excusable. [Non souligné dans l'original.]

[119] Dans l'arrêt *R. c. Ruzic*, 2001 CSC 24, [2001] 1 R.C.S. 687 (*Ruzic*), la Cour suprême a examiné la question de savoir si le moyen légal de défense de la contrainte prévu par le *Code criminel* portait atteinte à la Charte. Dans son analyse, la Cour a examiné les conditions d'application de ce moyen de défense en faisant notamment observer qu'il n'était pas nécessaire que la menace de danger soit immédiate, mais qu'il devait exister un lien temporel étroit. La Cour a également confirmé que la menace pouvait viser un tiers. La Cour a estimé qu'une norme objective modifiée s'appliquait tant à l'appréciation de la menace qu'à l'existence d'un moyen de s'en sortir sans danger. Voici ce que la Cour déclare aux paragraphes 61 et 62 :

Cette excuse particulière se concentre sur la recherche d'un moyen de s'en sortir sans danger (voir *Hibbert*, précité, par. 55 et 62), mais elle rejette l'application d'une norme purement subjective dans l'appréciation des menaces. Les tribunaux doivent appliquer une norme à la fois objective et subjective pour apprécier la gravité des menaces et déterminer si l'accusé avait un moyen de s'en sortir. Suivant cette norme, la situation doit être examinée du point de vue d'une personne raisonnable, mais qui se trouve dans une situation similaire. Les tribunaux prendront en considération la situation particulière dans laquelle se trouvait le prévenu et la capacité de celui-ci de discerner une solution raisonnable autre que celle de commettre un crime, compte tenu de ses antécédents et de ses caractéristiques essentielles. Le processus comporte une appréciation pragmatique de la situation de l'accusé, tempérée par la nécessité d'éviter d'écarter la responsabilité criminelle sur la foi d'une excuse purement subjective et invérifiable. Une méthode similaire doit aussi être adoptée pour appliquer le moyen de défense fondé sur la nécessité (voir *Latimer*, précité, par. 26 et suiv.).

Comme notre Cour l'a réitéré dans l'arrêt *Hibbert*, les règles de common law sur la contrainte reconnaissent qu'un accusé soumis à une contrainte ne possède pas seulement des droits, mais encourt également des obligations envers autrui et la société. L'accusé assume, envers les autres êtres humains, l'obligation fondamentale d'adapter sa conduite en fonction de la gravité et de la nature des menaces proférées. Le droit applicable comporte une exigence de proportionnalité entre les menaces proférées et l'acte criminel à accomplir, évaluée en fonction de la norme à la fois objective et subjective de la personne raisonnable qui se trouve dans une situation

be to the personal integrity of the person. In addition, it must deprive the accused of any safe avenue of escape in the eyes of a reasonable person, similarly situated. [My emphasis.]

[120] In *Ryan*, the Supreme Court of Canada considered the differences between the concepts of self-defence, necessity and duress and provided guidance on the elements of the modern defence of duress, which excuses wrongful acts. The Court summarized the elements of duress as follows, at paragraph 81:

The defence of duress, in its statutory and common law forms, is largely the same. The two forms share the following common elements:

- There must be an explicit or implicit threat of present or future death or bodily harm. This threat can be directed at the accused or a third party.
- The accused must reasonably believe that the threat will be carried out.
- There is no safe avenue of escape. This element is evaluated on a modified objective standard.
- A close temporal connection between the threat and the harm threatened.
- Proportionality between the harm threatened and the harm inflicted by the accused. The harm caused by the accused must be equal to or no greater than the harm threatened. This is also evaluated on a modified objective standard.
- The accused is not a party to a conspiracy or association whereby the accused is subject to compulsion and actually knew that threats and coercion to commit an offence were a possible result of this criminal activity, conspiracy or association.

[121] Even though the Board did not have the benefit of the *Ryan* decision when assessing the applicant's

similaire. On doit s'attendre à ce que l'accusé démontre un certain courage et oppose une résistance normale aux menaces proférées. Les menaces doivent viser l'intégrité de la personne. De plus, elles doivent priver l'accusé de tout moyen de s'en sortir sans danger, selon la norme de la personne raisonnable placée dans une situation similaire. [Non souligné dans l'original.]

[120] Dans l'arrêt *Ryan*, la Cour suprême du Canada a examiné les différences entre les concepts d'autodéfense, de nécessité et de contrainte et a proposé certaines balises au sujet des éléments constitutifs du moyen de défense moderne fondé sur la contrainte, qui est invoqué pour excuser des actes répréhensibles. La Cour a résumé comme suit les éléments constitutifs de la contrainte au paragraphe 81 :

La version législative ainsi que la version de common law du moyen de défense fondé sur la contrainte sont en grande partie identiques. Elles partagent en effet les éléments constitutifs suivants :

- il doit y avoir eu des menaces explicites ou implicites de causer la mort ou des lésions corporelles, dans l'immédiat ou dans le futur. Ces menaces peuvent viser l'accusé ou un tiers;
- l'accusé doit croire, pour des motifs raisonnables, que ces menaces seront mises à exécution;
- il n'existe aucun moyen de s'en sortir sans danger. Cet élément est évalué en fonction d'une norme objective modifiée;
- il doit exister un lien temporel étroit entre les menaces proférées et le préjudice qu'on menace de causer;
- il doit y avoir proportionnalité entre le préjudice dont l'accusé est menacé et celui qu'il inflige. Le préjudice causé par l'accusé ne doit pas être plus grave que celui dont il a été menacé. Cet élément est aussi évalué en fonction d'une norme objective modifiée;
- l'accusé n'a participé à aucun complot ni à aucune association le soumettant à la contrainte, et savait vraiment que les menaces et la contrainte l'incitant à commettre une infraction criminelle constituaient une conséquence possible de cette activité, de ce complot ou de cette association criminels.

[121] Même si elle n'avait pas eu l'avantage de prendre connaissance de l'arrêt *Ryan* lorsqu'elle a évalué

assertion of duress, I find that the Board erred in its rigid adherence to the principles articulated in *Perka*, which had been refined in *Hibbert*, *Ruzic* and other more recent cases. The Board focused only on the first element of *Perka* and looked for a direct threat of imminent peril from a purely objective perspective. The Board concluded there was no threat and did not go on to consider the other elements of the test.

[122] As noted in *Ruzic*, the elements of the test must be considered from the perspective of a reasonable person similarly situated to the applicant.

[123] The applicant believed that the implicit threats of harm to him and/or his son would be carried out. The Board failed to consider the applicant's circumstances in assessing the reasonableness of his belief of the threat of harm. The applicant was obviously desperate to flee Sri Lanka. He was traveling with his young son. The window of opportunity for him to leave the ship was only during the time it was off the coast of Thailand. The applicant's evidence was that he feared what would happen to him without a passport in Thailand and he also indicated that his agent told him if he was caught in Thailand, it would put all the passengers on the *MV Sun Sea* at risk. Although the Board found some of this testimony to lack credibility, it did not consider the mindset of the applicant in assessing what was reasonable. His options were very limited. Once the ship set sail, there was no way to extricate himself from the situation he was in. Although the applicant did indicate that no direct threats of harm were made to him while the ship was at sea, none were needed given that there was no alternative but to continue to work in the engine room. The harm the applicant avoided may have been greater than the harm he caused in aiding the people smuggling operation for a group of passengers who wanted to flee Sri Lanka and paid significant sums to do so, and who would have arrived in Canada with or without the applicant's contribution to the engine room. The proportionality element should be considered.

le moyen de défense fondé sur la contrainte qu'invoquait le demandeur, la Commission a, à mon avis, commis une erreur en adhérant strictement aux principes articulés dans l'arrêt *Perka*, qui avaient été précisés dans les décisions *Hibbert*, *Ruzic* et d'autres décisions plus récentes. La Commission s'en est tenue au premier élément de l'arrêt *Perka* et s'est interrogée sur l'existence d'une menace directe de danger imminent d'un point de vue purement objectif. La Commission a conclu qu'il n'y avait pas de menace et elle n'a pas examiné les autres éléments du critère.

[122] Comme la Cour l'a fait observer dans l'arrêt *Ruzic*, les éléments constitutifs du critère doivent être abordés du point de vue de la personne raisonnable se trouvant dans une situation semblable à celle du demandeur.

[123] Le demandeur croyait que les menaces implicites proférées contre lui et/ou son fils seraient exécutées. La Commission n'a pas tenu compte de la situation du demandeur pour déterminer si la conviction qu'avait le demandeur quant à ces menaces était raisonnable. Le demandeur cherchait de toute évidence désespérément à s'enfuir du Sri Lanka. Il voyageait avec son jeune fils. Le seul moment où il était possible pour lui de quitter le navire était lorsque ce dernier se trouvait au large des côtes de la Thaïlande. Le demandeur a expliqué qu'il craignait le sort qui lui serait réservé s'il se retrouvait sans passeport en Thaïlande et il a expliqué que son agent lui avait dit que, s'il se faisait prendre en Thaïlande, il mettrait tous les passagers du *MS Sun Sea* en danger. Bien que la Commission ait estimé qu'une partie du témoignage du demandeur manquait de crédibilité, elle n'a pas tenu compte de l'état d'esprit du demandeur pour déterminer ce qui était raisonnable. Les choix qui s'offraient au demandeur étaient très limités. Après que le navire eut pris la mer, le demandeur n'avait aucun moyen de se sortir de la situation dans laquelle il se trouvait. Bien que le demandeur ait bien précisé qu'aucune menace de préjudice ne lui avait été proférée alors que le navire était en mer, aucune n'était nécessaire, étant donné qu'il n'avait d'autre choix que de continuer à travailler à la salle des machines. Le mal que le demandeur a évité était peut-être plus grave que le mal qu'il a infligé en facilitant l'opération de passage de

clandestins d'un groupe de passagers qui voulaient fuir le Sri Lanka et qui avaient versé des sommes considérables pour ce faire et qui arriveraient au Canada, indépendamment du travail que le demandeur faisait à la salle des machines. On devrait tenir compte du critère de proportionnalité.

Conclusion

Abuse of process

[124] For the reasons noted above, the application for judicial review of the decision finding that there was no abuse of process is dismissed. The Board considered all the allegations of misconduct both individually and cumulatively. The Board did not err in articulating the test for abuse of process. The Board applied the key elements of the test from the case law and adapted them to the circumstances of this case. The Board was critical of the interview tactics but reasonably found that this did not justify a stay of proceedings. Quite simply, this was not the clearest of cases justifying the remedy of a stay.

Admissibility

[125] For the reasons noted above, the judicial review of the Board's determination of admissibility is allowed.

[126] Although the Board reasonably found that the elements of people smuggling, including the knowledge element, were established on the standard of proof of reasonable grounds to believe, the Board erred in its assessment of the defence of duress.

[127] The defence of duress may be raised with respect to a finding of inadmissibility in appropriate circumstances. The Board erred in assessing the applicant's conduct on a purely objective basis and in rigidly applying the principles for the defence of duress from *Perka*. The Board should consider the test for duress as

Conclusion

Abus de procédure

[124] Pour les motifs qui ont été exposés, la demande de contrôle judiciaire de la décision concluant à l'absence d'abus de procédure est rejetée. La Commission a tenu compte de toutes les allégations d'actes répréhensibles tant individuellement que collectivement. La Commission n'a pas commis d'erreur en articulant le critère de l'abus de procédure. La Commission a appliqué les principaux éléments du critère dégagés dans la jurisprudence et les a adaptés aux circonstances de l'espèce. La Commission a critiqué les techniques d'entrevue, mais a conclu de façon raisonnable qu'elles ne justifiaient pas une suspension de l'instance. Il ne s'agissait tout simplement pas d'un cas suffisamment clair pour justifier une suspension.

Interdiction de territoire

[125] Pour les motifs qui ont déjà été exposés, la demande de contrôle judiciaire de la conclusion tirée par la Commission au sujet de l'interdiction de territoire est accueillie.

[126] Bien que la Commission ait estimé de façon raisonnable que les éléments du passage de clandestins, y compris l'élément de la connaissance, avaient été établis selon la norme de preuve des motifs raisonnables de croire, la Commission a commis une erreur dans son appréciation du moyen de défense fondé sur la contrainte.

[127] Le moyen de défense fondé sur la contrainte peut être invoqué relativement à une déclaration d'interdiction de territoire lorsque les circonstances s'y prêtent. La Commission a commis une erreur en évaluant la conduite du demandeur d'un point de vue purement objectif et elle a appliqué de façon rigide les principes

refined by the case law up to and including *Ryan*, which requires that the elements of the test must be considered from the perspective of a reasonable person, but similarly situated to the applicant.

Proposed Certified Questions

[128] The applicant proposes the following questions for certification:

Does the fact that the Applicant was compellable when questioned by CBSA place restrictions on the nature and character of the questioning that can be used during the interview process?

Is s 117 inconsistent with s 7 because it is overbroad? If so, is it appropriate to make reference to a provision that is of no force and affect when determining inadmissibility under s 37(1)(b)?

[129] The respondent submits that the questions do not meet the test for certification as they are not “determinative of the appeal” and are not of “broad significance or general application” (*Liyanagamage v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 176 N.R. 4 (F.C.A.)).

[130] With respect to the first question, the respondent submits that the Board considered the interview tactics of the CBSA officers and determined that the tactics were not inappropriate to warrant a stay. The issue for the Court is whether that determination was reasonable. The respondent further submits that the fact that the applicant was required to answer the questions put to him does not change the nature of the questions the CBSA may ask. If such elevated restrictions applied, then foreign nationals would have more rights during interviews than persons questioned by the police in the criminal context.

relatifs au moyen de défense fondé sur la contrainte énoncés dans l’arrêt *Perka*. La Commission aurait dû examiner le critère de la contrainte précisé dans la jurisprudence ultérieure et notamment dans l’arrêt *Ryan*, suivant lequel il faut examiner les éléments du critère du point de vue de la personne raisonnable se trouvant dans une situation semblable à celle du demandeur.

Questions à certifier

[128] Le demandeur propose les questions suivantes à certifier :

Le fait que le demandeur était contraignable lorsque l’ASFC l’a interrogé limite-t-il la nature des questions qui pouvaient lui être posées au cours de l’entrevue?

L’art. 117 est-il incompatible avec l’article 7 pour cause de portée excessive? Dans l’affirmative, peut-on légitimement citer une disposition qui n’est plus en vigueur pour conclure à l’interdiction de territoire en vertu de l’alinéa 37(1)b)?

[129] Le défendeur affirme que ces questions ne satisfont pas aux critères applicables en matière de certification, étant donné qu’elles ne sont pas « déterminantes quant à l’issue de l’appel » et qu’elles n’ont pas de « conséquences importantes » et qu’elles ne sont pas « de portée générale » (*Liyanagamage c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 1637 (C.A.) (QL)).

[130] En ce qui concerne la première question, le défendeur affirme que la Commission a tenu compte des techniques d’entrevue utilisées par les agents de l’ASFC et qu’elle a conclu que ces techniques n’étaient pas irrégulières au point de justifier la suspension de l’instance. La question à laquelle notre Cour doit répondre est celle de savoir si cette conclusion était raisonnable. Le défendeur affirme également que le fait que le demandeur ait été obligé de répondre aux questions qui lui étaient posées ne change rien à la nature des questions que l’ASFC peut poser. Si des restrictions aussi importantes s’appliquaient, les ressortissants étrangers auraient plus de droits au cours des entrevues que les personnes interrogées par la police dans un contexte criminel.

[131] In my view, the Board was aware that the applicant was compelled to answer the questions yet reasonably found that the interview tactics were not abusive. The question proposed would not be dispositive of the judicial review.

[132] The respondent submits that the second question should not be certified because it is not a question of general importance. The decision of the B.C. Supreme Court *Appulonappa* does not assist the applicant. Whether section 117 is overbroad and whether it may capture the work of aid workers does not have an impact on whether the Board can rely on section 117 to interpret people smuggling under paragraph 37(1)(b). The respondent also notes that the Federal Court of Appeal did not mention *Appulonappa* in *B010* and this suggests that the Federal Court of Appeal was of the view that that case had no bearing on the issues it addressed.

[133] As noted above, in my view the Federal Court of Appeal did address the issue of overbreadth and found that there are protections available for a person found inadmissible and at the time of removal any risk would be assessed. Therefore, concerns about overbreadth, and, in particular, the applicant's allegations that section 117 could capture aid workers or other family members who assist refugees, which do not apply in the present case, were addressed.

[134] The respondent proposes that if this Court's decision regarding the Board's refusal to stay the proceedings (i.e., the admissibility determination) due to abuse of process hinges on the standard of review of that decision, the following question should be certified in order to clarify the standard of review applicable to a Board's application of the doctrine of abuse of process:

[131] À mon avis, la Commission était consciente du fait que le demandeur avait l'obligation de répondre aux questions; malgré cela, elle a conclu de façon raisonnable que les techniques d'entrevue n'étaient pas abusives. La question dont on propose la certification ne serait pas déterminante quant à l'issue du présent contrôle judiciaire.

[132] Le défendeur affirme que la seconde question ne devrait pas être certifiée parce qu'il ne s'agit pas d'une question de portée générale. La décision *Appulonappa* de la Cour suprême de la Colombie-Britannique n'est d'aucun secours pour le demandeur. La réponse à la question de savoir si l'article 117 a une portée excessive et s'il peut englober les travailleurs humanitaires n'a aucune incidence sur la question de savoir si la Commission peut se fonder sur l'article 117 pour interpréter l'expression « passage de clandestins » à l'alinéa 37(1)b). Le défendeur signale également que la Cour d'appel fédérale n'a pas mentionné la décision *Appulonappa* dans l'arrêt *B010*, ce qui permet de penser qu'elle était d'avis que cette décision n'avait aucune incidence sur les questions dont elle était saisie.

[133] Comme je l'ai déjà signalé, j'estime que la Cour d'appel fédérale s'est effectivement penchée sur la question de la portée excessive et qu'elle a conclu que les personnes déclarées interdites de territoire disposaient de protections et que le risque auquel elles seraient exposées serait évalué au moment de leur renvoi. Par conséquent, la Cour d'appel fédérale a effectivement examiné les préoccupations exprimées au sujet de la portée excessive et, notamment, les allégations du demandeur suivant lesquelles l'article 117 pourrait englober les travailleurs humanitaires et les autres membres de la famille qui aident les réfugiés, ce qui ne s'applique pas dans le cas qui nous occupe.

[134] Le défendeur fait valoir que, si la décision de notre Cour en ce qui concerne le refus de la Commission de suspendre l'instance (c.-à-d. la déclaration d'interdiction de territoire) pour cause d'abus de procédure dépend de la norme de contrôle applicable à cette décision, la question suivante devrait être certifiée pour clarifier la norme de contrôle applicable à l'application que la Commission a faite de la théorie de l'abus de procédure :

What is the standard of review for a decision by the Immigration Division, Immigration and Refugee Board, applying the doctrine of abuse of process to a particular set of facts?

[135] I have found that the Board applied the correct test adapted to the circumstances and reasonably found that there was no abuse of process. Therefore, this question would not be dispositive.

JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. The application for judicial review of the decision dated November 30, 2011, which found that there was no abuse of process, is dismissed.
2. The application for judicial review of the decision dated July 5, 2012, which found the applicant to be inadmissible to Canada pursuant to paragraph 37(1)(b) of the Act, is allowed.
3. There is no question for certification.

Quelle est la norme de contrôle applicable dans le cas d'une décision dans laquelle la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a appliqué la théorie de l'abus de procédure aux faits de l'espèce?

[135] Je suis arrivée à la conclusion que la Commission a appliqué le bon critère, compte tenu des circonstances, et que c'est de façon raisonnable qu'elle a conclu qu'il n'y avait pas eu abus de procédure. Par conséquent, cette question ne trancherait pas le débat.

JUGEMENT

LA COUR :

1. REJETTE la demande de contrôle judiciaire de la décision du 30 novembre 2011 par laquelle il a été jugé qu'aucun abus de procédure n'avait été commis;
2. ACCUEILLE la demande de contrôle judiciaire de la décision du 5 juillet 2012 déclarant le demandeur interdit de territoire au Canada en vertu de l'alinéa 37(1)b) de la Loi;
3. DÉCLARE qu'il n'y a aucune question à certifier.

T-888-10
2013 FC 1112

T-888-10
2013 CF 1112

Sandy Pond Alliance to Protect Canadian Waters Inc. (*Applicant*)

Sandy Pond Alliance to Protect Canadian Waters Inc. (*demanderesse*)

v.

c.

Her Majesty the Queen in Right of Canada as represented by the Attorney General of Canada (*Respondent*)

Sa Majesté la Reine du chef du Canada représentée par le procureur général du Canada (*défenderesse*)

and

et

Vale Inco Ltd., Mining Association of Canada and Mining Association of British Columbia (*Intervenors*)

Vale Inco Ltd., Association minière du Canada et Mining Association of British Columbia (*intervenantes*)

INDEXED AS: SANDY POND ALLIANCE TO PROTECT CANADIAN WATERS INC. v. CANADA

RÉPERTORIÉ : SANDY POND ALLIANCE TO PROTECT CANADIAN WATERS INC. c. CANADA

Federal Court, Heneghan J.—St. John’s, Newfoundland and Labrador, February 27, 28; Maniwaki, Quebec, October 31, 2013.

Cour fédérale, juge Heneghan—St. John’s (Terre-Neuve-et-Labrador), 27 et 28 février; Maniwaki (Québec), 31 octobre 2013.

Fisheries — Judicial review seeking declaration regulatory scheme set out in Metal Mining Effluent Regulations (2002 Regulations), ss. 5, 27.1, Sch. 2 as am. by Regulations Amending the Metal Mining Effluent Regulations (2006 Regulations), ultra vires authority of Governor in Council to make regulations pursuant to Fisheries Act — Applicant submitting 2006 amendments to Regulations, as illustrated by ss. 5, 27.1, eliminating requirement to treat effluent prior to discharge into water bodies, now allowing discharge of effluent without prior treatment, thereby creating potential for destruction of fish, fish habitat, other life-forms contrary to conservation purposes anticipated by Act — Whether 2006 amendments to Regulations authorized by statute — Conservation not paramount purpose of Act — Many interests engaged in management of fisheries, including industrial interests — Impugned Regulations enacted pursuant Act, s. 36(5), allowing use of Sandy Pond as depository of residue — Such use not illegal but expressly authorized by Act, s. 36(5) — Application dismissed.

Pêches — Contrôle judiciaire sollicitant un jugement déclarant que le mécanisme de réglementation prévu aux art. 5 et 27.1 et à l’annexe 2 du Règlement sur les effluents des mines de métaux (le « Règlement de 2002 ») modifié par le Règlement modifiant le Règlement sur les effluents des mines de métaux (le « Règlement de 2006 ») excède le pouvoir réglementaire conféré au gouverneur en conseil par les dispositions de la Loi sur les pêches — La demanderesse soutient que les modifications apportées au Règlement en 2006, illustrées par l’art. 5 et l’art. 27.1, ont éliminé l’exigence du traitement des effluents avant leur rejet dans les plans d’eau et permettent désormais le rejet d’effluents sans traitement préalable, entraînant ainsi la destruction potentielle du poisson, de l’habitat du poisson et d’autres formes de vie, un mécanisme contraire aux objectifs de conservation prévus par la Loi — Il s’agissait de savoir si les modifications apportées au Règlement en 2006 sont autorisées par la Loi — La conservation n’est pas l’objet primordial de la Loi — De nombreux intérêts interviennent dans la gestion des pêches, notamment les intérêts industriels — Le Règlement contesté, adopté en vertu de l’art. 36(5) de la Loi, a pour effet de permettre l’utilisation de l’étang Sandy en tant que dépôt de résidus — Cette utilisation n’est pas illégale, mais est expressément autorisée par l’art. 36(5) de la Loi — Demande rejetée.

This was an application for judicial review seeking a declaration that the regulatory scheme set out in sections 5 and 27.1 and Schedule 2 of the *Metal Mining Effluent Regulations* (the “2002 Regulations”), as amended by the *Regulations Amending the Metal Mining Effluent Regulations* (the “2006 Regulations”), are *ultra vires* the authority of the Governor in Council to make regulations pursuant to the *Fisheries Act*.

The applicant is a not-for-profit corporation created and existing under the laws of Newfoundland and Labrador whose aims and objectives include, *inter alia*, the protection and conservation of Canadian waters and their ecosystems. The intervener Vale Inco Ltd. is a Canadian company with extensive and significant mining operations throughout Canada. It has a wholly owned subsidiary operating a plant at Long Harbour, Placentia Bay, Newfoundland and Labrador. These operations involve a nickel processing plant (the project) that will generate residue known as “tailings” requiring a tailings impoundment area (TIA).

The applicant submitted that the 2006 amendments to the Regulations, as illustrated by section 5 and section 27.1, eliminated the requirement to treat effluent prior to its discharge into water bodies, and now allows the discharge of effluent without prior treatment, thereby creating the potential for the destruction of fish, fish habitat and other life-forms contrary to the conservation purposes anticipated by the Act.

At issue was whether the 2006 amendments to the Regulations were authorized by statute.

Held, the application should be dismissed.

The applicant was mistaken in asserting that conservation is the paramount purpose of the Act. The Act does not include a “purpose” section. Also, the Supreme Court has recognized, in *Ward v. Canada (Attorney General)*, that many interests are engaged in the management of the fisheries, including industrial interests.

In considering the *vires* of the Regulations at issue herein, it was necessary, pursuant to *Canada (Wheat Board) v. Canada (Attorney General)*: (1) to identify the scope and purpose of the statutory authority pursuant to which the impugned order was made; and (2) to ask whether the grant of statutory authority permits this particular delegated legislation.

(1) The Act contains many provisions that authorize the enactment of regulations, including subsection 36(5) pertaining to regulations for authorizing certain deposits. To determine the scope and operation of the statutory authority

Il s’agissait d’une demande de contrôle judiciaire sollicitant un jugement déclarant que le mécanisme de réglementation prévu aux articles 5 et 27.1 et à l’annexe 2 du *Règlement sur les effluents des mines de métaux* (le « Règlement de 2002 »), modifié par le *Règlement modifiant le Règlement sur les effluents des mines de métaux* (le « Règlement de 2006 ») excède le pouvoir réglementaire conféré au gouverneur en conseil par les dispositions de la *Loi sur les pêches*.

La demanderesse est une société sans but lucratif créée et régie par les lois de Terre-Neuve-et-Labrador, dont les buts et objectifs comprennent entre autres la protection et la conservation des eaux canadiennes et leurs écosystèmes. L’intervenante, Vale Inco Ltd., est une société canadienne exerçant des activités minières importantes sur l’ensemble du territoire canadien. Elle détient une filiale en propriété exclusive qui exploite une usine à Long Harbour, sur la baie Placentia, à Terre-Neuve-et-Labrador. Cette exploitation comprend une usine de traitement du nickel (le projet), qui produira des « résidus miniers » et exigera un dépôt de résidus miniers (DRM).

La demanderesse a fait valoir que les modifications apportées au Règlement en 2006, illustrées par l’article 5 et l’article 27.1, ont éliminé l’exigence du traitement des effluents avant leur rejet dans les plans d’eau et permettent désormais le rejet d’effluents sans traitement préalable, entraînant ainsi la destruction potentielle du poisson, de l’habitat du poisson et d’autres formes de vie, ce mécanisme étant contraire aux objectifs de conservation prévus par la Loi.

La question en l’espèce était de savoir si les modifications apportées au Règlement en 2006 étaient autorisées par la loi.

Jugement : la demande doit être rejetée.

La demanderesse s’est trompée lorsqu’elle a affirmé que la conservation est l’objet primordial de la Loi. La Loi ne contient pas d’article « objet ». Dans l’arrêt *Ward c. Canada (Procureur général)* la Cour suprême du Canada a reconnu que de nombreux intérêts interviennent dans la gestion des pêches, notamment les intérêts industriels.

Pour analyser la validité du Règlement en cause en l’espèce, il était nécessaire, en vertu de l’arrêt *Canada (Commission du blé) c. Canada (Procureur général)* : 1) d’identifier la portée et l’objet du pouvoir conféré par la loi en vertu duquel le décret contesté a été publié; et 2) de déterminer si le pouvoir conféré par la loi permet cette législation par délégation particulière.

1) La Loi contient de nombreuses dispositions qui autorisent l’adoption de règlements, y compris le paragraphe 36(5), qui a trait aux règlements permettant l’immersion. Pour déterminer la portée et l’application du pouvoir prévu au

given by subsection 36(5), it is necessary to read that provision in conjunction with subsection 36(3) (prohibiting the deposit of deleterious substances) and paragraph 36(4)(b) (authorizing certain deposits by regulation) of the Act. The challenged Regulations in this case were enacted pursuant to subsection 36(5) and allow the use of Sandy Pond as a depository of residue. The use of Sandy Pond in this manner is not illegal but expressly authorized by the above-referenced provisions of the Act, which are sufficiently broad to authorize the enactment of the 2006 Regulations.

(2) Section 5 of the 2002 Regulations, as amended by section 2 of the 2006 Regulations, authorizes the deposit of deleterious materials into a TIA. This conduct is specifically authorized by paragraphs 36(5)(a) to (d) of the Act. Section 27.1 of the 2002 Regulations, as amended by section 14 of the 2006 Regulations, requires that a mine owner or operator submit a compensation plan for approval by the Minister prior to the deposit of deleterious substances. Such a compensation plan was developed in the case at bar. The compensation plan scheme is authorized by paragraph 36(5)(e) of the Act. Schedule 2 sets out a list of TIAs authorized under the Regulations. The validity of this Schedule depended on the validity of section 5 of the 2002 Regulations (as amended). Given that section 5 was found to be valid, so to was Schedule 2. In any event, paragraph 36(5)(b) of the Act clearly authorizes the creation of TIAs.

In conclusion, the fact that regulations enacted pursuant to the Act may have negative environmental consequences does not, *per se*, render those regulations invalid. The provisions of the 2006 Regulations challenged herein were lawfully enacted by the Governor in Council pursuant to the authority conferred by subsection 36(5) of the Act.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- An Act to amend the Fisheries Act*, R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 35, ss. 2, 6.
An Act to implement certain provisions of the budget tabled in Parliament on March 29, 2012 and other measures, S.C. 2012, c. 19.
Canadian Environmental Assessment Act, S.C. 1992, c. 37 (repealed by S.C. 2012, c. 19, s. 66).
Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 91(12).
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, r. 52.2.
Fisheries Act, R.S.C., 1985, c. F-14, ss. 7, 34(2), 35(2), 36(3), (4)(b), (5), 38(9).
Fisheries Act, The, S.C. 1868, c. 60.

paragraphe 36(5), cette disposition doit être lue conjointement avec le paragraphe 36(3) (Dépôt de substances nocives prohibé) et l'alinéa 36(4)(b) (Immersion permise par règlement) de la Loi. Le Règlement contesté en l'espèce a été adopté en vertu du paragraphe 36(5) et permet l'utilisation de l'étang Sandy en tant que dépôt de résidus. L'utilisation de l'étang Sandy de cette manière n'est pas illégale; elle est expressément autorisée par les dispositions précitées de la Loi, lesquelles ont une portée suffisamment large pour autoriser l'adoption du Règlement de 2006.

2) L'article 5 du Règlement de 2002 modifié par l'article 2 du Règlement de 2006 autorise le rejet de substances nocives dans un DRM. Ce comportement est expressément autorisé par les alinéas 36(5)(a) à (d) de la Loi. L'article 27.1 du Règlement de 2002 modifié par l'article 14 du Règlement de 2006 exige que le propriétaire ou l'exploitant d'une mine soumette un plan de compensation à l'approbation du ministre avant de procéder au rejet de substances nocives. Un tel plan de compensation a été élaboré en l'espèce. Le mécanisme du plan de compensation est autorisé par l'alinéa 36(5)(e) de la Loi. L'annexe 2 énumère la liste des DRM autorisées en vertu du Règlement. La validité de l'annexe 2 dépendait de la validité de l'article 5 du Règlement de 2002 (modifié). Étant donné que l'article 5 a été jugé valide, il en allait de même pour l'article 2. En tout état de cause, l'alinéa 36(5)(b) de la Loi autorise clairement la création de DRM.

En conclusion, le fait que les règlements adoptés en vertu de la Loi peuvent avoir des répercussions négatives sur l'environnement n'est pas, en soi, un motif d'invalidité. Les dispositions du Règlement de 2006 contestées en l'espèce ont été légalement adoptées par le gouverneur en conseil en vertu du pouvoir qui lui est conféré par le paragraphe 36(5) de la Loi.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Acte des Pêcheries*, S.C. 1868, ch. 60.
Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, L.C. 1992, ch. 37 (abrogé par L.C. 2012, ch. 19, art. 66).
Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 91(12).
Loi modifiant la Loi sur les pêches, L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 35, art. 2, 6.
Loi portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 29 mars 2012 et mettant en oeuvre d'autres mesures, L.C. 2012, ch. 19.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1.
Loi sur les pêches, L.R.C. (1985), ch. F-14, art. 7, 34(2), 35(2), 36 (3), (4)(b), (5), 38(9).

Metal Mining Effluent Regulations, SOR/2002-222, Preamble, ss. 5, 27.1, Sch. 2.
Regulations Amending the Metal Mining Effluent Regulations, SOR/2006-239, Preamble, ss. 2, 14.
Regulations Amending the Metal Mining Effluent Regulations, SOR/2009-156.

CASES CITED

APPLIED:

Fraser River Pile & Dredge Ltd. v. Empire Tug Boats Ltd. (1995), 37 C.P.C. (3d) 119, 95 F.T.R. 43 (F.C.T.D.); *Canada (Wheat Board) v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 214, [2010] 3 F.C.R. 374.

CONSIDERED:

David Suzuki Foundation v. Canada (Fisheries and Oceans), 2012 FCA 40, [2013] 4 F.C.R. 155; *Ecology Action Centre Society v. Canada (Attorney General)*, 2004 FC 1087, 262 F.T.R. 160; *Ward v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 17, [2002] 1 S.C.R. 569; *Moresby Explorers Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2006 FCA 144, 350 N.R. 101; *Comeau's Sea Foods Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1997] 1 S.C.R. 12, (1997), 142 D.L.R. (4th) 193.

REFERRED TO:

Sandy Pond Alliance to Protect Canadian Waters Inc. v. Canada, 2011 FC 158, rev'd in part *Vale Canada Limited v. Sandy Pond Alliance to Protect Canadian Waters Inc.*, 2011 FCA 129, 418 N.R. 55; *Canadian Council for Refugees v. Canada*, 2008 FCA 229, [2009] 3 F.C.R. 136; *Attorney-General for the Dominion of Canada v. Attorneys-General for the Provinces of Ontario, Quebec and Nova Scotia*, [1898] A.C. 700 (P.C.); *Attorney General for British Columbia v. Attorney General for the Dominion of Canada*, [1914] 15 D.L.R. 308, [1914] A.C. 153 (P.C.); *Attorney General for Canada v. Attorney General for the Province of Quebec* (1920), 56 D.L.R. 358, [1921] 1 A.C. 413 (P.C.); *Inverhuron & District Ratepayers' Assn. v. Canada (Minister of the Environment)*, 2001 FCA 203, 273 N.R. 62.

AUTHORS CITED

Regulatory Impact Analysis Statement, SOR/2002-222, *C. Gaz.* 2002.II.1444.

APPLICATION for judicial review seeking a declaration that the regulatory scheme set out in sections 5 and 27.1 and Schedule 2 of the *Metal Mining Effluent*

Règlement modifiant le Règlement sur les effluents des mines de métaux, DORS/2006-239, préambule, art. 2, 14.
Règlement modifiant le Règlement sur les effluents des mines de métaux, DORS/2009-156.
Règlement sur les effluents des mines de métaux, DORS/2002-222, préambule, art. 5, 27.1, ann. 2.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règle 52.2.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Fraser River Pile & Dredge Ltd. v. Empire Tug Boats Ltd., [1995] A.C.F. n° 436 (1^{re} inst.) (QL); *Canada (Commission du blé) c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 214, [2010] 3 R.C.F. 374.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Fondation David Suzuki c. Canada (Pêches et Océans), 2012 CAF 40, [2013] 4 R.C.F. 155; *Ecology Action Centre Society c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 1087; *Ward c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 17, [2002] 1 R.C.S. 569; *Moresby Explorers Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2006 CAF 144; *Comeau's Sea Foods Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [1997] 1 R.C.S. 12.

DÉCISIONS CITÉES :

Sandy Pond Alliance to Protect Canadian Waters Inc. c. Canada, 2011 CF 158, inf. en partie par *Vale Canada Limited c. Sandy Pond Alliance to Protect Canadian Waters Inc.*, 2011 CAF 129; *Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada*, 2008 CAF 229, [2009] 3 R.C.F. 136; *Attorney-General for the Dominion of Canada v. Attorneys-General for the Provinces of Ontario, Quebec and Nova Scotia*, [1898] A.C. 700 (P.C.); *Attorney General for British Columbia v. Attorney General for the Dominion of Canada*, [1914] 15 D.L.R. 308, [1914] A.C. 153 (P.C.); *Attorney General for Canada v. Attorney General for the Province of Quebec* (1920), 56 D.L.R. 358, [1921] 1 A.C. 413 (P.C.); *Inverhuron & District Ratepayers' Assn. c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, 2001 CAF 203.

DOCTRINE CITÉE

Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, DORS/2002-222, *Gaz. C.* 2002.II.1444.

DEMANDE de contrôle judiciaire sollicitant un jugement déclarant que le mécanisme de réglementation prévu aux articles 5 et 27.1 et à l'annexe 2 du *Règlement*

Regulations, as amended in 2006 by the *Regulations Amending the Metal Mining Effluent Regulations*, are *ultra vires* the authority of the Governor in Council to make regulations pursuant to the *Fisheries Act*. Application dismissed.

sur les effluents des mines de métaux, modifié en 2006 par le *Règlement modifiant le Règlement sur les effluents des mines de métaux*, excède le pouvoir réglementaire conféré au gouverneur en conseil par les dispositions de la *Loi sur les pêches*. Demande rejetée.

APPEARANCES

Owen Myers for applicant.
Lori Rasmussen for respondent.
Douglas Hamilton and *Christopher A. Wayland* for intervenor Vale Inco Ltd.
James L. Thistle, QC, for intervenors Mining Association of Canada and Mining Association of British Columbia.

ONT COMPARU

Owen Myers pour la demanderesse.
Lori Rasmussen pour la défenderesse.
Douglas Hamilton et *Christopher A. Wayland* pour l'intervenante Vale Inco Ltd.
James L. Thistle, c.r., pour les intervenantes Association minière canadienne et Mining Association of British Columbia.

SOLICITORS OF RECORD

Owen Myers Law, St. John's, Newfoundland and Labrador, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

McCarthy Tétrault LLP, Toronto, for intervenor Vale Inco Ltd.
McInnes Cooper, St. John's, Newfoundland and Labrador, for intervenors Mining Association of Canada and Mining Association of British Columbia.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Owen Myers Law, St. John's (Terre-Neuve-et-Labrador), pour la demanderesse.
Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse.

McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l., Toronto, pour l'intervenante Vale Inco Ltd.
McInnes Cooper, St. John's (Terre-Neuve-et-Labrador), pour les intervenantes Association minière du Canada et Mining Association of British Columbia.

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 rendu par

HENEGHAN J.:

LA JUGE HENEGHAN :

I. INTRODUCTION

[1] Sandy Pond Alliance to Protect Canadian Waters Inc. (the applicant) commenced this application for judicial review pursuant to section 18.1 of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 and the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 (the Rules), seeking a declaration that the regulatory scheme set out in sections 5 and 27.1 and Schedule 2 of the *Metal Mining Effluent Regulations*, SOR/2002-222 (the “2002 MMER” or the “2002 Regulations”), as amended by the *Regulations Amending the Metal Mining Effluent Regulations*, SOR/2006-239 (the “2006 MMER” or “2006 Regulations”) are *ultra vires* the regulation-making powers

I. INTRODUCTION

[1] Sandy Pond Alliance to Protect Canadian Waters Inc. (la demanderesse) a introduit la présente demande de contrôle judiciaire conformément à l'article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, et les *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 (les Règles). Elle sollicite un jugement déclarant que le mécanisme de réglementation prévu aux articles 5 et 27.1 et à l'annexe 2 du *Règlement sur les effluents des mines de métaux*, DORS/2002-222 (le « REMM 2002 » ou le « Règlement de 2002 »), modifié par le *Règlement modifiant le Règlement sur les effluents des mines de métaux*, DORS/2006-239 (le « REMM 2006 » ou le

granted to the Governor in Council pursuant to the provisions of the *Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14 (the “Fisheries Act” or the “Act”).

[2] In its application for judicial review the applicant seeks the following relief:

3. The applicant makes application for: Declaratory Relief as follows:

(a) A declaration that the following sections of the *Metal Mining Effluent Regulations*, SOR/2002-222 as amended are unlawful as being contrary to the *Fisheries Act* [R.S., c. F-14, s. 1] and *ultra vires* the authority granted to the Governor in Council pursuant to the *Fisheries Act* and subsections 34(2), 36(5) and 38(9) of the *Fisheries Act*, and are hereby declared to be of no force and effect:

- i. SCHEDULE 2 of the *Metal Mining Effluent Regulations*
- ii. Section 5 of the *Metal Mining Effluent Regulations*
- iii. Section 27.1 of the *Metal Mining Effluent Regulations*

4. That in the alternative to (a) above, a declaration that the Governor in Council acted beyond its jurisdiction or without jurisdiction in issuing SOR/2006-239, October 3, 2006 and creating SCHEDULE 2, Section 5 and Section 27.1 of the *Metal Mining Effluent Regulations*.

II. THE PARTIES

(A) *The Applicant*

[3] The applicant is a not-for-profit corporation created and existing under the laws of Newfoundland and Labrador. It describes its aims and objectives:

- a. To protect and conserve Canadian waters and their ecosystems; and
- b. To take appropriate actions to assist the Alliance in fulfilling its purpose, including promoting and recommending laws and policies, and informing and engaging the public; and

« Règlement de 2006 »), excède le pouvoir réglementaire conféré au gouverneur en conseil par les dispositions de la *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14 (la « *Loi sur les pêches* » ou la « *Loi* »).

[2] Dans sa demande de contrôle judiciaire, la demanderesse sollicite les réparations suivantes :

[TRADUCTION]

3. La demanderesse demande comme réparation un jugement déclaratoire contenant ce qui suit :

a) une déclaration portant que les éléments suivants du *Règlement sur les effluents des mines de métaux*, DORS/2002-222, modifié, sont illégaux, car ils sont contraires à la *Loi sur les pêches* [LR, c F-14, article 1] et excèdent les pouvoirs conférés au gouverneur en conseil par la *Loi sur les pêches* et les paragraphes 34(2), 36(5) et 38(9) de la *Loi sur les pêches*, et sont inopérants :

- i. l’ANNEXE 2 du *Règlement sur les effluents des mines de métaux*;
- ii. l’article 5 du *Règlement sur les effluents des mines de métaux*;
- iii. l’article 27.1 du *Règlement sur les effluents des mines de métaux*;

4. Subsidiairement à l’alinéa a) ci-dessus, une déclaration portant que le gouverneur en conseil a outrepassé sa compétence ou a agi sans compétence en adoptant le DORS/2006-239 le 3 octobre 2006 et en créant l’annexe 2, l’article 5 et l’article 27.1 du *Règlement sur les effluents des mines de métaux*.

II. LES PARTIES

A) *La demanderesse*

[3] La demanderesse est une société sans but lucratif créée et régie par les lois de Terre-Neuve-et-Labrador. Elle décrit ses buts et objectifs comme suit :

[TRADUCTION]

- a. protéger et préserver les eaux canadiennes et leurs écosystèmes;
- b. prendre les mesures appropriées pour aider l’Alliance à remplir sa mission, notamment promouvoir et recommander des lois et des politiques, et informer et mobiliser le public;

- c. To join and/or co-operate with other organizations or institutions with similar purposes.
- [4] The applicant is a public interest litigant.
- [5] Her Majesty the Queen in Right of Canada as represented by the Attorney General (the respondent) is the respondent.
- [6] Vale Inco Ltd. (Vale) is a Canadian company with extensive and significant mining operations throughout Canada. Vale Inco Newfoundland and Labrador Limited is a wholly owned subsidiary of Vale, operating a plant at Long Harbour, Placentia Bay, Newfoundland and Labrador. The Long Harbour operations involve a nickel processing plant (the project). That plant will generate residue known as “tailings” which will require a tailings impoundment area (TIA). Nineteen TIAs are described in Schedule 2 of the Regulations by their geographic coordinates.
- [7] The Mining Association of Canada (the MAC) is a national organization for the Canadian mining industry. It has existed since 1935 and was initially known as the “Canadian Metal Mining Association”. It represents most of the mining operations currently listed in Schedule 2 of the MMR.
- [8] The Mining Association of British Columbia (the MABC) was created in 1901 pursuant to an act of the province of British Columbia. It is the dominant voice of the mining industry in British Columbia. Its members are engaged in metal and coal mining in British Columbia and internationally.
- [9] Vale, the MAC and the MABC sought status in this proceeding as either interveners or respondents, pursuant to the Rules. By order issued on February 10, 2011, those three parties were granted status as interveners, upon certain terms and conditions: see *Sandy Pond Alliance to Protect Canadian Waters Inc. v. Canada*, 2011 FC 158.
- c. s’associer à d’autres organismes ou institutions ayant des objectifs similaires ou collaborer avec ces organismes ou institutions.
- [4] La demanderesse est partie représentant l’intérêt public.
- [5] La défenderesse est Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, représentée par le procureur général.
- [6] Vale Inco Ltd. (Vale) est une société canadienne exerçant des activités minières importantes sur l’ensemble du territoire canadien. Vale Inco Newfoundland and Labrador Limited est une filiale en propriété exclusive de Vale. Elle exploite une usine à Long Harbour, sur la baie Placentia, à Terre-Neuve-et-Labrador. L’exploitation de Long Harbour comprend une usine de traitement du nickel (le projet), qui produira des « résidus miniers » et exigera un dépôt de résidus miniers (DRM). L’annexe 2 du Règlement identifie 19 DRM par leurs coordonnées géographiques.
- [7] Créée en 1935, l’Association minière du Canada (l’AMC) est l’organisation nationale de l’industrie minière canadienne. Les membres qu’elle représente dirigent la plupart des exploitations minières actuellement inscrites à l’annexe 2 du REMM.
- [8] La Mining Association of British Columbia (la MABC) a été créée en 1901 conformément à une loi de la province de la Colombie-Britannique. Elle est la voix dominante de l’industrie minière en Colombie-Britannique. Ses membres exercent des activités minières dans les secteurs des métaux et du charbon, en Colombie-Britannique et à l’étranger.
- [9] Vale, l’AMC et la MABC ont demandé le statut d’intervenante ou de défenderesse dans la présente affaire, conformément aux Règles. Par ordonnance rendue le 10 février 2011, ces trois parties ont obtenu le statut d’intervenante, à certaines conditions : voir *Sandy Pond Alliance to Protect Canadian Waters Inc. c. Canada*, 2011 CF 158.

[10] By notice of appeal filed on February 18, 2011, the MAC and the MABC appealed against that order. By judgment dated April 9, 2011, the appeal was allowed in part, to afford the MAC and the MABC the right to file affidavits from two expert witnesses, in addition to the affidavits previously filed, and the right to participate in cross-examination of the deponents for the applicant and the respondent. The Federal Court of Appeal sustained the status of Vale, the MAC and the MABC as interveners: see *Vale Canada Limited v. Sandy Pond Alliance to Protect Canadian Waters Inc.*, 2011 FCA 129, 418 N.R. 55.

(B) *The Evidence*

[11] The evidence of the parties was entered by way of affidavit, the usual manner of submitting evidence in an application for judicial review.

[12] The applicant submitted the affidavit of Dr. John Gibson, a retired marine biologist and a former employee of the Department of Fisheries and Oceans Canada (DFO). This affidavit was sworn to on June 4, 2010.

[13] The applicant sought leave to file a further affidavit, sworn to on June 23, 2011, as a rebuttal to the affidavits filed by the other parties and in support of his affidavit dated June 4, 2011. By order of Prothonotary Aronovitch, dated November 11, 2011, leave to file the further affidavit was denied on the basis that the applicant had failed to meet the criteria applicable to the filing of supplementary evidence.

[14] In disposing of the applicant's motion to file a further affidavit of Dr. Gibson, Prothonotary Aronovitch remitted the issue of qualifying Dr. Gibson as an expert witness to the judge hearing the case on the merits. That issue will be addressed below.

[15] The respondent filed the affidavits of Mr. Marvin A. Barnes and Mr. Chris Doiron. Mr. Barnes is employed with DFO and at the time of swearing his affidavit, was the regional manager, Environmental Assessment and Major Projects; Ocean, Habitat and Species at Risk

[10] Par un avis d'appel déposé le 18 février 2011, l'AMC et la MABC ont interjeté appel de cette ordonnance. L'appel a été accueilli en partie dans un jugement, en date du 9 avril 2011, qui autorisait l'AMC et la MABC à déposer les affidavits de deux témoins experts, en plus des affidavits déposés antérieurement, et à contre-interroger les témoins de la demanderesse et de la défenderesse. La Cour d'appel fédérale a confirmé le statut d'intervenante de Vale, de l'AMC et de la MABC : voir *Vale Canada Limited c. Sandy Pond Alliance to Protect Canadian Waters Inc.*, 2011 CAF 129.

B) *La preuve*

[11] Les parties ont présenté leur preuve au moyen d'affidavits, comme il est habituel de le faire pour les demandes de contrôle judiciaire.

[12] La demanderesse a déposé l'affidavit de M. John Gibson, biologiste marin à la retraite et ancien employé du ministère des Pêches et des Océans Canada (MPO). Cet affidavit a été souscrit le 4 juin 2010.

[13] La demanderesse a demandé l'autorisation de déposer un autre affidavit, daté du 23 juin 2011, pour réfuter les affidavits déposés par les autres parties et à l'appui de son propre affidavit souscrit le 4 juin 2011. Par ordonnance de la protonotaire Aronovitch, en date du 11 novembre 2011, l'autorisation de déposer le nouvel affidavit a été refusée, au motif que la demanderesse n'avait pas satisfait aux critères applicables à la production d'une preuve supplémentaire.

[14] En statuant sur la requête de la demanderesse en vue de déposer un nouvel affidavit de M. Gibson, la protonotaire Aronovitch a renvoyé la question de la qualification de M. Gibson à titre de témoin expert au juge saisi de l'affaire sur le fond. Cette question sera traitée ci-après.

[15] La défenderesse a déposé les affidavits de MM. Marvin A. Barnes et Chris Doiron. M. Barnes est employé du MPO et, au moment où il a souscrit son affidavit, il était directeur régional, Évaluation environnementale et grands projets, Direction des océans, de

Branch. In that capacity he was involved with and responsible for environmental assessments of major development projects pursuant to the *Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37 (the CEAA), a statute that was repealed in 2012 [S.C. 2012, c. 19, s. 66]. The Project at Long Harbour, together with the designation of Sandy Pond as a TIA, was subject to review under the CEAA.

[16] Mr. Barnes described the steps that were taken from March 2006, when DFO received a Project description from the Canadian Environmental Assessment Agency (the Agency) until July 2008 when the Agency gave notice of its decision that the Project was unlikely to cause significant adverse environmental effects.

[17] These steps included a request from the Province of Newfoundland and Labrador to DFO for an opinion on the Project description; preparation of an Environmental Impact Statement (EIS) by Vale and its submission to DFO and Transport Canada (TC) by Vale; a request to amend the Regulations to include hydrometallurgical (hydromet) plants such as the proposed Project and the use of Sandy Pond as a residue management and storage site; the submission of the final Fish Habitat Compensation Strategy for Sandy Pond and notification from DFO that the strategy was acceptable pursuant to section 27.1 of the Regulations; and two public consultation sessions, one in Long Harbour, Newfoundland and Labrador and the second in Gatineau, Quebec.

[18] Mr. Chris Doiron is an employee of Her Majesty the Queen in Right of Canada as Chief of the Mining Section, Mining and Processing Division, at Environment Canada. He has held that position since May 2004. In that capacity he was engaged in the evaluation of the proposed waste disposal facility at Sandy Pond by the Voisey's Bay Nickel Company Limited, as part of the Project.

[19] In his affidavit, dated July 29, 2010, Mr. Doiron described the steps undertaken by the federal regulatory authorities between 2005 and 2008 leading up to the amendments by which Sandy Pond was added to

l'habitat et des espèces en péril. En cette qualité, il était responsable des évaluations environnementales des grands projets de développement au titre de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, L.C. 1992, ch. 37 (la LCEE), abrogée en 2012 [L.C. 2012, ch. 19, art. 66]. Le projet de Long Harbour, ainsi que la désignation de l'étang Sandy en tant que DRM, était susceptible de contrôle par la Cour en vertu de la LCEE.

[16] M. Barnes a décrit les mesures prises entre mars 2006, moment où le MPO a reçu une description de projet de l'Agence canadienne d'évaluation environnementale (l'Agence), et juillet 2008, moment où l'Agence a communiqué sa conclusion que le projet avait peu de chances d'entraîner des répercussions environnementales négatives.

[17] Ces mesures comprenaient une demande de la province de Terre-Neuve-et-Labrador au MPO concernant un avis sur la description du projet; la préparation d'une étude d'impact environnemental (EIE) par Vale et la présentation de cette EIE au MPO et à Transports Canada (TC); une demande de modification du Règlement pour y inclure les usines hydrométallurgiques (l'hydrométallurgie), comme le projet proposé et l'utilisation de l'étang Sandy comme site de gestion et d'entreposage des résidus; le dépôt de la version définitive de la Stratégie de compensation de l'habitat du poisson pour l'étang Sandy et un avis du MPO quant à l'acceptabilité de la stratégie au titre de l'article 27.1 du Règlement; enfin, deux séances de consultation publique, l'une à Long Harbour, Terre-Neuve-et-Labrador, et l'autre à Gatineau, au Québec.

[18] M. Chris Doiron est employé de Sa Majesté la Reine du chef du Canada à titre de chef de la Section des mines, Division mines et du traitement, à Environnement Canada, poste qu'il occupe depuis mai 2004. En cette qualité, il a participé à l'évaluation de l'installation d'entreposage des résidus à l'étang Sandy proposée par Voisey's Bay Nickel Company Limited dans le cadre du projet.

[19] Dans son affidavit, daté du 29 juillet 2010, M. Doiron décrit les mesures prises par les autorités réglementaires fédérales de 2005 à 2008 ayant mené aux modifications qui ont donné lieu à l'inscription de

Schedule 2, effective May 28, 2009. DFO and TC were involved in the process leading up to the amendments to the Regulations due to their status as “responsible authorities” within the scope of the CEAA. He deposed that he was integrally involved with Environment Canada’s supervision of the regulatory process leading up to the 2009 listing of Sandy Pond as a TIA in Schedule 2 and the expanded scope of the Regulations to include hydromet facilities. This process led to the enactment of the *Regulations Amending the Metal Mining Effluent Regulations*, SOR/2009-156 (the Voisey’s Bay MMER amendments).

[20] The MAC and the MABC filed the affidavit of Elizabeth J. Gardiner and the reports of Dr. Dirk Jacobus Albertus Van Zyl and Dr. Eric B. Taylor, as expert witnesses.

[21] Ms. Gardiner is the executive advisor for the MAC. She was vice-president, Technical Affairs for that organization, from 1996 until 2010. In her affidavit, dated May 6, 2011, she addressed the role of the MAC as the national organization for the Canadian mining industry and its engagement in the pursuit and maintenance of high standards of environmental performances and management. She commented on the evolution of the federal regulatory scheme beginning in the 1990s and leading up to the introduction of the MMER in 2002, including the introduction of Schedule 2. She also addressed the 2006 amendments, notably the addition of section 27.1.

[22] The MAC and the MABC also filed the reports of two expert witnesses, Dr. Van Zyl and Dr. Taylor. Each of these reports was accompanied by a certificate concerning the “Code of Conduct for Expert Witnesses” pursuant to rule 52.2 of the Rules.

[23] Dr. Van Zyl is a civil engineer. His report addresses the production and management of tailings, that is residue left after the recovery of metal in a mineral processing facility. His report talks about the options for the management of tailings, either on land surface, below land surface and under water and provides

l’étang Sandy, à l’annexe 2, le 28 mai 2009. Le MPO et TC ont participé au processus ayant mené aux modifications du Règlement en raison de leur statut d’« autorité responsable » au sens de la LCEE. Il a indiqué avoir été totalement engagé dans la supervision du processus réglementaire d’Environnement Canada ayant mené à l’inscription en 2009 de l’étang Sandy en tant que DRM à l’annexe 2 et à l’élargissement de la portée du Règlement pour y inclure l’hydrométallurgie. Ce processus a donné lieu à l’adoption du *Règlement modifiant le Règlement sur les effluents des mines de métaux*, DORS/2009-156 (les modifications au REMM de Voisey’s Bay).

[20] L’AMC et la MABC ont déposé l’affidavit d’Elizabeth J. Gardiner et les rapports de MM. Dirk Jacobus Albertus Van Zyl et Eric B. Taylor, à titre de témoins experts.

[21] M^{me} Gardiner est conseillère de direction à l’AMC, où elle a occupé le poste de vice-présidente, Affaires techniques, de 1996 à 2010. Dans son affidavit, daté du 6 mai 2011, elle traite du rôle de l’AMC en tant qu’organisme national pour l’industrie minière canadienne et de son engagement dans la recherche et le maintien de normes élevées de rendement et de gestion en matière d’environnement. Elle commente l’évolution du régime réglementaire fédéral du début des années 1990 à l’adoption du REMM en 2002, y compris l’introduction de l’annexe 2, de même que les modifications apportées en 2006, notamment l’ajout de l’article 27.1.

[22] L’AMC et la MABC ont également déposé les rapports de deux témoins experts, M. Van Zyl et M. Taylor. Chacun de ces rapports était accompagné d’un certificat relatif au « Code de déontologie régissant les témoins experts », conformément à la règle 52.2 des Règles.

[23] M. Van Zyl est ingénieur civil. Son rapport porte sur la production et la gestion des résidus miniers, soit les résidus laissés après la récupération des métaux dans une installation de traitement des minéraux. Son rapport traite des options en matière de gestion des résidus miniers, soit à la surface de la terre, sous la surface de

some comparison of the advantages and disadvantages of each option.

[24] The second report, from Dr. Taylor, is entitled “Adaptive radiation and Sandy Pond Brook Trout”. Dr. Taylor, currently a professor of zoology at the University of British Columbia, commented on an article written by Dr. Gibson, entitled “The inequity of compensation for destroyed lakes”. Dr. Taylor disputed the opinion offered by Dr. Gibson as to the “adaptive evolution” of Sandy Pond Brook Trout.

[25] Vale filed the affidavits of Mr. Don Stevens, Ms. Margarette Livie, Ms. Macijie B. Szymanski and Mr. James H. McCarthy, as well as the transcript of the cross-examination of Dr. Gibson.

[26] Mr. Stevens swore two affidavits, the first on July 13, 2010, and the second on May 6, 2011. Mr. Stevens is the general manager of the Vale plant in Long Harbour. In his affidavits he stated that at Vale’s request, Schedule 2 of the Regulations was amended to list Sandy Pond as a TIA. He also reviewed the steps that Vale followed leading up to the amendment of the Regulations.

[27] Ms. Livie swore an affidavit on July 27, 2010. At that time, she was a law clerk to counsel for Vale. She attached certain documents as exhibits to her affidavit, including a transcript of a radio broadcast, a copy of a “background document” about the applicant, documents relating to the incorporation of the applicant, and a transcript of a television news story. Her evidence is submitted for the purpose of showing that the applicant is focusing solely on the Long Harbour facility and Sandy Pond. Vale also relies on the affidavit for the purpose of challenging the status of Dr. Gibson as an expert witness.

[28] Ms. Szymanski, a professional engineer, was retained by Vale to provide an expert report. Her report is accompanied by a certificate pursuant to rule 52.2 of the Rules.

la terre et sous l’eau, et compare les avantages et les inconvénients de chaque option.

[24] Le deuxième rapport, rédigé par M. Taylor, s’intitule « Adaptive radiation and Sandy Pond Brook Trout » (« La radiation adaptative et l’omble de fontaine de l’étang Sandy »). M. Taylor, professeur de zoologie à l’Université de la Colombie-Britannique, y commente un article écrit par le M. Gibson, intitulé « The inequity of compensation for destroyed lakes » (« L’iniquité de la compensation pour les lacs détruits »). M. Taylor conteste l’avis de M. Gibson quant à « l’évolution adaptative » de l’omble de fontaine de l’étang Sandy.

[25] Vale a déposé les affidavits de M. Don Stevens, de M^{me} Margarette Livie, de M^{me} Macijie B. Szymanski et de M. James H. McCarthy ainsi que la transcription du contre-interrogatoire de M. Gibson.

[26] M. Stevens a déposé deux affidavits, le premier le 13 juillet 2010 et le second le 6 mai 2011. M. Stevens est directeur général de l’usine de Vale à Long Harbour. Dans ses affidavits, il affirme que l’annexe 2 du Règlement a été modifiée à la demande de Vale pour y inscrire l’étang Sandy en tant que DRM. Il passe également en revue les mesures prises par Vale qui ont mené à la modification du Règlement.

[27] M^{me} Livie a souscrit un affidavit le 27 juillet 2010. Elle était alors auxiliaire juridique pour Vale. Elle a joint à son affidavit certains documents, déposés comme pièces, notamment la transcription d’une émission de radio, la copie d’un « document d’information » à propos de la demanderesse, des documents relatifs à la constitution de la demanderesse en personne morale, et la transcription d’un reportage d’actualités télévisées. Ces éléments de preuve visent à démontrer que la demanderesse se consacre uniquement à l’installation de Long Harbour et à l’étang Sandy. Vale se fonde également sur cet affidavit pour contester le statut de témoin expert de M. Gibson.

[28] Les services de M^{me} Szymanski, ingénieure, ont été retenus par Vale pour la production d’un rapport d’expert. Ce rapport est accompagné d’un certificat conformément à la règle 52.2 des Règles.

[29] Ms. Szymanski is employed with AMEC Earth and Environmental Projects, Mining Projects, and experienced in the selection and design of TIAs for mining projects. In her expert report, she commented upon the steps taken by Vale leading up to the selection of Sandy Pond as the desired TIA.

[30] Vale filed a second expert report, that is the report of Mr. James H. McCarthy. He is a senior biologist employed with AMEC Earth and Environmental Projects. He was mandated to provide an opinion about the compensation plan for Sandy Pond, including background information about the assessment of fish and fish habitat and the plan itself. He provided a certification confirming compliance with the Code of Conduct for Expert Witnesses pursuant to rule 52.2 of the Rules.

III. SUBMISSIONS

(A) *The Applicant*

[31] The applicant challenges certain provisions of the 2002 Regulations, as amended in 2006, specifically, section 5, section 27.1, and Schedule 2, on the grounds that these provisions are *ultra vires* the authority conferred on the Governor in Council to make regulations pursuant to the *Fisheries Act*. It submits that these regulatory amendments are not authorized by the *Fisheries Act*, and in any event that the Regulations contravene the statutory purpose of conserving and protecting Canadian fisheries, including inland fisheries in fresh waters.

[32] The applicant argues that the regulatory scheme set out in the 2002 version of the Regulations is proper, legal and *vires* the regulation-making powers set out in the *Fisheries Act* because those Regulations required the treatment of effluent prior to its discharge into water bodies so its ultimate discharge would not harm or destroy fish and other life-forms. In this regard, the applicant relies on the Regulatory Impact Analysis Statement [*C. Gaz.* 2006.II.1444] that accompanied the 2002 Regulations.

[29] M^{me} Szymanski est employée d'AMEC Earth and Environmental Projects, Section des projets miniers. Elle possède de l'expérience dans la sélection et la conception des DRM pour les projets miniers. Dans son rapport d'expert, elle commente les mesures prises par Vale ayant mené à la sélection de l'étang Sandy en tant que DRM.

[30] Vale a déposé un deuxième rapport d'expert, soit le rapport de M. James H. McCarthy, biologiste principal chez AMEC Earth and Environmental Projects. M. McCarthy été chargé de donner un avis sur le plan de compensation pour l'étang Sandy, y compris de l'information contextuelle sur l'évaluation du poisson, sur l'habitat du poisson et sur le plan lui-même. Il a remis un certificat relatif au Code de déontologie régissant les témoins experts, conformément à la règle 52.2 des Règles.

III. OBSERVATIONS

A) *La demanderesse*

[31] La demanderesse conteste certaines dispositions du Règlement de 2002, modifié en 2006, plus précisément l'article 5, l'article 27.1 et l'annexe 2, au motif que ces dispositions excèdent le pouvoir de réglementation conféré au gouverneur en conseil par la *Loi sur les pêches*. Elle soutient que ces modifications réglementaires ne sont pas autorisées par la *Loi sur les pêches* et que, quoi qu'il en soit, le Règlement contrevient à son objet, soit la conservation et la protection des pêches canadiennes, y compris la pêche interne en eau douce.

[32] La demanderesse allègue que le mécanisme de réglementation énoncé dans la version de 2002 du Règlement est régulier et légal et qu'il constitue un exercice valide des pouvoirs de réglementation prévus par la *Loi sur les pêches*, ce Règlement exigeant le traitement des effluents avant leur rejet dans les plans d'eau, de sorte que les rejets n'endommagent pas et ne détruisent pas le poisson et d'autres formes de vie. À cet égard, la demanderesse invoque le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation [*Gaz. C.* 2002.II.1444] qui accompagne le Règlement de 2002.

[33] The applicant submits that the 2006 amendments to the Regulations, as illustrated by section 5 and section 27.1, eliminated this protection and now allows the discharge of effluent without prior treatment, thereby creating the potential for the destruction of fish, fish habitat and other life-forms. It submits that this regime is contrary to the conservation purposes anticipated by the Act.

[34] The applicant submits that the amendments represent a significant change from the prior regulation of the discharge of effluents and that this significant change should be specifically authorized by some provision in the *Fisheries Act*. It refers to section 7 of the Act that confers full discretion upon the Minister of Fisheries and Oceans (the Minister) over the granting of licences and submits that a similar legislative authority should be spelled out in the Act to authorize the passage of regulations that can kill off fish and fish habitat.

[35] In the absence of such a specific statutory provision, the applicant argues that there is no “statutory foundation” to allow the Governor in Council to make the 2006 amendments to the 2002 iteration of the Regulations.

(B) *The Respondent*

[36] The respondent takes the position that the amendments are within the existing powers conferred by the Act. He notes that the amendments in issue specifically refer to subsection 36(5). He submits that the scheme of the Act contemplates the authorization of the deposit of deleterious substances in fish-bearing waters, subject to the Regulations.

[37] The respondent further submits that the Act contemplates both the deposit of deleterious substances in fish-bearing waters, as well as the preservation of fish spawning grounds and fish habitat. He relies on the observations of the Federal Court of Appeal in *David Suzuki Foundation v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2012 FCA 40, [2013] 4 F.C.R. 155, where that Court said the following, at paragraph 127:

[33] La demanderesse soutient que les modifications apportées au Règlement en 2006, illustrées par l’article 5 et l’article 27.1, ont éliminé cette protection et permettent désormais le rejet d’effluents sans traitement préalable, entraînant ainsi la destruction potentielle du poisson, de l’habitat du poisson et d’autres formes de vie. Elle fait valoir que ce mécanisme est contraire aux objectifs de conservation prévus par la Loi.

[34] La demanderesse allègue que ces modifications constituent un changement important par rapport à la réglementation antérieure sur le rejet d’effluents et que ce changement important doit être expressément autorisé par une disposition de la *Loi sur les pêches*. Elle renvoie à l’article 7 de la Loi, qui donne au ministre des Pêches et des Océans (le ministre) le pouvoir discrétionnaire d’octroyer des permis, et fait valoir qu’un pouvoir similaire doit être conféré par la Loi pour autoriser l’adoption d’une réglementation pouvant tuer le poisson et détruire son habitat.

[35] La demanderesse prétend qu’en l’absence d’une telle disposition législative expresse, il n’y a pas de « base légale » autorisant le gouverneur en conseil à adopter les modifications apportées en 2006 au Règlement de 2002.

B) *La défenderesse*

[36] La défenderesse est d’avis que les modifications s’inscrivent dans le cadre des pouvoirs conférés par la Loi. Elle souligne que les modifications en cause renvoient expressément au paragraphe 36(5). Elle soutient que l’esprit de la Loi envisage l’autorisation du dépôt de substances nocives dans des eaux où vivent des poissons, sous réserve du Règlement.

[37] En outre, la défenderesse fait valoir que la Loi prévoit à la fois le rejet de substances nocives dans des eaux où vivent des poissons et la préservation des frayères et de l’habitat du poisson. Elle s’appuie sur les observations de la Cour d’appel fédérale dans la décision *Fondation David Suzuki c. Canada (Pêches et Océans)*, 2012 CAF 40, [2013] 4 R.C.F. 155, dans laquelle la Cour affirme, au paragraphe 127 :

Subsection 35(1) of the *Fisheries Act* prohibits any work or undertaking that results in the harmful alteration, disruption or destruction of fish habitat. However, subsection 35(2) allows the Minister to authorize the alteration, disruption or destruction of fish habitat under any conditions he deems appropriate. The prohibitions set out in subsection 35(1), when read in conjunction with subsection 35(2), thus constitute a legal means whereby the Minister is enabled to manage and control the alteration, disruption or destruction of fish habitat. In other words, subsection 35(2) allows the Minister to issue a permit to a person to engage in conduct harmful to fish habitat that would otherwise contravene subsection 35(1): *Quebec (Attorney General) v. Moses*, 2010 SCC 17, [2010] 1 S.C.R. 557, at paragraph 49.

[38] The respondent focuses on subsection 36(5) of the Act as being the critical provision of the Act for the purposes of the applicant's challenge. He says that this provision allows the Governor in Council to make regulations authorizing the deposit of deleterious substances. He highlights the difference between subsection 36(5) and subsection 35(2) which authorizes activities resulting in the destruction of fish habitat, pursuant to certain conditions. Under subsection 35(2), authorization is required from the Minister, a prescribed person or conditions, or another provision in the Act for a work resulting in the destruction of fish habitat. Subsection 36(5) allows such deposit pursuant to regulation rather than by authorization.

[39] In brief, the respondent submits that management of the fisheries resources has allowed the deposit of deleterious substances. The current Regulations are authorized pursuant to subsection 36(5) and are consistent with the statutory scheme, as confirmed in the decision of *Ecology Action Centre Society v. Canada (Attorney General)*, 2004 FC 1087, 262 F.T.R. 160.

[40] The respondent further submits that prior to the 2002 Regulations, fish-bearing waters could only be used for the deposit of deleterious substances pursuant to an authorization issued under subsection 35(2) of the Act. The current Regulations provide a different mechanism to do the same thing.

Le paragraphe 35(1) de la *Loi sur les pêches* interdit d'exploiter des ouvrages ou entreprises entraînant la détérioration, la destruction ou la perturbation de l'habitat du poisson. Cependant, son paragraphe 35(2) permet au ministre d'autoriser la détérioration, la destruction ou la perturbation de l'habitat du poisson dans les circonstances qui selon lui le justifient. Les interdictions formulées au paragraphe 35(1), conjuguées avec les dispositions du paragraphe 35(2), constituent donc un moyen légal pour le ministre de gérer et de contrôler la détérioration, la destruction ou la perturbation de l'habitat du poisson. Autrement dit, le paragraphe 35(2) habilite le ministre à délivrer des permis autorisant des activités préjudiciables à l'habitat du poisson qui, non ainsi autorisées, enfreindraient le paragraphe 35(1) : *Québec (Procureur général) c. Moses*, 2010 CSC 17, [2010] 1 R.C.S. 557, au paragraphe 49.

[38] La défenderesse met l'accent sur le paragraphe 36(5) de la Loi, qu'elle considère comme étant la disposition cruciale de la Loi aux fins de la contestation de la demanderesse. Elle affirme que cette disposition permet au gouverneur en conseil de prendre des règlements autorisant le rejet de substances nocives. Elle met en évidence la différence entre le paragraphe 36(5) et le paragraphe 35(2), qui autorise des activités qui entraînent la destruction de l'habitat du poisson, sous réserve de certaines conditions. En vertu du paragraphe 35(2), la destruction de l'habitat du poisson peut se faire, sur autorisation du ministre, par une personne visée ou dans certaines circonstances, ou sous réserve d'une autre disposition de la Loi. Le paragraphe 36(5) permet un tel dépôt par règlement, plutôt que sur autorisation.

[39] En bref, la défenderesse allègue que la gestion des ressources halieutiques a permis le rejet de substances nocives. Le Règlement actuel est autorisé en vertu du paragraphe 36(5) et est compatible avec le régime législatif, comme le confirme la décision *Ecology Action Centre Society c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 1087.

[40] La défenderesse soutient en outre que les eaux où vivaient des poissons ne pouvaient servir au rejet de substances nocives que sur une autorisation donnée en vertu du paragraphe 35(2) de la Loi avant le Règlement de 2002. Le Règlement actuel prévoit un mécanisme différent pour faire la même chose.

[41] The respondent also highlights that Sandy Pond was added to Schedule 2 in 2009 but Schedule 2 itself was created as a result of the 2002 Regulations. The addition of Sandy Pond to Schedule 2 in 2009 is to be assessed subject to sections 5 and 27.1 which are new; these provisions did not exist under the 2002 Regulations.

[42] The respondent argues that the only difference between the 2002 Regulations and the 2006 amendments is that “tailings impoundment area” is defined in the definition section of the 2002 Regulations but is incorporated in subsection 5(1) of the 2006 Regulations. Otherwise, the Regulations are the same and since the applicant has no quarrel with the validity of the 2002 Regulations, its challenge to the 2006 amendments is without merit.

[43] Finally, the respondent submits that the amendments to the *Fisheries Act* in 2012, pursuant to Bill C-38, *An Act to implement certain provisions of the budget tabled in Parliament on March 29, 2012 and other measures*, 1st Sess., 38th Parl., 2012 [S.C. 2012, c. 19], do not affect the 2006 Regulations. The Regulations were amended in 2009 to cover hydromet plants, a new type of metal processing technology which is utilized by the Project at Long Harbour. Details about this technology are reviewed in the affidavits of Mr. Barnes and Mr. Doiron.

(C) *The Interveners*

[44] The MAC and the MABC support the position advanced by the respondent. They emphasize that the *Fisheries Act* does not contain a purpose provision that is specifically directed to the conservation and protection of fish and submit that in the absence of such a provision the scope of the Act should not be restricted as having only one narrow purpose. They refer to the history of the Act since its inception in 1868 and argue that from the beginning, Parliament exercised a broad discretion over the management of fisheries resources, having regard to the competing demand of industry and the need to manage the resource.

[45] The MAC and the MABC refer to and rely on recent decisions that confirm the broad scope of

[41] La demanderesse souligne également que l'étang Sandy a été inscrit à l'annexe 2 en 2009, mais que l'annexe 2 elle-même a été créée dans la foulée du Règlement de 2002. L'inscription de l'étang Sandy à l'annexe 2 en 2009 doit être évaluée à la lumière des articles 5 et 27.1, qui sont nouveaux; ces dispositions n'existaient pas dans le Règlement de 2002.

[42] La demanderesse fait valoir que la seule différence entre le Règlement de 2002 et les modifications de 2006 est que le « dépôt de résidus miniers » est défini à la section des définitions du Règlement de 2002, alors que cette définition est intégrée au paragraphe 5(1) dans le Règlement de 2006. Sinon, les Règlements sont identiques. Étant donné que la demanderesse ne conteste pas la validité du Règlement de 2002, sa contestation des modifications de 2006 est sans fondement.

[43] Enfin, la défenderesse allègue que les modifications apportées à la *Loi sur les pêches* en 2012 par le projet de loi C-38, *Loi portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 29 mars 2012 et mettant en œuvre d'autres mesures*, 1^{re} session, 38^e législature, 2012 [L.C. 2012, ch. 19], n'ont pas d'effet sur le Règlement de 2006. Le Règlement a été modifié en 2009 afin d'englober l'hydrométallurgie, une nouvelle technologie de traitement des métaux utilisée par le projet de Long Harbour. Les affidavits de M. Barnes et M. Doiron traitent de cette technologie.

C) *Les intervenantes*

[44] L'AMC et la MABC appuient la thèse de la défenderesse. Elles soulignent que la *Loi sur les pêches* ne contient pas de disposition d'objet prévoyant expressément la conservation et la protection du poisson. Elles allèguent qu'en l'absence d'une telle disposition, le champ d'application de la Loi ne doit pas être réduit à un seul objet étroit. Elles renvoient à l'historique de la Loi depuis sa création en 1868, faisant valoir que, depuis le tout début, le Parlement exerce un large pouvoir discrétionnaire en matière de gestion des ressources halieutiques, eu égard à l'opposition entre la demande de l'industrie et la nécessité de gérer les ressources.

[45] L'AMC et la MABC renvoient à des décisions récentes qui confirment la vaste étendue de la compétence

Parliament's jurisdiction over the fisheries including the decision in *Ward v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 17, [2002] 1 S.C.R. 569.

IV. DISCUSSION AND DISPOSITION

[46] There are two matters that merit comment, as preliminary matters. The first is the status of the applicant as a public interest litigant and the second is the status of Dr. Gibson as an expert witness.

[47] The applicant is a not-for-profit corporation that was incorporated solely for the purpose of bringing this application. Although no party has questioned its ability to pursue this litigation, it is appropriate to address its standing.

[48] In *Moresby Explorers Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2006 FCA 144, 350 N.R. 101, at paragraph 17, the Federal Court of Appeal commented on public interest standing as follows:

Standing is a device used by the courts to discourage litigation by officious inter-meddlers. It is not intended to be a pre-emptive determination that a litigant has no valid cause of action. There is a distinction to be drawn between one's entitlement to a remedy and one's right to raise a justiciable issue.

[49] I am satisfied that the applicant enjoys status as a public interest litigant for the purpose of this proceeding.

[50] I now turn to Dr. Gibson, a marine biologist who was put forward by the applicant as an expert witness. The evidence of Dr. Gibson, submitted by the applicant, was the subject of argument during the hearing. Counsel for the respondent, Vale, the MAC and the MABC vigorously disputed the recognition of Dr. Gibson as an "expert witness", that is, a person recognized by the Court as being qualified to offer opinion evidence on the matters in issue.

[51] Various objections were raised by these parties including the participation of Dr. Gibson in the incorporation of the applicant, his status as a director of the

du Parlement sur les pêches, notamment l'arrêt *Ward c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 17, [2002] 1 R.C.S. 569.

IV. ANALYSE ET DÉCISION

[46] Deux questions méritent d'être examinées à titre préliminaire : en premier lieu, le statut de la demanderesse en tant que partie représentant l'intérêt public; et, en second lieu, le statut de témoin expert de M. Gibson.

[47] La demanderesse est une société sans but lucratif constituée en personne morale aux seules fins d'introduire la présente demande. Bien qu'aucune partie n'ait remis en cause sa capacité de le faire, il convient de discuter de son statut.

[48] Dans l'arrêt *Moresby Explorers Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2006 CAF 144, au paragraphe 17, la Cour d'appel fédérale s'est prononcée sur la qualité pour agir dans l'intérêt public :

La qualité pour agir est un mécanisme auquel recourent les tribunaux pour dissuader les « ingénieurs » officieux d'intenter une action. Elle n'est pas conçue pour être un moyen préventif de conclure à la non-validité de la cause d'action d'une partie. Il y a une distinction à faire entre le droit à un redressement et le droit de soulever une question justiciable.

[49] Je suis convaincue que la demanderesse bénéficie du statut de partie représentant l'intérêt public aux fins de la présente affaire.

[50] Passons maintenant à M. Gibson, biologiste de la vie aquatique, présenté par la demanderesse à titre de témoin expert. Le témoignage de M. Gibson, présenté par la demanderesse, a fait l'objet d'un débat lors de l'audience. Les avocats de la défenderesse, de Vale, de l'AMC et de la MABC ont vigoureusement contesté la qualité de « témoin expert » de M. Gibson, c'est-à-dire une personne reconnue par la Cour comme étant qualifiée pour donner un témoignage d'opinion sur les questions en litige.

[51] Ces parties ont soulevé diverses objections, notamment la participation de M. Gibson à la constitution de la demanderesse en personne morale, son statut

applicant, his role as a fundraiser on behalf of the applicant, and his admission upon cross-examination, that he considered himself as an “advocate” for the applicant.

[52] The role of Dr. Gibson as an “expert witness” was raised when the applicant sought leave to file his further affidavit. In dismissing the motion in that regard, Prothonotary Aronovitch reserved to the trial Judge a determination of his status. This was addressed at the outset of the hearing.

[53] Specifically, exception was taken to paragraphs 7 to 15 of his affidavit, as follow:

7. In my opinion this is a serious weakening of the conservation function of the *Fisheries Act*.

8. Subsequently I wrote an article expressing my concerns about the amended (*sic*) the *Metal Mining Effluent Regulations* entitled: “The Inequity of Compensation for Destroyed Lakes” [The Osprey, 41(3), 2010 (In Press)] and it is attached to this my affidavit as Exhibit “B”.

9. Another article I wrote on the same subject was published in the Canadian Society of Environmental Biologists Newsletter/Bulletin, Volume 67, No. 1, Spring 2010, p 12 and it is attached to this my affidavit as Exhibit “C”.

10. I am concerned about the ecological implications of the amendments to the *Metal Mining Effluent Regulation (sic)* in 2006 and in particular the creation of the regulatory scheme that allows natural freshwater ecosystems such as Sandy Pond, Newfoundland and Labrador (located at 47°25'33" north latitude and 53°46'52" west longitude, on the Avalon Peninsula, approximately 3 km east southeast of the town of Long Harbour-Mount Arlington Heights, Newfoundland and Labrador) to be classified as tailings impoundment areas for industrial mining effluent waste.

11. That the proposed discharge of toxic substances permitted by amendments to the *Metal Mining Effluent Regulation (sic)* will result in all life in Sandy Pond being extirpated.

12. That Sandy Pond is a unique ecosystem which once lost can not be recreated.

d’administrateur de la demanderesse, son rôle de collecteur de fonds pour le compte de la demanderesse, et son admission en contre-interrogatoire quant au fait qu’il se considère comme un « défenseur » de la demanderesse.

[52] La question de la qualité de « témoin expert » de M. Gibson a été soulevée lorsque la demanderesse a sollicité l’autorisation de déposer son nouvel affidavit. En rejetant la requête en ce sens, la protonotaire Aronovitch a renvoyé la question de la détermination du statut de M. Gibson au juge du procès. Cette question a été examinée dès le début de l’audience.

[53] Plus précisément, les paragraphes 7 à 15 de son affidavit étaient contestés :

[TRADUCTION]

7. À mon avis, il s’agit d’un affaiblissement majeur de la fonction de conservation de la *Loi sur les pêches*.

8. Par la suite, j’ai exprimé mes préoccupations au sujet du *Règlement sur les effluents des mines de métaux*, dans un article intitulé « The iniquity of compensation for destroyed lakes » (L’iniquité de la compensation pour les lacs détruits), *The Osprey*, 41(3), 2010 (sous presse), que j’ai joint à mon affidavit à titre de pièce « B ».

9. J’ai publié un autre article sur le même sujet dans *Canadian Society of Environmental Biologists Newsletter/Bulletin*, volume 67, n° 1, printemps 2010, page 12, et je l’ai joint à mon affidavit à titre de pièce « C ».

10. Je m’inquiète des répercussions écologiques des modifications apportées en 2006 au *Règlement sur les effluents des mines de métaux*, plus particulièrement de la création d’un mécanisme de réglementation qui permet de classer en tant que dépôt de résidus miniers pour les rejets d’effluents de l’industrie minière des écosystèmes d’eau douce naturels, comme l’étang Sandy de Terre-Neuve-et-Labrador (situé à une latitude nord de 47° 25' 33" et à une longitude ouest de 53° 46' 52", dans la péninsule d’Avalon, à environ 3 km à l’est-sud-est de la ville de Long Harbour-Mount Arlington Heights, Terre-Neuve-et-Labrador).

11. Que le projet proposé de rejet de substances nocives autorisé par les modifications au *Règlement sur les effluents des mines de métaux* entraîne l’élimination de toute vie dans l’étang Sandy.

12. Que l’étang Sandy est un écosystème unique qui, une fois perdu, ne pourra pas être recréé.

13. It is my opinion that the loss of Sandy pond will cause major losses of fish habitats and biological diversity, as well as removing recreational opportunities.

14. That I am familiar with the compensation scheme contained at section 27.1 of the *Metal Mining Effluent Regulations* and it is my opinion that adequate compensation for the destruction of a whole ecosystem, such as Sandy Pond, is in fact impossible.

15. That traditionally mining companies built their own tailings ponds, and this should be the norm, rather than allowing destruction of waters containing fish pursuant to a Schedule 2 listing in the *Metal Mining Effluent Regulations*.

[54] After hearing the submissions of counsel, a ruling was made that Dr. Gibson would not be recognized as an “expert” witness. Although the respondent and interveners requested that his affidavit be struck out, the ruling provided that the impugned paragraphs be given no weight, on the basis that they were expressions of a personal opinion rather than of a scientific opinion.

[55] In *Fraser River Pile and Dredge Ltd. v. Empire Tug Boats Ltd.* (1995), 37 C.P.C. (3d) 119, Justice Reed reviewed the characteristics of “expert evidence” as evidence from a person who is knowledgeable about the litigation issues and whose evidence may be necessary to allow the trier of fact to understand the evidence. His evidence, as set out in the paragraphs quoted above, does not meet the test for expert opinion and is subject to the criticism levelled by Justice Reed in *Fraser River*, at paragraphs 14 and 17.

[56] In the result, the above paragraphs will remain but will be given no weight in the disposition of this application.

[57] At the same time, I acknowledge and endorse the submissions of counsel for the respondent and the interveners that no issue is taken with Dr. Gibson’s education, experience, qualifications, and sincerity. His evidence is rejected because it does not meet the legal test for expert

13. Je suis convaincu que la perte de l’étang Sandy provoquera d’importantes pertes d’habitats du poisson et de diversité biologique, ainsi que l’élimination de possibilités d’activités récréatives.

14. Que je connais bien le système de compensation prévu à l’article 27.1 du *Règlement sur les effluents des mines de métaux* et que je suis d’avis qu’une compensation adéquate pour la destruction de tout un écosystème, comme l’étang Sandy, est dans les faits chose impossible.

15. Que, traditionnellement, les sociétés minières construisaient leurs propres bassins de décantation des résidus, ce qui devrait être la norme, plutôt que de permettre la destruction d’eaux où se trouvent des poissons par une inscription à l’annexe 2 du *Règlement sur les effluents des mines de métaux*.

[54] Après avoir entendu les observations de l’avocat, il a été décidé de ne pas reconnaître M. Gibson à titre de témoin « expert ». Bien que la défenderesse et les intervenantes aient demandé la radiation de son affidavit, la décision prévoyait qu’il ne soit pas accordé de poids aux paragraphes contestés, constituant l’expression d’une opinion personnelle plutôt qu’une opinion scientifique.

[55] Dans la décision *Fraser River Pile and Dredge Ltd. c. Empire Tug Boats Ltd.*, [1995] A.C.F. n° 436 (1^{re} inst.) (QL), la juge Reed s’est penché sur les caractéristiques de la « preuve d’expert » et l’a définie comme étant une preuve présentée par une personne qui a une connaissance particulière des questions en litige et dont le témoignage peut être nécessaire pour permettre au juge du procès de comprendre la preuve. Comme en font état les paragraphes précités, le témoignage de M. Gibson ne satisfait pas aux critères d’une opinion d’expert et est visé par la critique formulée par la juge Reed dans la décision *Fraser River*, aux paragraphes 14 et 17.

[56] Par conséquent, les paragraphes précités demeurent, mais il ne leur sera accordé aucun poids.

[57] En même temps, je reconnais, et je souscris aux observations des avocats de la défenderesse et des intervenantes à cet égard, que les études, l’expérience, les qualifications et la sincérité de M. Gibson ne sont pas en cause. Le témoignage de M. Gibson est rejeté parce

evidence, that is relevance and necessity as discussed in *Fraser River*, at paragraphs 10 and 14.

[58] This application is a challenge to the authority of the Governor in Council to enact sections 5 and 27.1 of the 2006 MMER, as well as a challenge to the creation of Schedule 2 by the 2002 MMER as subsequently amended.

[59] The issue here is whether the 2006 amendments to the Regulations are authorized by statute. This issue is reviewable on the standard of correctness; see *Canadian Council for Refugees v. Canada*, 2008 FCA 229, [2009] 3 F.C.R. 136, at paragraph 63. The issue of law in this application is not the interpretation of sections 5 and 27.1 of the 2006 Regulations but whether those provisions, together with Schedule 2 of the 2002 Regulations, were validly enacted.

[60] The federal Parliament enjoys exclusive legislative authority over the fisheries in Canada pursuant to subsection 91(12) of the *Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5] which provides as follows:

Legislative
Authority of
Parliament
of Canada

91. It shall be lawful for the Queen, by and with the Advice and Consent of the Senate and House of Commons, to make Laws for the Peace, Order, and good Government of Canada, in relation to all Matters not coming within the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces; and for greater Certainty, but not so as to restrict the Generality of the foregoing Terms of this Section, it is hereby declared that (notwithstanding anything in this Act) the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within the Classes of Subjects next herein-after enumerated; that is to say,—

...

12. Sea Coast and Inland Fisheries.

qu'il ne respecte pas le critère juridique de la preuve d'expert, soit la pertinence et la nécessité, expliqué dans la décision *Fraser River*, aux paragraphes 10 et 14.

[58] La présente demande constitue une contestation du pouvoir du gouverneur en conseil d'adopter les articles 5 et 27.1 du REMM 2006, ainsi que la création de l'annexe 2 du REMM 2002, modifiée par la suite.

[59] La question en l'espèce est de savoir si les modifications apportées au Règlement en 2006 sont autorisées par la loi. Cette question est susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte; voir *Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada*, 2008 CAF 229, [2009] 3 R.C.F. 136, au paragraphe 63. Dans la présente demande, la question de droit ne réside pas dans l'interprétation des articles 5 et 27.1 du Règlement de 2006, mais consiste à savoir si ces dispositions, ainsi que l'annexe 2 du Règlement de 2002, ont été valablement adoptées.

[60] Le Parlement fédéral jouit d'un pouvoir législatif exclusif sur les pêches au Canada en vertu du paragraphe 91(12) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], qui dispose ce qui suit :

Autorité
législative du
parlement du
Canada

91. Il sera loisible à la Reine, de l'avis et du consentement du Sénat et de la Chambre des Communes, de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets par la présente loi exclusivement assignés aux législatures des provinces; mais, pour plus de garantie, sans toutefois restreindre la généralité des termes ci-haut employés dans le présent article, il est par la présente déclaré que (nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi) l'autorité législative exclusive du parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir :

[...]

12. Les pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur.

[61] As noted in the submissions of the MAC and the MABC, legislation governing the fisheries has existed for nearly as long as the country, the first Fisheries Act having been passed in 1868 [*The Fisheries Act*, S.C. 1868, c. 60]. Litigation has ensued since the late nineteenth century regarding the interpretation and scope of the federal government's power over the fisheries; see *Attorney-General for the Dominion of Canada v. Attorneys-General for the Provinces of Ontario, Quebec and Nova Scotia*, [1898] A.C. 700 (P.C.); *Attorney General for British Columbia v. Attorney General for the Dominion of Canada*, [1914] 15 D.L.R. 308 (P.C.); and *Attorney General for Canada v. Attorney General for the Province of Quebec* (1920), 56 D.L.R. 358 (P.C.).

[62] With the exception of the opinion expressed in the affidavit of Dr. Gibson filed by the applicant, there is no challenge in this proceeding to the manner in which Sandy Pond was chosen by Vale and approved by DFO as a TIA, nor to the elements of the compensation plan that was proposed by Vale and accepted by DFO.

[63] There is little scope for a reviewing court to comment on such matters since the choice of science is recognized as a matter properly falling within the powers of the governing authority, pursuant to the applicable legislation. In this regard, I refer to the decision in *Inverhuron & District Ratepayers' Assn. v. Canada (Minister of the Environment)*, 2001 FCA 203, 273 N.R. 62, at paragraph 48. The evidence tendered by the respondent and the interveners adequately establishes a factual background relating to the establishment and function of a TIA, the choice of Sandy Pond as a TIA and the compensation plan required under the Act.

[64] The Preamble to the 2002 Regulations reads as follows:

Her Excellency the Governor General in Council, on the recommendation of the Minister of Fisheries and Oceans, pursuant to subsections 34(2), 36(5) and 38(9) of the *Fisheries Act*, hereby makes the annexed *Metal Mining Effluent Regulations*.

[65] The Preamble to the 2006 Regulations reads as follows:

[61] Comme l'ont souligné l'AMC et la MABC dans leurs observations, la législation régissant les pêches est presque aussi ancienne que le pays, la première *Loi sur les pêches* ayant été adoptée en 1868 [*Acte des Pêcheries*, S.C. 1868, ch. 60]. Plusieurs litiges ont été entendus depuis la fin du XIX^e siècle concernant l'interprétation et l'étendue du pouvoir du gouvernement fédéral sur les pêches; voir *Attorney-General for the Dominion of Canada v. Attorneys-General for the Provinces of Ontario, Quebec and Nova Scotia*, [1898] A.C. 700 (P.C.); *Attorney General for British Columbia v. Attorney General for the Dominion of Canada*, [1914] 15 D.L.R. 308 (P.C.); et *Attorney General for Canada v. Attorney General for the Province of Quebec* (1920), 56 D.L.R. 358 (P.C.).

[62] Mis à part M. Gibson, qui a exprimé son opinion dans son affidavit déposé par la demanderesse, nul ne conteste en l'espèce le choix de l'étang Sandy en tant que DMR par Vale et l'approbation de ce choix par le MPO, pas plus que les éléments du plan de compensation proposé par Vale et accepté par le MPO.

[63] Une cour de révision n'a pas beaucoup de manœuvre lorsque vient le temps de se prononcer sur de telles questions, étant donné que le choix de la science est reconnu comme relevant bel et bien de l'autorité gouvernante, conformément à la législation applicable. À cet égard, je renvoie à la décision *Inverhuron & District Ratepayers' Assn. c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, 2001 CAF 203, au paragraphe 48. Les éléments de preuve déposés par la défenderesse et les intervenantes établissent correctement le contexte factuel relatif à la mise en place et au fonctionnement d'un DMR, au choix de l'étang Sandy en tant que DRM et au plan de compensation requis par la Loi.

[64] Le préambule du Règlement de 2002 est rédigé comme suit :

Sur recommandation du ministre des Pêches et des Océans et en vertu des paragraphes 34(2), 36(5) et 38(9) de la *Loi sur les pêches*, Son Excellence la Gouverneure générale en conseil prend le *Règlement sur les effluents des mines de métaux*, ci-après.

[65] Le préambule du Règlement de 2006 est libellé comme suit :

Her Excellency the Governor General in Council, on the recommendation of the Minister of Fisheries and Oceans, pursuant to subsections 36(5) and 38(9) of the *Fisheries Act*, hereby makes the annexed *Regulations Amending the Metal Mining Effluent Regulations*.

[66] The applicant argues that the challenged Regulations are *ultra vires* the power of the Governor in Council because they offend against the conservation purposes of the Act. In this regard, the applicant relies on section 7 of the Act and the decision of the Supreme Court of Canada in *Comeau's Sea Foods Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1997] 1 S.C.R. 12. In that decision the Supreme Court of Canada commented on the breadth of the ministerial discretion over the issuance of licences.

[67] Acknowledging the discretion over the issuance of licences, the applicant submits that this broad discretion is subject to the purpose of conservation since no minister has the right to issue licences that would eliminate a fish habitat. It argues that since the broad discretion granted by section 7 of the Act is subject to the principle of conservation, then the regulation-making authority of subsections 34(2), 36(5) and 38(9) of the Act is likewise to be exercised in a manner that ensures conservation.

[68] Further, it argues that if Parliament intended to authorize the Governor in Council to enact regulations with such extreme effect as the destruction of a fishery then it should have clearly granted a wide power such as the one found in section 7. Since subsections 34(2), 36(5) and 38(9) are narrower than section 7, they cannot authorize the enactment of the challenged regulations.

[69] In my opinion, this argument cannot succeed. In the first place, the applicant is mistaken when asserting that conservation is the paramount purpose of the Act. The Act contains no "purpose" section. A purpose section that was included in the Act by means of *An Act to amend the Fisheries Act*, R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 35 [section 2] as section 2.1 was subsequently repealed; see *An Act to amend the Fisheries Act*, at section 6.

Sur recommandation du ministre des Pêches et des Océans et en vertu des paragraphes 36(5) et 38(9) de la *Loi sur les pêches*, Son Excellence la Gouverneure générale en conseil prend le *Règlement modifiant le Règlement sur les effluents des mines de métaux*, ci-après.

[66] La demanderesse fait valoir que le Règlement contesté excède le pouvoir du gouverneur en conseil, car il contrevient à l'objet de conservation de la Loi. À cet égard, la demanderesse se fonde sur l'article 7 de la Loi et sur l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Comeau's Sea Foods Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [1997] 1 R.C.S. 12, dans lequel elle s'est penchée sur l'étendue du pouvoir discrétionnaire du ministre en matière de délivrance de permis.

[67] Reconnaissant l'aspect discrétionnaire de la délivrance des permis, la demanderesse allègue que ce vaste pouvoir discrétionnaire doit être exercé à des fins de conservation, aucun ministre n'ayant le droit de délivrer un permis qui permettrait d'éliminer un habitat de poisson. Elle fait valoir que, étant donné que le vaste pouvoir discrétionnaire conféré par l'article 7 de la Loi est encadré par le principe de la conservation, le pouvoir de réglementation des paragraphes 34(2), 36(5) et 38(9) de la Loi doit lui aussi être exercé d'une manière qui garantisse la conservation.

[68] Elle fait en outre valoir que si le législateur entendait autoriser le gouverneur en conseil à prendre des règlements ayant des effets aussi extrêmes que la destruction d'une pêcherie, il aurait dû accorder un vaste pouvoir explicitement, comme celui prévu à l'article 7. Étant donné que les paragraphes 34(2), 36(5) et 38(9) sont de portée plus étroite que l'article 7, ils ne peuvent autoriser la prise des dispositions contestées.

[69] À mon avis, cet argument ne peut être retenu. En premier lieu, la demanderesse se trompe lorsqu'elle affirme que la conservation est l'objet primordial de la Loi. La Loi ne contient pas d'article « objet ». Un article [article 2.1] « objet » avait été inséré dans la Loi par la *Loi modifiant la Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 35, à l'article 2, pour ensuite être abrogé; voir *Loi modifiant la Loi sur les pêches*, article 6.

[70] The Supreme Court of Canada in *Ward* recognized the content of the fisheries power as including conservation and protection of that resource, as well as its general management. At paragraph 41 in *Ward*, the Supreme Court recognized that many interests are engaged in the management of the fisheries, including industrial interests, as follows:

These cases put beyond doubt that the fisheries power includes not only conservation and protection, but also the general “regulation” of the fisheries, including their management and control. They recognize that “fisheries” under s. 91(12) of the *Constitution Act, 1867* refers to the fisheries as a resource; “a source of national or provincial wealth” (*Robertson, supra*, at p. 121); a “common property resource” to be managed for the good of all Canadians (*Comeau’s Sea Foods, supra*, at para. 37). The fisheries resource includes the animals that inhabit the seas. But it also embraces commercial and economic interests, aboriginal rights and interests, and the public interest in sport and recreation.

[71] In my opinion, the presence or absence of a purpose provision does not impact the validity of the Act and in any event, no challenge has been made to the *vires* of any of the provisions of the Act, only to certain Regulations, that is section 5, section 27.1 and Schedule 2 of the Regulations.

[72] The appropriate analysis in considering the *vires* of a regulation is that set out by the Federal Court of Appeal in its decision in *Canada (Wheat Board) v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 214, [2010] 3 F.C.R. 374, at paragraph 46 where the Court said the following:

The first step in a *vires* analysis is to identify the scope and purpose of the statutory authority pursuant to which the impugned order was made. This requires that subsection 18(1) be considered in the context of the Act read as a whole. The second step is to ask whether the grant of statutory authority permits this particular delegated legislation (*Jafari v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] 2 F.C. 595 (C.A.), page 602).

[73] Addressing the first element, the Act contains many provisions that authorize the enactment of regulations. Three provisions are referred to in the Preamble to the 2002 Regulations, that is subsections 34(2), 36(5) and 38(9). The Preamble to the 2006 Regulations refers

[70] Dans l’arrêt *Ward*, la Cour suprême du Canada a reconnu que la compétence en matière de pêcheries vise notamment la conservation et la protection de cette ressource ainsi que sa gestion générale. Au paragraphe 41 de l’arrêt *Ward*, la Cour a rappelé que de nombreux intérêts interviennent dans la gestion des pêches, notamment les intérêts industriels :

Ces décisions établissent indubitablement que la compétence en matière de pêcheries vise non seulement la conservation et la protection, mais encore la « réglementation » générale des pêcheries, y compris leur gestion et leur surveillance. Elles reconnaissent que les « pêcheries », au par. 91(12) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, s’entendent des pêcheries en tant que ressource naturelle; [TRADUCTION] « une source de richesse pour le pays ou la province » (*Robertson, précité*, p. 121); un « bien commun » à gérer pour le bien de tous les Canadiens (*Comeau’s Sea Foods, précité par. 37*). La ressource halieutique comprend tous les animaux qui habitent les mers, mais elle englobe aussi les intérêts commerciaux et économiques, les droits et les intérêts des peuples autochtones, de même que l’intérêt public en matière de sport et de loisirs.

[71] À mon avis, la présence ou l’absence d’une disposition « objet » n’a pas d’incidence sur la validité de la Loi et, quoi qu’il en soit, la validité d’aucune disposition de la Loi n’est contestée; seuls sont contestés certaines dispositions du Règlement, soit l’article 5, l’article 27.1 et l’annexe 2 du Règlement.

[72] L’analyse appropriée de la validité d’un règlement a été définie par la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Canada (Commission du blé) c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 214, [2010] 3 R.C.F. 374, où la Cour a déclaré, au paragraphe 46 :

La première étape d’une analyse de la validité consiste à identifier la portée et l’objet du pouvoir conféré par la loi en vertu duquel le décret contesté a été publié. Un tel exercice exige que le paragraphe 18(1) soit examiné dans le contexte de la Loi dans son ensemble. La deuxième étape consiste à déterminer si le pouvoir conféré par la loi permet cette législation par délégation particulière (*Jafari c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1995] 2 C.F. 595 (C.A.), page 602).

[73] Concernant le premier élément, la Loi contient de nombreuses dispositions qui autorisent l’adoption de règlements. Trois dispositions sont mentionnées dans le préambule du Règlement de 2002, soit les paragraphes 34(2), 36(5) et 38(9). Le préambule du Règlement de 2006 ne

only to subsections 36(5) and 38(9). In my opinion, subsection 36(5) is the most relevant to the issues raised in this proceeding and provides as follows:

36. ...

Regulations
for
authorizing
certain
deposits

(5) The Governor in Council may make regulations for the purpose of paragraph (4)(b) prescribing

(a) the deleterious substances or classes thereof authorized to be deposited notwithstanding subsection (3);

(b) the waters or places or classes thereof where any deleterious substances or classes thereof referred to in paragraph (a) are authorized to be deposited;

(c) the works or undertakings or classes thereof in the course or conduct of which any deleterious substances or classes thereof referred to in paragraph (a) are authorized to be deposited;

(d) the quantities or concentrations of any deleterious substances or classes thereof referred to in paragraph (a) that are authorized to be deposited;

(e) the conditions or circumstances under which and the requirements subject to which any deleterious substances or classes thereof referred to in paragraph (a) or any quantities or concentrations of those deleterious substances or classes thereof are authorized to be deposited in any waters or places or classes thereof referred to in paragraph (b) or in the course or conduct of any works or undertakings or classes thereof referred to in paragraph (c); and

(f) the persons who may authorize the deposit of any deleterious substances or classes thereof in the absence of any other authority, and the conditions or circumstances under which and requirements subject to which those persons may grant the authorization.

[74] To determine the scope and operation of the statutory authority given by subsection 36(5), it is necessary to read that provision in conjunction with subsection 36(3) and paragraph 36(4)(b) of the Act, as follow:

renvoie qu'aux paragraphes 36(5) et 38(9). À mon avis, le paragraphe 36(5) est le plus pertinent en ce qui a trait aux questions soulevées en l'espèce. Il est rédigé comme suit :

36. [...]

(5) Pour l'application de l'alinéa (4)b), le gouverneur en conseil peut, par règlement, déterminer :

Règlements
d'application
de l'al. (4)b)

a) les substances ou catégories de substances nocives dont l'immersion ou le rejet sont autorisés par dérogation au paragraphe (3);

b) les eaux et les lieux ou leurs catégories où l'immersion ou le rejet des substances ou catégories de substances visées à l'alinéa a) sont autorisés;

c) les ouvrages ou entreprises ou catégories d'ouvrages ou d'entreprises pour lesquels l'immersion ou le rejet des substances ou des catégories de substances visées à l'alinéa a) sont autorisés;

d) les quantités ou les degrés de concentration des substances ou des catégories de substances visées à l'alinéa a) dont l'immersion ou le rejet sont autorisés;

e) les conditions, les quantités, les exigences préalables et les degrés de concentration autorisés pour l'immersion ou le rejet des substances ou catégories de substances visées à l'alinéa a) dans les eaux et les lieux visés à l'alinéa b) ou dans le cadre des ouvrages ou entreprises visés à l'alinéa c);

f) les personnes habilitées à autoriser l'immersion ou le rejet de substances ou de catégories de substances nocives en l'absence de toute autre autorité et les conditions et exigences attachées à l'exercice de ce pouvoir.

[74] Pour déterminer la portée et l'application du pouvoir prévu au paragraphe 36(5), cette disposition doit être lue conjointement avec le paragraphe 36(3) et l'alinéa 36(4)b) de la Loi :

	36. ...		
Deposit of deleterious substance prohibited	(3) Subject to subsection (4), no person shall deposit or permit the deposit of a deleterious substance of any type in water frequented by fish or in any place under any conditions where the deleterious substance or any other deleterious substance that results from the deposit of the deleterious substance may enter any such water.	(3) Sous réserve du paragraphe (4), il est interdit d'immerger ou de rejeter une substance nocive — ou d'en permettre l'immersion ou le rejet — dans des eaux où vivent des poissons, ou en quelque autre lieu si le risque existe que la substance ou toute autre substance nocive provenant de son immersion ou rejet pénètre dans ces eaux.	Dépôt de substances nocives prohibé
Deposits authorized by regulation	(4) No person contravenes subsection (3) by depositing or permitting the deposit in any water or place of	(4) Par dérogation au paragraphe (3), il est permis d'immerger ou de rejeter :	Immersion permise par règlement
	...	[...]	
	(b) a deleterious substance of a class and under conditions — which may include conditions with respect to quantity or concentration — authorized under regulations made under subsection (5) applicable to that water or place or to any work or undertaking or class of works or undertakings; or	b) les substances nocives appartenant à une catégorie autorisée sous le régime des règlements applicables aux eaux ou lieux en cause, ou aux ouvrages ou entreprises ou à leurs catégories, pris en vertu du paragraphe (5), et ce selon les conditions — notamment quantités et degrés de concentration — prévues sous leur régime;	

[75] Subsection 36(3) of the Act prohibits the deposit of a deleterious substance in fish-bearing waters. Paragraph 36(4)(b) permits the deposit of a deleterious substance in such waters under conditions authorized by regulations enacted pursuant to subsection 36(5). The challenged Regulations in this case were enacted pursuant to subsection 36(5). The effect of the impugned Regulations is to allow the use of Sandy Pond as a TIA, that is as a depository of residue generated by the operation of the Project at Long Harbour.

[76] There is no doubt that the said residue, that is the tailings, contains deleterious substances and that these substances will be deposited in Sandy Pond. While this prospect stirred public opinion and precipitated this litigation, the use of Sandy Pond in this manner is not illegal but expressly authorized by the above-referenced provisions of the Act.

[77] In my opinion, the provisions quoted above are sufficiently broad to authorize the enactment of the challenged Regulations, that is the 2006 version.

[75] Le paragraphe 36(3) de la Loi interdit le rejet d'une substance nocive dans des eaux où vivent des poissons. L'alinéa 36(4)b autorise le dépôt d'une substance nocive dans de telles eaux dans les conditions autorisées par les règlements adoptés en vertu du paragraphe 36(5). Le Règlement contesté en l'espèce a été adopté en vertu du paragraphe 36(5). L'effet du Règlement en cause est de permettre l'utilisation de l'étang Sandy en tant que DRM, c'est-à-dire en tant que dépôt des résidus générés par l'exploitation du projet à Long Harbour.

[76] Il ne fait aucun doute que lesdits résidus, des résidus miniers, contiennent des substances nocives et que ces substances seront déposées dans l'étang Sandy. Bien que cette perspective ait ému l'opinion publique et précipité la présente affaire, l'utilisation de l'étang Sandy de cette manière n'est pas illégale; elle est expressément autorisée par les dispositions précitées de la Loi.

[77] À mon avis, les dispositions précitées ont une portée suffisamment large pour autoriser l'adoption du Règlement contesté, soit la version 2006.

[78] The second step, in the *vires* analysis, is to inquire whether the grant of statutory authority permits the delegated legislation in question. In my opinion it is necessary to focus only on subsection 36(5) in assessing the second aspect of the *vires* test *per Canada (Wheat Board)*, because this provision relates to all three aspects of the applicant's challenge, that is the *vires* of sections 5 and 27.1, as well as Schedule 2.

[79] I will first look at section 5 [of the 2002 Regulations as am. by section 2] of the 2006 Regulations which authorizes the deposit of deleterious materials into a TIA. Section 5 provides as follows:

5. (1) Despite section 4, the owner or operator of a mine may deposit or permit the deposit of waste rock or an effluent that contains any concentration of a deleterious substance and that is of any pH into a tailings impoundment area that is either

(a) a water or place set out in Schedule 2; or

(b) a disposal area that is confined by anthropogenic or natural structures or by both, other than a disposal area that is, or is part of, a natural water body that is frequented by fish.

(2) The authority in subsection (1) is conditional on the owner or operator complying with sections 7 to 28.

[80] This conduct is specifically authorized by paragraphs 36(5)(a) to (d) of the Act as follows:

36. ...

Regulations for authorizing certain deposits

(5) The Governor in Council may make regulations for the purpose of paragraph (4)(b) prescribing

(a) the deleterious substances or classes thereof authorized to be deposited notwithstanding subsection (3);

(b) the waters or places or classes thereof where any deleterious substances or classes thereof referred to in paragraph (a) are authorized to be deposited;

[78] La deuxième étape de l'analyse de la validité consiste à se demander si le pouvoir conféré par la loi autorise la législation déléguée en question. À mon avis, il n'est nécessaire d'examiner que le paragraphe 36(5) pour l'évaluation du deuxième critère de l'analyse de la validité de l'arrêt *Canada (Commission du blé)* parce que cette disposition concerne les trois aspects de la contestation de la demanderesse, soit la validité de l'article 5, de l'article 27.1 et de l'annexe 2.

[79] Je vais d'abord examiner l'article 5 [du Règlement de 2002 mod. par l'article 2] du Règlement de 2006, qui autorise le rejet de substances nocives dans un DRM. L'article 5 dispose que :

5. (1) Malgré l'article 4, le propriétaire ou l'exploitant d'une mine peut rejeter — ou permettre que soient rejetés — des stériles ou un effluent, quel que soit le pH de l'effluent ou sa concentration en substances nocives, dans l'un ou l'autre des dépôts de résidus miniers suivants :

a) les eaux et lieux mentionnés à l'annexe 2;

b) toute aire de décharge circonscrite par une formation naturelle ou un ouvrage artificiel, ou les deux, à l'exclusion d'une aire de décharge qui est un plan d'eau naturel où vivent des poissons ou qui en fait partie.

(2) Le propriétaire ou l'exploitant ne peut se prévaloir du droit que lui confère le paragraphe (1) que s'il satisfait aux exigences prévues aux articles 7 à 28.

[80] Ce comportement est expressément autorisé par les alinéas 36(5)(a) à (d) de la Loi, reproduits ci-après :

36. [...]

(5) Pour l'application de l'alinéa (4)b), le gouverneur en conseil peut, par règlement, déterminer :

Règlements d'application de l'al. (4)b)

a) les substances ou catégories de substances nocives dont l'immersion ou le rejet sont autorisés par dérogation au paragraphe (3);

b) les eaux et les lieux ou leurs catégories où l'immersion ou le rejet des substances ou catégories de substances visées à l'alinéa a) sont autorisés;

(c) the works or undertakings or classes thereof in the course or conduct of which any deleterious substances or classes thereof referred to in paragraph (a) are authorized to be deposited;

(d) the quantities or concentrations of any deleterious substances or classes thereof referred to in paragraph (a) that are authorized to be deposited;

c) les ouvrages ou entreprises ou catégories d'ouvrages ou d'entreprises pour lesquels l'immersion ou le rejet des substances ou des catégories de substances visées à l'alinéa a) sont autorisés;

d) les quantités ou les degrés de concentration des substances ou des catégories de substances visées à l'alinéa a) dont l'immersion ou le rejet sont autorisés;

[81] Section 27.1 [of the 2002 Regulations as am. by section 14] of the 2006 Regulations requires that a mine owner or operator submit a compensation plan for approval by the Minister prior to the deposit of deleterious substances. Section 27.1 reads as follows:

27.1 (1) The owner or operator of a mine shall submit to the Minister for approval a compensation plan and obtain the Minister's approval of that plan before depositing a deleterious substance into a tailings impoundment area that is added to Schedule 2 after the coming into force of this section.

(2) The purpose of the compensation plan is to offset for the loss of fish habitat resulting from the deposit of a deleterious substance into the tailings impoundment area.

(3) The compensation plan shall contain the following elements:

(a) a description of the location of the tailings impoundment area and the fish habitat affected by the deposit;

(b) a quantitative impact assessment of the deposit on the fish habitat;

(c) a description of the measures to be taken to offset the loss of fish habitat caused by the deposit;

(d) a description of the measures to be taken during the planning and implementation of the compensation plan to mitigate any potential adverse effect on the fish habitat that could result from the plan's implementation;

(e) a description of measures to be taken to monitor the plan's implementation;

(f) a description of the measures to be taken to verify the extent to which the plan's purpose has been achieved;

[81] L'article 27.1 [du Règlement de 2002 mod. par l'article 14] du Règlement de 2006 exige que le propriétaire ou l'exploitant d'une mine soumette un plan de compensation à l'approbation du ministre avant de procéder au rejet de substances nocives. L'article 27.1 est rédigé comme suit :

27.1 (1) Le propriétaire ou l'exploitant d'une mine présente au ministre un plan compensatoire pour approbation et doit obtenir celle-ci avant de rejeter des substances nocives dans tout dépôt de résidus miniers qui est ajouté à l'annexe 2 après l'entrée en vigueur du présent article.

(2) Le plan compensatoire a pour objectif de contrebalancer la perte d'habitat du poisson consécutive au rejet de substances nocives dans le dépôt de résidus miniers.

(3) Le plan compensatoire comporte des dispositions portant sur les éléments suivants :

a) une description de l'emplacement du dépôt de résidus miniers et de l'habitat du poisson atteint par le rejet de substances nocives;

b) l'analyse quantitative de l'incidence du rejet sur l'habitat du poisson;

c) les mesures visant à contrebalancer la perte d'habitat du poisson;

d) les mesures envisagées durant la planification et la mise en œuvre du plan pour atténuer les effets défavorables sur l'habitat du poisson qui pourraient résulter de la mise en œuvre du plan;

e) les mesures de surveillance de la mise en œuvre du plan;

f) les mécanismes visant à établir dans quelle mesure les objectifs du plan ont été atteints;

(g) a description of the time schedule for the plan's implementation, which time schedule shall provide for achievement of the plan's purpose within a reasonable time; and

(h) an estimate of the cost of implementing each element of the plan.

(4) The owner or operator shall submit with the compensation plan an irrevocable letter of credit to cover the plan's implementation costs, which letter of credit shall be payable upon demand on the declining balance of the implementation costs.

(5) The Minister shall approve the compensation plan if it meets the requirements of subsections (2) and (3) and the owner or operator has complied with subsection (4).

(6) The owner or operator shall ensure that the compensation plan approved by the Minister is implemented.

(7) If the measures referred to in paragraph (3)(f) reveal that the compensation plan's purpose is not being achieved, the owner or operator shall inform the Minister and, as soon as possible in the circumstances, identify and implement all necessary remedial measures.

[82] The compensation plan in this case is reviewed in the affidavits of Mr. McCarthy, on behalf of the intervenor Vale, and Mr. Barnes on behalf of the respondent.

[83] Vale developed a compensation plan after undertaking an extensive environmental study of Sandy Pond, following comments from DFO. The plan would relocate the fish from Sandy Pond to a nearby water source with a minimal loss of life, including efforts to replace the fish habitat lost through the use of Sandy Pond as a TIA. The compensation plan was finalized and submitted to DFO in April 2011.

[84] The compensation plan scheme is authorized by paragraph 36(5)(e) of the Act which provides as follows:

36. ...

g) le délai pour la mise en œuvre du plan, lequel délai permet l'atteinte des objectifs prévus dans un délai raisonnable;

h) l'estimation du coût de mise en œuvre de chacun des éléments du plan.

(4) Le propriétaire ou l'exploitant présente, avec le plan compensatoire, une lettre de crédit irrévocable couvrant les coûts de mise en œuvre du plan et payable sur demande à l'égard du coût des éléments du plan qui n'ont pas été mis en œuvre.

(5) Le ministre approuve le plan compensatoire si les exigences des paragraphes (2) et (3) ont été remplies et si le propriétaire ou l'exploitant s'est conformé aux exigences du paragraphe (4).

(6) Le propriétaire ou l'exploitant veille à ce que le plan compensatoire soit mis en œuvre.

(7) Si les mécanismes visés à l'alinéa (3)f) révèlent que les objectifs n'ont pas été atteints, le propriétaire ou l'exploitant en informe le ministre et, le plus tôt possible dans les circonstances, détermine et prend les mesures correctives nécessaires à l'atteinte des objectifs.

[82] Le plan de compensation en l'espèce fait l'objet d'un examen dans les affidavits de M. McCarthy, au nom de l'intervenante Vale, et de M. Barnes, au nom de la défenderesse.

[83] Vale a élaboré un plan de compensation après avoir entrepris une vaste étude environnementale de l'étang Sandy, à la suite des commentaires du MPO. Le plan consiste à déplacer les poissons de l'étang Sandy dans une source d'eau à proximité avec un minimum de perte de vies, et ce, en cherchant à remplacer l'habitat du poisson perdu en raison de l'utilisation de l'étang Sandy en tant que DRM. Le plan de compensation a été mis au point et remis au MPO en avril 2011.

[84] Le mécanisme du plan de compensation est autorisé par l'alinéa 36(5)e) de la Loi, qui prévoit que :

36. [...]

Regulations
for
authorizing
certain
deposits

(5) The Governor in Council may make regulations for the purpose of paragraph (4)(b) prescribing

...

(e) the conditions or circumstances under which and the requirements subject to which any deleterious substances or classes thereof referred to in paragraph (a) or any quantities or concentrations of those deleterious substances or classes thereof are authorized to be deposited in any waters or places or classes thereof referred to in paragraph (b) or in the course or conduct of any works or undertakings or classes thereof referred to in paragraph (c).

[85] Finally, there remains the challenge to the creation of Schedule 2 which is a list of TIAs authorized under the Regulations. The basis of the challenge here is the alleged invalidity of section 5 [of the 2002 Regulations as am. by section 2] of the 2006 Regulations. However, this argument must fail because section 5 falls within the regulation-making authority of subsection 36(5) [of the Act]. The validity of Schedule 2 depends on the validity of section 5 and I have found section 5 to be valid.

[86] In any event, paragraph 36(5)(b) of the Act clearly authorizes the creation of TIAs, as appears from the following:

36. ...

Regulations
for
authorizing
certain
deposits

(5) The Governor in Council may make regulations for the purpose of paragraph (4)(b) prescribing

...

(b) the waters or places or classes thereof where any deleterious substances or classes thereof referred to in paragraph (a) are authorized to be deposited.

[87] The Act authorizes activities that may negatively affect fish-bearing waters, as recognized by the Court in *Ecology Action Centre Society*, at paragraph 74, where the Court said the following:

(5) Pour l'application de l'alinéa (4)b), le gouverneur en conseil peut, par règlement, déterminer :

[...]

e) les conditions, les quantités, les exigences préalables et les degrés de concentration autorisés pour l'immersion ou le rejet des substances ou catégories de substances visées à l'alinéa a) dans les eaux et les lieux visés à l'alinéa b) ou dans le cadre des ouvrages ou entreprises visés à l'alinéa c).

[85] Enfin, il reste la contestation de la création de l'annexe 2, soit une liste des DRM autorisées en vertu du Règlement. La contestation repose sur la prétendue invalidité de l'article 5 [du Règlement de 2002 mod. par l'article 2] du Règlement de 2006. Cependant, cet argument doit être rejeté, car l'article 5 s'inscrit dans le cadre du pouvoir de réglementation du paragraphe 36(5) [de la Loi]. La validité de l'annexe 2 dépend de la validité de l'article 5 et je conclus que l'article 5 est valide.

[86] En tout état de cause, l'alinéa 36(5)b) de la Loi autorise clairement la création de dépôts de résidus miniers, comme il ressort de ce qui suit :

36. [...]

(5) Pour l'application de l'alinéa (4)b), le gouverneur en conseil peut, par règlement, déterminer :

[...]

b) les eaux et les lieux ou leurs catégories où l'immersion ou le rejet des substances ou catégories de substances visées à l'alinéa a) sont autorisés.

[87] La Loi autorise des activités pouvant avoir des répercussions négatives sur des eaux où vivent des poissons, comme l'a reconnu la Cour dans la décision *Ecology Action Centre Society*, au paragraphe 74, où elle a déclaré :

Règlements
d'application
de l'al. (4)b)

Règlements
d'application
de l'al. (4)b)

Furthermore, it is noteworthy that section 35 does not impose a blanket prohibition against HADD [harmful alteration disruption or destruction of fish habitat]. HADD may occur with the authorization of the Minister pursuant to regulations enacted by the Governor-in Council.

[88] The fact that regulations enacted pursuant to the Act may have negative environmental consequences does not, *per se*, render those regulations invalid. Parliament legislated the provisions allowing the enactment of the Regulations in question here. There is no basis for judicial intervention. The will of the people, with respect to legislation, can be expressed at the ballot box.

[89] The applicant did not seek injunctive relief to stop any work undertaken in the conversion of Sandy Pond into a TIA. Accordingly, there was no impediment against any steps taken by Vale in pursuit of that aim.

[90] In the result, I am satisfied that the provisions of the 2006 Regulations that are challenged in this application were lawfully enacted by the Governor in Council pursuant to the authority conferred by subsection 36(5) of the Act.

[91] Two residual matters require comment, that is the interveners' rights to appeal and costs.

[92] The first matter was addressed by the Federal Court of Appeal in its order of April 8th, 2011 at paragraph 1(x) as follows:

1.

...

(x) the interveners may ask the presiding judge upon the hearing of this application to entertain a motion for the interveners to have the right to appeal from the final judgment disposing of the application for judicial review.

[93] The interveners did not raise the issue at the hearing of this matter and the matter should be raised before the Federal Court of Appeal if necessary.

[94] The order granting status to the interveners addressed costs at paragraph 1(xi) as follows:

De plus, il importe de noter que l'article 35 n'interdit pas absolument la DDP [détérioration, la destruction ou la perturbation de l'habitat du poisson]. La DDP peut être autorisée par le ministre ou par un règlement pris par le gouverneur en conseil.

[88] Le fait que les règlements adoptés en vertu de la Loi peuvent avoir des répercussions négatives sur l'environnement n'est pas, en soi, un motif d'invalidité. Le Parlement a légiféré et adopté les dispositions permettant l'adoption du Règlement en l'espèce. Rien ne justifie une intervention judiciaire. La volonté du peuple, en matière législative, peut s'exprimer dans l'urne.

[89] La demanderesse n'a pas demandé d'injonction pour arrêter les travaux entrepris dans la conversion de l'étang Sandy en DRM. Il n'y a donc eu aucun obstacle aux mesures prises par Vale dans la poursuite de cet objectif.

[90] En conséquence, je suis convaincue que les dispositions du Règlement de 2006 contestées en l'espèce ont été légalement adoptées par le gouverneur en conseil en vertu du pouvoir qui lui est conféré par le paragraphe 36(5) de la Loi.

[91] Deux questions restent à résoudre : le droit des intervenantes d'interjeter appel et les dépens.

[92] La première question a été traitée par la Cour d'appel fédérale dans son ordonnance du 8 avril 2011, à l'alinéa 1(x) :

1.

[...]

(x) les intervenantes peuvent demander au juge président l'audience lors de l'instruction de la présente demande d'entendre une requête visant à donner aux intervenantes le droit d'interjeter appel de la décision finale tranchant la demande de contrôle judiciaire.

[93] Les intervenantes n'ont pas soulevé la question lors de l'audience. Au besoin, la question devrait être soulevée devant la Cour d'appel fédérale.

[94] L'ordonnance accordant le statut d'intervenante a réglé la question des dépens, à l'alinéa 1(xi) :

1.

...

- (xi) the interveners shall not be entitled to seek costs against the Applicant or the Respondent nor shall the Applicant or the Respondent be entitled to seek costs against the interveners whatsoever for the whole of this proceeding.

[95] In these circumstances, no costs will be awarded for or against the interveners.

[96] In his submissions the respondent sought dismissal of this application with costs. The respondent has succeeded and in the usual course of events, costs are awarded to the successful party.

[97] Accordingly, this application is dismissed with costs.

JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that this application is dismissed with costs.

1.

[...]

- (xi) les intervenantes n'ont pas le droit de réclamer les dépens contre la demanderesse ou la défenderesse et ni la demanderesse ni la défenderesse n'a le droit de demander les dépens contre les intervenantes pour quelque raison que ce soit pour l'ensemble de ces procédures.

[95] Dans les circonstances, aucuns dépens ne seront adjugés en faveur ou à l'encontre de l'une ou l'autre des intervenantes.

[96] La défenderesse a demandé le rejet de la présente demande avec dépens. La défenderesse a gain de cause et les dépens sont généralement adjugés à la partie gagnante.

[97] En conséquence, la présente demande est rejetée avec dépens.

JUGEMENT

LA COUR REJETTE la présente demande avec dépens.

A-97-13
2013 FCA 263

A-97-13
2013 CAF 263

Qin Qin (*Appellant*)

Qin Qin (*appelante*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

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

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

RÉPERTORIÉ : QIN c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)

Federal Court of Appeal, Evans, Gauthier and Near JJ.A.—Toronto, October 17; Ottawa, November 19, 2013.

Cour d'appel fédérale, juges Evans, Gauthier et Near, J.C.A.—Toronto, 17 octobre; Ottawa, 19 novembre 2013.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent Residents — Appeal from Federal Court decision setting aside visa officer's rejection of appellant's application for permanent residence as member of Canadian experience class (CEC) — Appellant working as administrative assistant, translator/interpreter — Officer finding that appellant not meeting CEC requirements under Immigration and Refugee Protection Regulations, s. 87.1; duties not matching those in National Occupational Classification (NOC) — Search by officer of Human Resources and Skills Development Canada (HRSDC) database revealing that appellant's hourly wage, annual salary below minimum prevailing rates — Federal Court allowing judicial review on ground visa officer breaching procedural fairness by failing to inform appellant comparator wage data would be consulted — However, Federal Court also holding that had officer observed duty of procedural fairness, would have been open to him to take into account HRSDC comparator wage data — Whether visa officer may consider comparator salary data when assessing work experience of CEC applicant — Reasonable to consult minimum, average wage data for occupations falling within applicable NOC codes — S. 87.1 not rebutting presumption that visa officers having power to consider any relevant evidence in assessment — No obligation under CEC program for applicant's wages to be consistent with prevailing local wages — Officer not disqualifying appellant for low salary because also finding that description of appellant's duties in letter of reference not consistent with applicable NOC Code — CEC applicant's wage information relevant for assessment — Administration of CEC program not disrupted by taking wage data into account — Appeal dismissed.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Appel interjeté à l'encontre d'une décision par laquelle la Cour fédérale a annulé la décision d'un agent des visas de refuser la demande de résidence permanente de l'appelante au titre de la catégorie de l'expérience canadienne (CEC) — L'appelante travaillait comme adjointe administrative et effectuait des travaux de traduction et d'interprétation — L'agent est arrivé à la conclusion que l'appelante ne satisfaisait pas aux exigences relatives à la CEC énoncées à l'art. 87.1 du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés; la description quant à l'emploi ne correspondait pas à la description de la Classification nationale des professions (CNP) — La recherche faite par l'agent dans la base de données de Ressources humaines et Développement des compétences Canada (RHDC) a révélé que le salaire horaire touché par l'appelante ainsi que son salaire annuel étaient inférieurs aux salaires minimums en vigueur — La Cour fédérale a accueilli la demande de contrôle judiciaire au motif que l'agent des visas avait manqué à son obligation d'équité procédurale en faisant défaut d'aviser l'appelante qu'il prévoyait consulter les données comparatives sur le salaire — Cependant, la Cour fédérale a également conclu que si l'agent avait satisfait à l'obligation d'équité procédurale, il aurait pu tenir compte des données comparatives sur les salaires de RHDC — Il s'agissait de savoir si l'agent des visas pouvait examiner les données comparatives de RHDC sur les salaires pour évaluer la nature de l'expérience professionnelle d'un demandeur qui veut être admis au titre de la CEC — Il était raisonnable pour l'agent des visas de consulter les données sur les salaires minimal et moyen en usage pour les professions correspondant aux codes CNP applicables — L'art. 87.1 ne permet pas de réfuter la présomption selon laquelle l'agent des visas dispose du pouvoir de prendre en considération tout élément de preuve pertinent

Administrative Law — Judicial Review — Standard of Review — Federal Court setting aside visa officer's rejection of appellant's application for permanent residence as member of Canadian experience class (CEC)—Officer finding that appellant not meeting CEC requirements under Immigration and Refugee Protection Regulations, s. 87.1; duties not matching those in National Occupational Classification; hourly wage, annual salary below minimum prevailing rates — Federal Court applying correctness standard to officer's interpretation of s. 87.1, not deciding whether Khan v. Canada (Citizenship and Immigration), Patel v. Canada (Citizenship and Immigration) still "satisfactorily" resolving applicable standard of review in light of post-Dunsmuir v. New Brunswick case law — Issue: applicable standard of review to visa officer's interpretation of Regulations; to assessment of application under Regulations — Visa officer's assessment of CEC applicant's employment, wage data reviewable on standard of reasonableness — Interpretation of enabling legislation reviewable on correctness standard — Unreasonableness as possible standard of review of administrative interpretation of legislation only arising when statutory provision ambiguous, no one interpretation can be said to be "right" — Where court concluding that one interpretation "right", applicable standard that of correctness — Not necessary to determine standard of review here because s. 87.1 not ambiguous — Deference only due to administrative decision makers on questions within their statutory power to decide — As correctness applicable standard herein, not necessary here to determine if post-Dunsmuir case law requiring Court to revisit decisions holding immigration officials not entitled to curial deference on issues of statutory interpretation.

dans son évaluation — En vertu du programme de la CEC, le salaire du demandeur n'a pas à être conforme aux salaires en usage à l'échelle locale — L'agent des visas n'a pas vu le faible salaire de l'appelante comme un élément permettant de rejeter la demande, étant donné qu'il a aussi conclu que, dans la lettre de recommandation, la description des fonctions exercées par l'appelante ne correspondait pas au code de la CNP — Les renseignements sur la rémunération de l'appelante au titre de la CEC sont pertinents aux fins d'évaluation — Tenir compte des données sur le salaire ne perturbe pas l'administration du programme de la CEC — Appel rejeté.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de révision — Décision par laquelle la Cour fédérale a annulé la décision d'un agent des visas de refuser la demande de résidence permanente de l'appelante au titre de la catégorie de l'expérience canadienne (CEC) — L'agent est arrivé à la conclusion que l'appelante ne satisfaisait pas aux exigences relatives à la CEC, qui figurent à l'art. 87.1 du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés; la description quant à l'emploi ne correspondait pas à la description de la Classification nationale des professions (CNP); le salaire horaire touché par l'appelante ainsi que son salaire annuel étaient inférieurs aux salaires minimums en vigueur — La Cour fédérale a appliqué la norme de la décision correcte à l'interprétation donnée par l'agent des visas à l'art. 87.1, mais n'a pas déterminé si les arrêts Khan c. Canada (Citoyenneté et Immigration) et Patel c. Canada (Citoyenneté et Immigration) réglaient toujours de façon « satisfaisante » la question de la norme de contrôle applicable, compte tenu de la jurisprudence de la Cour suprême postérieure à l'arrêt Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick — Il s'agissait de savoir quelle était la norme de contrôle applicable à l'interprétation par un agent des visas du Règlement et à son évaluation d'une demande fondée sur ce règlement — L'évaluation par un agent des visas de l'emploi occupé par un demandeur au titre de la CEC et des données sur son salaire est susceptible de contrôle selon la norme de contrôle de la décision raisonnable — L'interprétation par un agent des visas de la loi habilitante est susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte — La norme de contrôle du caractère déraisonnable ne peut s'appliquer à l'égard d'une interprétation administrative de la loi que si la disposition légale en question est ambiguë et qu'il n'y a pas une interprétation unique dont on puisse dire qu'elle soit la « bonne » — Si la cour de révision arrive à la conclusion qu'il existe une « bonne » interprétation, la norme de contrôle applicable sera celle de la décision correcte — Il n'était pas nécessaire de se prononcer sur la norme de contrôle applicable en l'espèce parce que l'art. 87.1 n'est pas ambigu — Comme la norme de la décision correcte est la norme de contrôle qui s'applique en l'espèce, il n'était pas nécessaire de déterminer si la jurisprudence postérieure à l'arrêt Dunsmuir imposait à la Cour de revoir les décisions où elle a conclu qu'il n'y a pas lieu de faire preuve de retenue à l'égard des

This was an appeal from a decision of the Federal Court allowing an application for judicial review to set aside a visa officer's rejection of the appellant's application for permanent residence as a member of the Canadian experience class (CEC).

The appellant, a national of China, worked full-time for a law firm as an administrative assistant and a translator/interpreter for the firm's Chinese clients. The visa officer found that the appellant had not met the CEC requirements set out in section 87.1 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* (Regulations). The officer also found that the appellant's work duties did not match those in the National Occupational Classification (NOC) Code 1242 (legal secretaries), and that a search of the Human Resources and Skills Development Canada (HRSDC) database of local average and minimum wage rates revealed that the appellant's hourly wage and annual salary were below the minimum prevailing local wage rate and annual salary for legal secretaries and translators/interpreters (NOC Code 5125). The Federal Court allowed the application for judicial review on the ground that the visa officer had breached the duty of procedural fairness by failing to inform the appellant that he proposed to consult comparator wage data. The Federal Court also held that if the officer had observed the duty of procedural fairness it would have been open to him to take into account HRSDC comparator wage data as an indicator of whether the employment duties performed by the appellant were consistent with those in the relevant NOC codes.

More specifically, the Federal Court held that the significant disparity between the appellant's wages and the prevailing local minimum wage for legal secretaries and translators/interpreters was relevant in determining whether the appellant was performing the duties of those occupations. The Federal Court also held that the officer was authorized under the Regulations to take wages into account when deciding if a CEC applicant's employment duties were within the applicable NOC code. On the standard of review, the Federal Court applied the correctness standard to the officer's interpretation of section 87.1, without deciding whether *Khan v. Canada (Citizenship and Immigration)* and *Patel v. Canada (Citizenship and Immigration)* should still be regarded as having "satisfactorily" resolved the applicable

décisions des responsables de l'immigration sur les questions d'interprétation de la loi.

Il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale d'accueillir une demande de contrôle judiciaire cherchant à faire annuler la décision d'un agent des visas de refuser la demande de résidence permanente de l'appelante au titre de la catégorie de l'expérience canadienne (CEC).

L'appelante, une ressortissante chinoise, a travaillé à temps plein pour un cabinet d'avocats, où elle exerçait des fonctions d'adjointe administrative et effectuait des travaux de traduction et d'interprétation à l'intention de la clientèle chinoise. L'agent des visas est arrivé à la conclusion que l'appelante n'avait pas satisfait aux exigences relatives à la CEC énoncées à l'article 87.1 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* (le Règlement). L'agent a également jugé que les fonctions exercées par l'appelante ne correspondaient pas suffisamment à celles figurant au code 1242 de la Classification nationale des professions (CNP) (secrétaires juridiques) et sa recherche sur les salaires minimal et moyen à l'échelle locale pour une secrétaire juridique et pour un traducteur et interprète (code CNP 5125) dans la base de données de Ressources humaines et Développement des compétences Canada (RHDC) a révélé que le salaire horaire touché par l'appelante ainsi que son salaire annuel étaient inférieurs aux salaires minimal et annuel en vigueur à l'échelle locale pour ces professions. La Cour fédérale a accueilli la demande de contrôle judiciaire au motif que l'agent des visas avait manqué à son obligation d'équité procédurale en faisant défaut d'aviser l'appelante qu'il prévoyait consulter les données comparatives sur le salaire. La Cour fédérale a également conclu que, si l'agent avait satisfait à l'obligation d'équité procédurale, il aurait pu tenir compte des données comparatives sur les salaires de RHDC afin de déterminer si les fonctions exercées par l'appelante correspondaient à celles décrites au titre des codes pertinents de la CNP.

En particulier, la Cour fédérale a affirmé que l'écart important entre le salaire de l'appelante et le salaire minimal en usage à l'échelle locale pour les secrétaires juridiques et les traducteurs et interprètes était pertinent pour trancher la question de savoir si l'appelante s'acquittait en fait des tâches associées à ces professions. La Cour fédérale a également conclu que le Règlement autorisait l'agent des visas à tenir compte du salaire pour déterminer si les fonctions exercées par un demandeur au titre de la CEC correspondaient au code CNP applicable. Quant à la norme de contrôle, la Cour fédérale a appliqué la norme de la décision correcte à l'interprétation donnée par l'agent des visas à l'article 87.1, mais n'a pas déterminé si les arrêts *Khan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)* et *Patel c. Canada (Citoyenneté et*

standard of review issue in light of the Supreme Court's post-*Dunsmuir v. New Brunswick* case law.

The issues were whether a visa officer may consider comparator salary data when assessing the nature of the work experience of an applicant who wishes to qualify as a member of the CEC; and what standard of review is applicable to a visa officer's interpretation of the Regulations, and to the officer's assessment of an application under the Regulations.

Held, the appeal should be dismissed.

A visa officer's refusal of an application for permanent residence on the ground that an applicant's employment was not consistent with an occupation in an NOC Code of the required skill level, and whether comparator wage data are factually relevant to determining if an applicant was employed in the NOC occupation are both reviewable on the standard of reasonableness. A visa officer's interpretation of the enabling legislation is reviewable on the correctness standard. The Supreme Court decision in *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, wherein it was held that the Minister's interpretation of the *Immigration and Refugee Protection Act* is reviewable on the reasonableness standard, might have strengthened the Federal Court's doubts as to whether, in a post-*Dunsmuir* world, *Khan* and *Patel* still satisfactorily decide that visa officers' interpretations of the statutory provisions they administer are reviewable for correctness. Unreasonableness as a possible standard of review of an administrative interpretation of legislation only arises when the statutory provision in question is ambiguous and "[t]here is no one interpretation which can be said to be 'right'". Hence, if a reviewing court concludes that one interpretation is "right" correctness is the standard of review. It was not necessary to determine the standard of review in this case because section 87.1 is not ambiguous. It was also noted that deference is only due to administrative decision makers on questions within their statutory power to decide. Because correctness was the applicable standard of review in this case, it was not necessary to decide if post-*Dunsmuir* case law, including *Agraira*, required the Court to revisit its decisions holding that immigration officials are not entitled to curial deference on issues of statutory interpretation.

Immigration) réglait toujours de façon « satisfaisante » la question de la norme de contrôle applicable, compte tenu de la jurisprudence de la Cour suprême postérieure à l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*.

Il s'agissait de savoir si un agent des visas peut examiner les données comparatives sur les salaires pour évaluer une demande faite au titre de la CEC et quelle norme de contrôle judiciaire est applicable à l'interprétation par un agent des visas du Règlement et à son évaluation d'une demande fondée sur ce règlement.

Arrêt : l'appel doit être rejeté.

La décision d'un agent des visas de refuser une demande de résidence permanente parce que l'emploi du demandeur ne correspond pas à une profession appartenant au niveau de compétence requis de la CNP et la question de savoir si des données comparatives sur les salaires sont pertinentes quant aux faits pour déterminer si un demandeur occupe la profession de la CNP sont soumises à la norme de contrôle de la décision raisonnable. L'interprétation par un agent des visas de la loi habilitante est susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte. La décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, dans lequel la Cour a statué que l'interprétation par le ministre de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* était susceptible de contrôle selon la norme de la décision raisonnable, aurait pu renforcer ses doutes quant à savoir s'il convient toujours, dans un monde post *Dunsmuir*, de considérer que les arrêts *Khan* et *Patel* ont établi de façon satisfaisante que l'interprétation par les agents des visas des dispositions légales qu'ils sont tenus d'appliquer est susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte. La norme de contrôle du caractère déraisonnable ne peut s'appliquer à l'égard d'une interprétation administrative de la loi que si la disposition légale en question est ambiguë et qu'« il n'y a pas une interprétation unique dont on puisse dire qu'elle soit la "bonne" ». Partant, si la cour de révision arrive à la conclusion qu'il existe une « bonne » interprétation, la norme de contrôle applicable sera celle de la décision correcte. Il n'était pas nécessaire de se prononcer sur la norme de contrôle applicable en l'espèce parce que l'article 87.1 n'est pas ambigu. On a également noté qu'il n'y a lieu de faire preuve de déférence à l'égard des décideurs administratifs qu'en ce qui touche les questions qui relèvent de leur compétence. Puisque la norme de la décision correcte était la norme de contrôle qui s'appliquait en l'espèce, il n'était pas nécessaire pour trancher le présent appel de déterminer si la jurisprudence postérieure à l'arrêt *Dunsmuir*, y compris l'arrêt *Agraira*, imposait à la Cour de revoir les décisions où elle a conclu qu'il n'y a pas lieu de faire preuve de retenue à l'égard des décisions des responsables de l'immigration sur les questions d'interprétation de la loi.

It was not clear from the appellant's reference letter that her employment duties fell within the applicable NOC codes. Accordingly, it was reasonable for the officer to consult the extensive prevailing minimum and average wage data for these occupations compiled by HRSDC. The Regulations did not preclude the officer from undertaking this comparison. Considered alone, section 87.1 of the Regulations does not rebut the presumption that visa officers have the implied power to consider any evidence relevant to determining whether an applicant meets the skilled work experience requirement. It is not a statutory condition to the grant of a visa under the CEC program that an applicant's wages must be consistent with the prevailing local wage rates for the occupation in which the applicant is being assessed. The officer did not treat the appellant's low salary as a disqualification in itself, because he also found that the description of her duties in the letter of reference was not consistent with NOC Code 1242. The requirement in the CEC application process for an employer to provide an applicant's wage information may be some indication that wages are relevant to a determination of whether an applicant has satisfied the Canadian work requirement. Permitting visa officers merely to take wage data into account when assessing a CEC applicant's work experience would not disrupt the fair and effective administration of the program as to warrant reading into the Regulations a limit on the power of visa officers to take relevant evidence into account.

La lettre de recommandation ne permettait pas d'établir clairement que les tâches professionnelles confiées à l'appelante correspondaient aux codes CNP applicables. De ce fait, il était raisonnable pour l'agent de consulter les données exhaustives sur les salaires minimal et moyen en usage pour ces professions compilées par RHDC. Le Règlement n'interdisait pas à l'agent d'effectuer une telle comparaison. L'article 87.1 ne permet donc pas, à lui seul, de réputer la présomption selon laquelle l'agent des visas dispose implicitement du pouvoir de prendre en considération tout élément de preuve pertinent pour décider si un demandeur satisfait à l'exigence relative à l'expérience de travail qualifié. La loi n'assujettit pas l'octroi d'un visa au titre du programme de la CEC à la condition que le salaire du demandeur soit conforme aux salaires en usage à l'échelle locale pour la profession qui fait l'objet de l'évaluation. L'agent des visas n'a pas vu le faible salaire de l'appelante comme un élément permettant à lui seul de rejeter la demande, étant donné qu'il a aussi conclu que, dans la lettre de recommandation, la description des fonctions exercées par l'appelante ne correspondait pas au code 1242 de la CNP. Le fait que le processus de demande au titre de la CEC impose à l'employeur l'obligation de fournir des renseignements sur la rémunération d'un demandeur porte à croire que la rémunération est utile pour déterminer si le demandeur satisfait à l'exigence relative à l'expérience de travail au Canada. Le simple fait de permettre aux agents des visas de tenir compte des données sur le salaire lors de l'évaluation de l'expérience professionnelle d'un demandeur au titre de la CEC ne perturberait pas l'administration équitable et efficace du programme à un point qui rendrait nécessaire d'interpréter le Règlement comme s'il limitait le pouvoir de l'agent des visas de tenir compte d'éléments de preuve pertinents.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 34(2), 74(d).
Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, ss. 82(2)(c)(ii)(C), 87.1, 203(3)(d).

CASES CITED

CONSIDERED:

Khan v. Canada (Citizenship and Immigration), 2011 FCA 339, [2013] 3 F.C.R. 463; *Patel v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FCA 187, [2013] 1 F.C.R. 340; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227, (1979), 25 N.B.R. (2d) 227.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 34(2), 74d).
Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 82(2)c)(ii)(C), 87.1, 203(3)d).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Khan c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2011 CAF 339, [2013] 3 R.C.F. 463; *Patel c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CAF 187, [2013] 1 R.C.F. 340; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, (1979), 25 R.N.-B. (2^e) 227.

REFERRED TO:

Dunsmuir v. New Brunswick, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Takeda Canada Inc. v. Canada (Health)*, 2013 FCA 13, [2014] 3 F.C.R. 70; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin; Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504; *Covarrubias v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 365, [2007] 3 F.C.R. 169; *Shpati v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2011 FCA 286, [2012] 2 F.C.R. 133; *David Suzuki Foundation v. Canada (Fisheries and Ocean)*, 2012 FCA 40, [2013] 4 F.C.R. 155.

APPEAL from a decision of the Federal Court (2013 FC 147, [2014] 3 F.C.R. 373) allowing an application for judicial review to set aside a visa officer's rejection of the appellant's application for permanent residence as a member of the Canadian experience class. Appeal dismissed.

APPEARANCES

Mario D. Bellissimo and *Erin C. Roth* for appellant.

Lorne McClenaghan and *Prathima Prashad* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Bellissimo Law Group, Toronto, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] EVANS J.A.: Foreign nationals who are in Canada on a temporary basis may apply for permanent residence as a member of the Canadian experience class (CEC). Applicants must satisfy a visa officer that, among other things, they have had at least 12 months work experience in Canada in the preceding 24 months. The program is limited to those who have worked in occupations requiring a relatively high level of skill.

DÉCISIONS CITÉES :

Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Takeda Canada Inc. c. Canada (Santé)*, 2013 CAF 13, [2014] 3 R.C.F. 70; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin; Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504; *Covarrubias c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CAF 365, [2007] 3 R.C.F. 169; *Shpati c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2011 CAF 286, [2012] 2 R.C.F. 133; *Fondation David Suzuki c. Canada (Pêches et Océans)*, 2012 CAF 40, [2013] 4 R.C.F. 155.

APPEL d'une décision de la Cour fédérale (2013 CF 147, [2014] 3 R.C.F. 373) qui a accueilli une demande de contrôle judiciaire cherchant à faire annuler la décision d'un agent des visas de refuser la demande de résidence permanente de l'appelante au titre de la catégorie de l'expérience canadienne. Appel rejeté.

ONT COMPARU

Mario D. Bellissimo et *Erin C. Roth* pour l'appelante.

Lorne McClenaghan et *Prathima Prashad* pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Bellissimo Law Group, Toronto, pour l'appelante.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

[1] LE JUGE EVANS, J.C.A. : Les ressortissants étrangers qui sont au Canada de façon temporaire peuvent présenter une demande de résidence permanente au titre de la catégorie de l'expérience canadienne (CEC). Les demandeurs doivent convaincre un agent des visas qu'ils ont, entre autres, accumulé un minimum de 12 mois d'expérience de travail au Canada au cours des 24 derniers mois. Le programme s'adresse uniquement aux personnes qui occupent un emploi exigeant un niveau relativement élevé de compétence.

[2] The principal issue raised in this case concerns the evidence that a visa officer may consider in determining if a CEC applicant meets the Canadian work experience requirement. In particular, when deciding whether an applicant was employed to perform duties of the requisite level of skill, may the officer take into account the fact that the applicant's wages are below those prevailing for the occupation in which the applicant was assessed?

[3] This is an appeal from a decision of the Federal Court [2013 FC 147, [2014] 3 F.C.R. 373] in which Justice Gleason (Judge) allowed an application for judicial review by Qin Qin, a national of China, to set aside an officer's rejection of her application for permanent residence as a member of the CEC. The officer found that Ms. Qin had not demonstrated that she met the Canadian work experience requirement set out in section 87.1 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (Regulations).

[4] The visa officer based his decision in part on the disparity between Ms. Qin's wages and the relatively higher minimum wage rates prevailing locally for legal secretaries and translators/interpreters, the occupational categories in which her application was assessed. In addition, the description of Ms. Qin's job provided by her employer did not match the duties of legal secretaries as described in the National Occupational Classification (NOC).

[5] In a decision reported as *Qin v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 147, the Judge allowed the application for judicial review on the ground that the visa officer had breached the duty of procedural fairness. He had failed to inform Ms. Qin that he proposed to consult comparator wage data compiled by Human Resources and Skills Development Canada (HRSDC) as an indicator of whether her employment duties were consistent with those of legal secretaries, and to give her an opportunity to respond. In this appeal,

[2] La principale question soulevée en l'espèce porte sur les éléments de preuve dont un agent des visas peut tenir compte pour déterminer si un demandeur au titre de la CEC satisfait à l'exigence relative à l'expérience de travail au Canada. Plus particulièrement, pour déterminer si un demandeur exerçait des fonctions qui correspondent au niveau de compétence requis, l'agent peut-il tenir compte du fait que le demandeur touchait un salaire inférieur au salaire en usage pour la profession au titre de laquelle il est évalué?

[3] La Cour est saisie de l'appel d'une décision [2013 CF 147, [2014] 3 R.C.F. 373] par laquelle la juge Gleason de la Cour fédérale (la juge) a accueilli la demande de contrôle judiciaire présentée par Qin Qin, une ressortissante chinoise, qui cherchait à faire annuler la décision d'un agent de refuser sa demande de résidence permanente au titre de la CEC. L'agent était arrivé à la conclusion que M^{me} Qin n'avait pas démontré qu'elle satisfaisait à l'exigence relative à l'expérience de travail au Canada, qui figure à l'article 87.1 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le Règlement).

[4] La décision de l'agent des visas reposait en partie sur l'écart entre le salaire de M^{me} Qin et le salaire minimal relativement supérieur en vigueur à l'échelle locale pour les secrétaires juridiques et les traducteurs et interprètes, c'est-à-dire les catégories professionnelles au titre desquelles la demande de M^{me} Qin était évaluée. De plus, la description fournie par l'employeur quant à l'emploi occupé par M^{me} Qin ne correspondait pas à la description de la Classification nationale des professions (CNP) quant aux fonctions exercées par une secrétaire juridique.

[5] Dans la décision *Qin c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 147, la juge a accueilli la demande de contrôle judiciaire au motif que l'agent des visas avait manqué à son obligation d'équité procédurale. L'agent n'avait pas avisé M^{me} Qin qu'il prévoyait consulter les données comparatives sur le salaire compilées par Ressources humaines et Développement des compétences Canada (RHDC) afin de déterminer si les fonctions qu'elle exerçait correspondaient à celles d'une secrétaire juridique, et il ne lui avait pas donné la

the Minister of Citizenship and Immigration does not challenge the Judge's finding of procedural unfairness.

[6] The Judge remitted Ms. Qin's application for a permanent resident visa as a member of the CEC for redetermination by a different officer. She left it to that officer to decide if Ms. Qin met the Canadian work experience requirement on the basis of the NOC codes for translators, terminologists and interpreters (translators/interpreters) or legal secretaries.

[7] The Judge also held that if the officer had observed the duty of procedural fairness it would have been open to him to take into account HRSDC comparator wage data as an indicator of whether the employment duties performed by Ms. Qin were consistent with those in the relevant NOC codes.

[8] The Judge certified the following two questions of general importance under paragraph 74(d) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA):

Question 1:

Is it permissible for a visa officer to consider comparator salary data when assessing the nature of the work experience of an applicant who wishes to qualify as a member of the Canadian Experience Class, as described in section 87.1 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227?

Question 2:

What standard of review is applicable to a visa officer's interpretation of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 and to the officer's assessment of an application under the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227?

[9] The parties agree that Ms. Qin's CEC application must be redetermined by another visa officer because of the breach of procedural fairness. However, it is clear from the Judge's reasons that her order implicitly

possibilité d'y répondre. Dans le présent appel, le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration ne conteste pas la conclusion de la juge au sujet du manquement à l'équité procédurale.

[6] La juge a renvoyé la demande de visa de résidente permanente de M^{me} Qin au titre de la CEC en vue d'un nouvel examen par un autre agent. Elle a laissé à cet agent le soin de décider si M^{me} Qin satisfaisait à l'exigence relative à l'expérience de travail au Canada correspondant aux codes de la CNP pour les traducteurs, terminologues et interprètes (traducteurs et interprètes) ou pour les secrétaires juridiques.

[7] La juge a également conclu que, si l'agent avait satisfait à l'obligation d'équité procédurale, il aurait pu tenir compte des données comparatives sur les salaires de RHDCC afin de déterminer si les fonctions exercées par M^{me} Qin correspondaient à celles décrites au titre des codes pertinents de la CNP.

[8] La juge a certifié les deux questions de portée générale suivantes en application de l'alinéa 74d) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIRP) :

Question 1 :

Est-il acceptable ou raisonnable qu'un agent des visas examine les données comparatives de RHDCC sur les salaires pour évaluer la nature de l'expérience professionnelle d'un demandeur qui veut être admis au titre de la catégorie de l'expérience canadienne, au sens de l'article 87.1 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227?

Question 2 :

Quelle est la norme de contrôle applicable à l'interprétation par un agent des visas du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, et à son évaluation d'une demande fondée sur ce règlement?

[9] Les parties conviennent que la demande de M^{me} Qin au titre de la CEC doit être examinée à nouveau par un autre agent des visas en raison du manquement à l'équité procédurale. Cependant, il ressort clairement

permits the officer redetermining Ms. Qin's visa application to take comparator wage data into account. Hence, the questions of general importance certified by the Judge respecting the interpretation of section 87.1, and the standard of review applicable to the visa officer's implicit interpretation of it, were properly certified under paragraph 74(d).

[10] Strictly, however, the second part of the second certified question, namely, the standard of review to be applied to a visa officer's assessment of a CEC application, does not arise for decision in this appeal. The officer's refusal of Ms. Qin's application has been set aside on procedural grounds. The standard of review applicable to the assessment of the application will only arise after it has been redetermined. Nonetheless, because the other questions were properly certified, I propose to answer it.

Factual Background

[11] Ms. Qin has been in Canada since 2002. After graduating from York University in 2009 with a Bachelor of Arts degree she obtained a three-year temporary resident permit that enabled her to take employment. In 2010 she started to work full-time for a small Toronto law firm, K D Associates, as an administrative assistant, and a translator/interpreter for the firm's Chinese clients.

[12] Subparagraph 87.1(2)(a)(i) of the Regulations provides that, in order to qualify for permanent residence as a member of the CEC, an applicant's Canadian work experience must be in one or more of the occupations of Skill Type 0 Management Occupations or Skill Level A or B in the NOC matrix. These occupations are relatively highly skilled and include translators/interpreters (NOC Code 5125) and legal secretaries (NOC Code 1242). The NOC sets out a range of tasks that comprise listed occupations, but does not include any wage information.

des motifs de la juge que l'ordonnance qu'elle a prononcée permet implicitement à cet autre agent de tenir compte des données comparatives sur les salaires. Par conséquent, les questions de portée générale certifiées par la juge en ce qui a trait à l'interprétation de l'article 87.1 et à la norme de contrôle applicable à l'interprétation implicite de cette disposition par l'agent des visas sont dûment certifiées en vertu de l'alinéa 74d).

[10] À proprement parler, cependant, la deuxième partie de la deuxième question certifiée, qui porte sur la norme de contrôle applicable à l'évaluation d'une demande faite au titre de la CEC par un agent des visas, n'a pas à être tranchée dans le présent appel. La décision de l'agent de refuser la demande de M^{me} Qin a été annulée pour des motifs d'ordre procédural. La question de la norme de contrôle applicable à l'évaluation de la demande ne se posera qu'après que l'affaire aura été réexaminée. Malgré tout, et en raison du fait que les autres questions ont été dûment certifiées, j'ai l'intention de répondre à cette question.

Le contexte factuel

[11] M^{me} Qin est au Canada depuis 2002. Après avoir obtenu un baccalauréat ès arts de l'Université York en 2009, elle s'est vu accorder un permis de résidence temporaire d'une durée de trois ans qui lui permettait de travailler. En 2010, elle a commencé à travailler à temps plein pour un petit cabinet d'avocats de Toronto, K D Associates, où elle exerçait des fonctions d'adjointe administrative et effectuait des travaux de traduction et d'interprétation à l'intention de la clientèle chinoise.

[12] Le sous-alinéa 87.1(2)a(i) du Règlement dispose que, pour être admis comme résident permanent au titre de la CEC, le demandeur doit avoir accumulé au Canada une expérience de travail dans au moins une des professions appartenant au genre de compétence 0 Gestion ou niveaux de compétences A ou B de la matrice de la CNP. Ces professions correspondent à un niveau de compétence relativement élevé, et comprennent celles de traducteur et interprète (code CNP 5125) et de secrétaire juridique (code CNP 1242). La CNP dresse une liste de tâches qui sont associées

[13] K D Associates provided a letter of reference, dated September 20, 2011, in support of Ms. Qin's application for permanent residence in Canada. The letter stated that she was employed by the firm as a legal secretary/translator, described her duties, and stated her hourly wage rate and annual salary.

[14] In October 2011, more than a year after she had started working for K D Associates, Ms. Qin applied for permanent resident status as a member of the CEC. She requested an assessment of her application on the basis that she had been employed full-time for more than 12 months as a legal secretary and translator/interpreter.

[15] The officer was not satisfied that the reference letter's statement of Ms. Qin's work duties adequately matched those contained in NOC Code 1242 (legal secretaries). His search of the HRSDC database of local average and minimum wage rates for legal secretaries, and translators/interpreters (NOC Code 5125) revealed that Ms. Qin's hourly wage and annual salary were below the minimum prevailing local wage rate and annual salary for these occupations.

[16] A letter from Citizenship and Immigration Canada, dated March 12, 2012, advised Ms. Qin that her application had been rejected. The reasons given for the decision were that she had not met the skilled work experience requirement because her salary was not consistent with NOC Codes 5125 or 1242, and the employment duties listed in the letter of reference were not consistent with NOC Code 1242.

Federal Court's Decision

[17] I need only describe the two elements of the Judge's decision that are in contention in this appeal.

aux professions mentionnées, mais elle ne fournit aucun renseignement sur les salaires.

[13] K D Associates a fourni une lettre de recommandation, datée du 20 septembre 2011, à l'appui de la demande de résidence permanente au Canada de M^{me} Qin. La lettre précisait que M^{me} Qin était au service du cabinet en tant que secrétaire juridique et traductrice, décrivait les tâches confiées à M^{me} Qin et indiquait son taux de salaire horaire ainsi que son salaire annuel.

[14] En octobre 2011, soit plus d'un an après avoir commencé à travailler pour K D Associates, M^{me} Qin a présenté une demande de résidence permanente au titre de la CEC. Elle a demandé que l'on évalue sa demande en se basant sur le poste de secrétaire juridique et de traductrice et interprète qu'elle occupait à temps plein depuis plus de 12 mois.

[15] L'agent a jugé que les fonctions exercées par M^{me} Qin, lesquelles étaient décrites dans la lettre de recommandation, ne correspondaient pas suffisamment à celles figurant au code 1242 de la CNP (secrétaires juridiques). Sa recherche sur les salaires minimal et moyen à l'échelle locale pour une secrétaire juridique et pour un traducteur et interprète (code CNP 5125) dans la base de données de RHDCC a révélé que le salaire horaire touché par M^{me} Qin ainsi que son salaire annuel étaient inférieurs aux salaires minimal et moyen en vigueur à l'échelle locale pour ces professions.

[16] Une lettre de Citoyenneté et Immigration Canada du 12 mars 2012 informait M^{me} Qin que sa demande avait été refusée. Les raisons avancées pour justifier la décision étaient que M^{me} Qin ne respectait pas l'exigence relative à l'expérience de travail qualifié, car son salaire n'était pas conforme aux codes 5125 ou 1242 de la CNP, et que les tâches décrites dans la lettre de recommandation ne correspondaient pas non plus au code CNP 1242.

La décision de la Cour fédérale

[17] Je me bornerai à décrire les deux éléments de la décision de la juge qui sont en litige dans le présent appel.

[18] The first is the standard of review applicable to the officer's interpretation of the Regulations. The second is whether a visa officer may compare a CEC applicant's wages with prevailing local wage rates for the occupational categories in which the applicant was assessed as an aid to determining if the applicant has satisfied the Canadian work experience requirement in section 87.1 of the Regulations. This issue has two parts. First, is comparator salary level factually relevant to whether applicants have performed the employment duties of the NOC codes in which they are assessed? Second, if it is, does the visa officer have the legal authority to take it into account?

[19] On the standard of review, the Judge noted that decisions of this Court (*Khan v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FCA 339, [2013] 3 F.C.R. 463 (*Khan*), and *Patel v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FCA 187, [2013] 1 F.C.R. 340 (*Patel*)) had applied the correctness standard to visa officers' interpretations of provisions in the Regulations relating to the work study program and educational requirements.

[20] However, the Judge also stated (at paragraph 10) that the Supreme Court of Canada had interpreted *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), as deciding that reasonableness is the standard of review presumptively applicable to a tribunal's interpretation of its home statute: see, in particular, *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at paragraph 39.

[21] The Judge asked herself (at paragraph 16) whether *Khan* and *Patel* should still be regarded as having "satisfactorily" resolved the applicable standard of review issue in light of the Supreme Court's post-*Dunsmuir* jurisprudence. Without deciding this question, she applied the correctness standard because *Khan* and *Patel* were directly on point: at paragraph 13. Moreover, she added, nothing turned on it because the

[18] Le premier élément est la norme de contrôle applicable à l'interprétation du Règlement par l'agent des visas. Le second élément est de savoir si l'agent des visas peut comparer le salaire d'un demandeur au titre de la CEC et le salaire en usage à l'échelle locale pour les catégories professionnelles visées par la demande afin de déterminer si le demandeur satisfait à l'exigence relative à l'expérience de travail au Canada prévue à l'article 87.1 du Règlement. Cette question se divise en deux parties. Il faut d'abord déterminer s'il est pertinent, sur le plan factuel, de comparer les salaires pour décider si le demandeur a exercé les fonctions associées au code CNP au titre duquel sa demande est évaluée. Dans l'affirmative, il s'agit ensuite de savoir si l'agent des visas a le pouvoir légal de tenir compte de ces renseignements.

[19] S'agissant de la norme de contrôle applicable, la juge a observé que dans les arrêts *Khan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CAF 339, [2013] 3 R.C.F. 463 (*Khan*), et *Patel c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CAF 187, [2013] 1 R.C.F. 340 (*Patel*), la Cour avait appliqué la norme de la décision correcte à l'interprétation donnée par les agents des visas aux dispositions du Règlement portant sur le programme travail-études et les exigences scolaires.

[20] Cependant, la juge a déclaré (au paragraphe 10) que la Cour suprême du Canada avait donné de l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*) une interprétation selon laquelle la norme de la décision raisonnable est la norme de contrôle qui est présumée s'appliquer à l'interprétation de sa loi constitutive par un tribunal : voir, en particulier, *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, au paragraphe 39.

[21] La juge s'est demandée (au paragraphe 16) s'il fallait toujours considérer que les arrêts *Khan* et *Patel* réglaient de façon « satisfaisante » la question de la norme de contrôle applicable, compte tenu de la jurisprudence de la Cour suprême postérieure à l'arrêt *Dunsmuir*. Sans se prononcer sur cette question, elle a appliqué la norme de la décision correcte, parce que les arrêts *Khan* et *Patel* étaient directement pertinents : au

officer's interpretation of the legislation satisfied both standards.

[22] On the substantive issue, the Judge stated that the significant disparity between Ms. Qin's wages and the prevailing local minimum wage for legal secretaries and translators/interpreters was relevant to determining the largely factual question of whether she was in fact performing the duties of these occupations as described in the applicable NOC codes. The Judge also held that the visa officer had the legal authority under the Regulations to take wages into account when deciding if a CEC applicant's employment duties were within the applicable NOC code.

Statutory Framework

[23] I set out below the material provisions of section 87.1 of the Regulations that were in force at the time relevant to this appeal:

Canadian Experience Class

Class **87.1** (1) For the purposes of subsection 12(2) of the Act, the Canadian experience class is prescribed as a class of persons who may become permanent residents on the basis of their experience in Canada and who intend to reside in a province other than the Province of Quebec.

Member of the class (2) A foreign national is a member of the Canadian experience class if

(a) they

(i) have acquired in Canada within the 24 months before the day on which their application for permanent residence is made at least 12 months of full-time work experience, or the equivalent in part-time work experience, in one or more occupations that are listed in Skill Type 0 Management Occupations or Skill Level A or B of the National Occupational Classification matrix, and have acquired that work experience after having obtained.... [Emphasis added.]

paragraphe 13. Qui plus est, a-t-elle ajouté, la question ne prêtait pas à conséquence puisque l'interprétation de l'agent des visas satisfaisait aux deux normes.

[22] Sur la question de fond, la juge a affirmé que l'écart important entre le salaire de M^{me} Qin et le salaire minimal en usage à l'échelle locale pour les secrétaires juridiques et les traducteurs et interprètes était pertinent pour trancher la question principalement factuelle de savoir si M^{me} Qin s'acquittait en fait des tâches associées à ces professions telles qu'elles sont décrites dans les codes de la CNP. La juge a également conclu que le Règlement conférait à l'agent des visas le pouvoir de tenir compte du salaire pour déterminer si les fonctions exercées par un demandeur au titre de la CEC correspondaient au code CNP applicable.

Cadre légal

[23] Je reproduis ci-dessous les dispositions pertinentes de l'article 87.1 du Règlement qui étaient en vigueur à l'époque visée par le présent appel :

Catégorie de l'expérience canadienne

87.1 (1) Pour l'application du paragraphe 12(2) de la Loi, la catégorie de l'expérience canadienne est une catégorie réglementaire de personnes qui peuvent devenir résidents permanents du fait de leur expérience au Canada et qui cherchent à s'établir dans une province autre que le Québec. Catégorie

(2) Fait partie de la catégorie de l'expérience canadienne l'étranger qui satisfait aux exigences suivantes : Qualité

a) l'étranger, selon le cas :

(i) a accumulé au Canada au moins douze mois d'expérience de travail à temps plein ou l'équivalent s'il travaille à temps partiel dans au moins une des professions appartenant aux genre de compétence 0 Gestion ou niveaux de compétences A ou B de la matrice de la Classification nationale des professions au cours des vingt-quatre mois précédant la date de la présentation de sa demande de résidence permanente et, antérieurement à cette expérience de travail, a obtenu au Canada, selon le cas [...] [Non souligné dans l'original.]

Issues and Analysis(i) *Standard of Review*

[24] As I have already noted, the standard of review of the visa officer's assessment of Ms. Qin's application does not strictly arise in this appeal because his decision has been set aside for procedural unfairness. However, since other questions have been properly certified and the issue is not in dispute between the parties, I can deal with it briefly.

[25] A visa officer's refusal of an application for permanent residence on the ground that an applicant's employment was not consistent with an occupation in an NOC code of the required skill level is a question of mixed fact and law at the factual end of the spectrum. Accordingly, it is reviewable on the standard of reasonableness: *Dunsmuir*, at paragraph 53.

[26] Whether comparator wage data are factually relevant to determining if an applicant was employed in the NOC occupation in which she was assessed is a question of fact. Hence, it, too, is reviewable on the reasonableness standard: *Dunsmuir*, at paragraph 53.

[27] The more contentious issue is whether the standard of correctness or reasonableness is applicable to a review of visa officers' interpretations of the Regulations. The question of interpretation at issue is whether section 87.1 of the Regulations permits officers to consult HRSDC prevailing wage data as an aid to determining if a CEC applicant was performing employment duties that correspond to those of the NOC code in which she or he was assessed.

[28] This Court has recently reaffirmed in *obiter dicta* that a visa officer's interpretation of the enabling legislation is reviewable on the correctness standard: *Takeda*

Questions en litige et analysei) *La norme de contrôle*

[24] Comme je l'ai déjà mentionné, la question de la norme de contrôle applicable à l'évaluation de la demande de M^{me} Qin par l'agent des visas ne se pose pas vraiment dans le présent appel, parce que la décision de l'agent a été annulée pour des raisons d'iniquité procédurale. Cependant, puisque d'autres questions ont été dûment certifiées et que la question de la norme n'oppose pas les parties, je me permets de l'aborder brièvement.

[25] La décision d'un agent des visas de refuser une demande de résidence permanente parce que l'emploi du demandeur ne correspond pas à une profession appartenant au niveau de compétence requis de la CNP constitue une question mixte de fait et de droit qui se trouve à l'extrémité factuelle du registre. Elle est donc susceptible de contrôle selon la norme de la décision raisonnable : *Dunsmuir*, au paragraphe 53.

[26] La question de savoir si des données comparatives sur les salaires sont pertinentes quant aux faits pour déterminer si un demandeur occupe la profession de la CNP en fonction de laquelle il est évalué est une question factuelle. Elle est donc également soumise à la norme de contrôle de la décision raisonnable : *Dunsmuir*, au paragraphe 53.

[27] La question plus litigieuse consiste à savoir si c'est la norme de la décision raisonnable ou la norme de la décision correcte qui s'applique au contrôle de l'interprétation du Règlement par un agent des visas. La question d'interprétation soulevée en l'espèce est celle de savoir si l'article 87.1 du Règlement permet aux agents de consulter les données de RHDCC sur les salaires en usage afin de déterminer si un demandeur au titre de la CEC exerçait les fonctions qui correspondent à celles associées au code CNP en fonction duquel il est évalué.

[28] La Cour a récemment réaffirmé dans une opinion incidente que l'interprétation par un agent des visas de la loi habilitante est susceptible de contrôle selon la

Canada Inc. v. Canada (Health), 2013 FCA 13, [2014] 3 F.C.R. 70, at paragraph 116 (*per* Dawson J.A.).

[29] After the Judge rendered her decision in the present proceeding, the Supreme Court of Canada held in *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559 (*Agraira*) that a Minister's implied interpretation of the term "national interest" in IRPA, subsection 34(2) is reviewable on the reasonableness standard. Thus, the Court reasoned, when a Minister's decision made under that provision is challenged on the basis of the legal relevance of the factors taken into account, a reviewing court may only set the decision aside if it can be inferred from those factors that the Minister had proceeded on the basis of an unreasonable interpretation of "national interest".

[30] Had it been available to her, *Agraira* might have strengthened the Judge's doubts as to whether, in a post-*Dunsmuir* world, *Khan* and *Patel* should any longer be regarded as having satisfactorily decided that visa officers' interpretations of the statutory provisions that they administer are reviewable for correctness.

[31] For the reasons that I develop below, section 87.1 of the Regulations clearly authorizes a visa officer to take comparator wage information into account when assessing whether a CEC applicant's employment duties match those described in the relevant NOC code so as to satisfy the Canadian work experience requirement. Since the interpretation of section 87.1 implicit in the visa officer's consideration of the wage information in his assessment of Ms. Qin's visa application is correct it cannot be unreasonable.

[32] Indeed, unreasonableness as a possible standard of review of an administrative interpretation of legislation only arises when the statutory provision in question is ambiguous and "[t]here is no one interpretation which

norme de la décision correcte : *Takeda Canada Inc. c. Canada (Santé)*, 2013 CAF 13, [2014] 3 R.C.F. 70, au paragraphe 116 (la juge Dawson).

[29] Après que la juge eut rendu sa décision dans la présente instance, la Cour suprême du Canada a conclu, dans l'arrêt *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559 (*Agraira*), que l'interprétation implicite par le ministre du terme « intérêt national » tel qu'il apparaît au paragraphe 34(2) de la LIPR était susceptible de contrôle selon la norme de la décision raisonnable. Ainsi, a expliqué la Cour, si la décision prise par le ministre en application de cette disposition est contestée à cause de la pertinence juridique des facteurs pris en considération, la cour de révision ne peut annuler la décision que si elle peut inférer des facteurs en question que le ministre s'est fondé sur une interprétation du terme « intérêt national » qui n'est pas raisonnable.

[30] Si la juge y avait eu accès, l'arrêt *Agraira* aurait pu renforcer ses doutes quant à savoir s'il convient toujours, dans un monde post-*Dunsmuir*, de considérer que les arrêts *Khan* et *Patel* ont établi de façon satisfaisante que l'interprétation par les agents des visas des dispositions légales qu'ils sont tenus d'appliquer est susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte.

[31] Pour les motifs exposés ci-dessous, l'article 87.1 du Règlement autorise clairement l'agent des visas à tenir compte de données comparatives sur les salaires lorsqu'il décide si les tâches confiées à un demandeur au titre de la CEC correspondent à celles que l'on décrit au code CNP pertinent et si le demandeur satisfait ainsi à l'exigence relative à l'expérience de travail au Canada. L'interprétation implicite que l'agent des visas a faite de l'article 87.1 en tenant compte des renseignements sur les salaires lors de son évaluation de la demande de visa de M^{me} Qin est correcte, et elle ne saurait donc être déraisonnable.

[32] En fait, la norme de contrôle du caractère déraisonnable ne peut s'appliquer à l'égard d'une interprétation administrative de la loi que si la disposition légale en question est ambiguë et qu'« il n'y a pas

can be said to be ‘right’”: *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227, at page 237.

[33] Hence, if a reviewing court concludes that one interpretation is “right”, after conducting a textual, contextual, and purposive interpretative analysis of the legislation, and giving careful and respectful consideration to the tribunal’s reasons, correctness is the standard of review. In these circumstances, if a tribunal has interpreted the statute in some other way, the court may intervene to ensure administrative compliance with the legislature’s clearly expressed intention. The rule of law requires nothing less.

[34] Although not necessary to determine the standard of review in this case because section 87.1 is not ambiguous, I would also note that deference is only due to administrative decision makers on questions within their statutory power to decide. Adjudicative tribunals, such as labour relations boards, human rights tribunals, and professional disciplinary bodies, normally have express or implied statutory authority to decide any questions of law or fact necessary to dispose of a matter properly before them.

[35] However, not all those entrusted with the exercise of statutory power necessarily have the delegated power to decide questions of law, including the interpretation of their enabling statute. Of course, from time to time all statutory delegates may have to form an opinion on whether the law permits them to take some particular administrative action, including enacting subordinate legislation. But this is not the same as a statutory power to decide definitively the meaning of a provision in an enabling statute, subject only to judicial review on the presumptive standard of reasonableness.

une interprétation unique dont on puisse dire qu’elle soit la “bonne” » : *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, à la page 237.

[33] Partant, si la cour de révision arrive à la conclusion qu’il existe une « bonne » interprétation, après avoir procédé à une analyse textuelle, contextuelle et téléologique de la loi, et après avoir pris en considération, attentivement et respectueusement, les motifs du tribunal, la norme de contrôle applicable sera celle de la décision correcte. Cela étant, si le tribunal a interprété la loi d’une autre façon, la cour pourra intervenir pour assurer le respect de l’intention clairement exprimée par le législateur. La primauté du droit n’exige rien de moins.

[34] Bien qu’il ne soit pas nécessaire de nous prononcer sur la norme de contrôle applicable en l’espèce parce que l’article 87.1 n’est pas ambigu, j’aimerais quand même mentionner qu’il n’y a lieu de faire preuve de déférence à l’égard des décideurs administratifs qu’en ce qui touche les questions qui relèvent de leur compétence. Les tribunaux administratifs, tels que les commissions des relations de travail, les tribunaux des droits de la personne et les organismes professionnels disciplinaires, disposent en règle générale du pouvoir exprès ou implicite, conféré par la loi, de trancher toute question de droit ou de fait nécessaire pour statuer sur l’affaire dont ils sont saisis.

[35] Ce ne sont toutefois pas tous les tribunaux à qui la loi confère des pouvoirs qui se sont vu déléguer le pouvoir de trancher des questions de droit, y compris celui d’interpréter leur loi habilitante. Certes, tous les tribunaux à qui la loi confère des pouvoirs doivent de temps à autre décider si la loi leur permet de prendre certaines mesures administratives, notamment de mettre en place des mesures légales subordonnées. Il est par contre impossible d’assimiler un tel pouvoir au pouvoir de décider de façon définitive du sens d’une disposition figurant dans une loi habilitante, dont l’exercice n’est assujéti qu’au contrôle judiciaire selon la norme de la décision raisonnable qui est présumée s’appliquer.

[36] Whether the delegated statutory powers of any given public official or body include the power to decide question of law, including the interpretation of their enabling legislation, may be determined by reference to the factors identified in *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504, at paragraph 48; and see *Covarrubias v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 365, [2007] 3 F.C.R. 169 (*Covarrubias*), at paragraphs 47–56; *Shpati v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2011 FCA 286, [2012] 2 F.C.R. 133 (*Shpati*), at paragraph 27; *David Suzuki Foundation v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2012 FCA 40, [2013] 4 F.C.R. 156, at paragraph 99.

[37] These factors include the terms of the delegate's statutory mandate, the delegate's relationship with other decision makers in the statutory scheme, practicality, capacity, and procedure. On this basis, it must be inferred from the reasoning in *Agraira* that the Court was of the view that the Minister had the delegated power to interpret the term "national interest" in IRPA, subsection 34(2).

[38] Because I have already decided for other reasons that correctness is the applicable standard of review in this case, it is not necessary for the disposition of this appeal to decide if post-*Dunsmuir* jurisprudence, including *Agraira*, requires this Court to revisit its decisions holding that immigration officials are not entitled to curial deference on issues of statutory interpretation: see, for example, *Khan and Patel* (visa officers); *Shpati* (enforcement officers); and *Covarrubias* (pre-removal risk assessment officers).

(ii) *May Wage Rate Data be Considered in the Determination of a CEC Application?*

(a) Factual Relevance

[36] Pour répondre à la question de savoir si les pouvoirs légaux délégués dont dispose un fonctionnaire ou un organisme donné comprennent celui de trancher des questions de droit, y compris celui d'interpréter sa loi habilitante, on peut se reporter aux facteurs établis dans l'arrêt *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504, au paragraphe 48; voir également *Covarrubias c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CAF 365, [2007] 3 R.C.F. 169 (*Covarrubias*), aux paragraphes 47 à 56; *Shpati c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2011 CAF 286, [2012] 2 R.C.F. 133 (*Shpati*), au paragraphe 27; *Fondation David Suzuki c. Canada (Pêches et Océans)*, 2012 CAF 40, [2013] 4 R.C.F. 156, au paragraphe 99.

[37] Les facteurs en question comprennent les tâches que confie la loi au délégué, l'interaction entre le délégué et les autres décideurs du régime légal, certaines considérations pratiques, la capacité et la procédure. À partir de ces facteurs, il faut déduire du raisonnement suivi dans l'arrêt *Agraira* que la Cour était d'avis que le ministre jouissait du pouvoir délégué d'interpréter l'expression « intérêt national » au paragraphe 34(2) de la LIPR.

[38] Puisque j'ai décidé, pour d'autres motifs, que la norme de la décision correcte est la norme de contrôle qui s'applique en l'espèce, il n'est pas nécessaire pour trancher le présent appel de déterminer si la jurisprudence postérieure à l'arrêt *Dunsmuir*, y compris l'arrêt *Agraira*, impose à la Cour de revoir les décisions où elle a conclu qu'il n'y a pas lieu de faire preuve de retenue à l'égard des décisions des responsables de l'immigration sur les questions d'interprétation de la loi : voir, par exemple, *Khan et Patel* (agents des visas); *Shpati* (agents d'exécution); et *Covarrubias* (agents d'examen des risques avant renvoi).

ii) *Les données sur les taux de salaire peuvent-elles être prises en considération lors de l'examen d'une demande au titre de la CEC?*

a) La pertinence quant aux faits

[39] As I have already indicated, whether an applicant is performing the employment tasks listed in an NOC code is largely a question of fact. Whether evidence is relevant to determining what duties the applicant was performing and, if it is, how much weight should be given to it, are also factual questions. Hence, reasonableness is the standard of review applicable to these aspects of a visa officer's rejection of a CEC application.

[40] I agree with the Judge that it was not clear from Ms Qin's reference letter that her employment duties fell within the applicable NOC codes. Accordingly, it was reasonable for the visa officer to consult the extensive prevailing minimum and average wage data for these occupations compiled by HRSDC and available on its website. Wages generally increase with the complexity of a job. Wage rates may be particularly relevant in assessing a CEC application because the program is limited to those with higher skill levels.

[41] It is not a statutory criterion that an applicant for permanent residence as a member of the CEC must be paid wages that are consistent with prevailing wage rates for the occupation in which the application was assessed. Hence, it will be open to Ms. Qin in her representations to show why, in her particular situation, the officer should attach little probative value, if any, to her wages and to the HRSDC wage data when determining whether her employment duties satisfy the Canadian work experience requirement.

(b) The Legal Issue

[42] Having found that it was reasonable for the visa officer to compare Ms. Qin's hourly wage rate and annual salary with the HRSDC data as an indicator of whether she was engaged in the NOC occupations in which she was assessed, I now consider if the Regulations preclude the officer from undertaking this comparison. I share the Judge's view that they do not.

[39] Comme je l'ai déjà indiqué, la question de savoir si un demandeur effectue les tâches correspondant à un code CNP est principalement une question de fait. Quant à savoir si un élément de preuve est pertinent pour déterminer en quoi consistent les fonctions du demandeur et, le cas échéant, quel poids accorder à cet élément, il s'agit encore là de questions de fait. Ainsi, la norme de la décision raisonnable est donc la norme de contrôle qui s'applique à ces aspects de la décision par un agent des visas de refuser une demande au titre de la CEC.

[40] Je conviens avec la juge que la lettre de recommandation ne permettait pas d'établir clairement que les tâches professionnelles confiées à M^{me} Qin correspondaient aux codes CNP applicables. De ce fait, il était raisonnable pour l'agent des visas de consulter les données exhaustives sur les salaires minimal et moyen en usage pour ces professions compilées par RHDCC et accessibles à partir du site Web de RHDCC. Règle générale, le salaire augmente en fonction de la complexité du travail. Les taux de salaire peuvent être particulièrement utiles pour évaluer une demande au titre de la CEC, car ce programme est uniquement destiné aux personnes dont le niveau de compétence est plus élevé.

[41] Il n'est pas nécessaire selon la loi qu'un demandeur du statut de résident permanent au titre de la CEC touche un salaire qui soit conforme aux taux en usage pour la profession visée par la demande. M^{me} Qin pourra donc, dans ses observations, démontrer pourquoi, dans son cas en particulier, l'agent devrait n'accorder que peu de valeur probante, voire aucune, à son salaire et aux données de RHDCC sur les salaires pour déterminer si les fonctions qu'elle exerçait satisfont à l'exigence en matière d'expérience de travail au Canada.

b) La question juridique

[42] Étant arrivé à la conclusion qu'il était raisonnable pour l'agent des visas de comparer le taux horaire et le salaire annuel de M^{me} Qin aux données de RHDCC afin de déterminer si M^{me} Qin exerçait les fonctions pour lesquelles elle était évaluée, je vais maintenant examiner si le Règlement interdit à l'agent d'effectuer une telle comparaison. Je partage l'avis de la juge, à savoir que ce n'est pas le cas.

[43] Express statutory authority is not required to enable administrative decision makers to consider evidence that has probative value to determining a question entrusted to them. It is normally implicit in the grant of legal authority to decide a question of fact that the decision maker may take into account evidence relevant to making that decision.

[44] The text of section 87.1 of the Regulations is silent on the evidence that visa officers may take into account when deciding a CEC application. Hence, considered alone, it does not rebut the presumption that they have the implied power to consider any evidence relevant to determining whether an applicant meets the skilled work experience requirement.

[45] However, Ms. Qin argues that to permit visa officers to take wage information into account when assessing a CEC application would be inconsistent with the statutory scheme. She points to provisions in the Regulations governing the issuance of temporary work permits (TWP), and permanent resident visas to members of the federal skilled worker (FSW) class.

[46] The provisions of the Regulations governing the FSW and TWP programs expressly direct visa officers to approve an offer of employment on the basis of an opinion of an HRSDC officer that, among other things, the wages offered to the applicant by a prospective employer are consistent with prevailing wage rates for the occupation in question: see Regulations, clause 82(2)(c)(ii)(C) (federal skilled workers) and paragraph 203(3)(d) (temporary work permits). Ms. Qin makes two arguments based on these provisions.

[47] First, when Parliament intends comparator wage data to be taken into account in assessing an employment-based application to reside in Canada, it does so expressly. The absence of any such provision in section 87.1, or in the policy manuals, indicates that wages are not a criterion for assessing the work experience of

[43] Il n'est pas nécessaire qu'un pouvoir soit conféré par la loi de façon expresse pour qu'un décideur administratif puisse prendre en considération un élément de preuve pertinent à l'égard d'une question sur laquelle il a compétence. Lorsque la loi confère à un décideur le pouvoir de trancher une question de fait, il est normalement implicite que ce décideur peut tenir compte de tout élément de preuve pertinent pour cette décision.

[44] L'article 87.1 du Règlement est muet sur la question des éléments de preuve que l'agent des visas peut prendre en considération pour se prononcer sur une demande au titre de la CEC. Il ne permet donc pas, à lui seul, de réfuter la présomption selon laquelle l'agent dispose implicitement du pouvoir de prendre en considération tout élément de preuve pertinent pour décider si un demandeur satisfait à l'exigence relative à l'expérience de travail qualifié.

[45] M^{me} Qin soutient toutefois que de permettre à un agent des visas de tenir compte des données sur les salaires lors de l'évaluation d'une demande au titre de la CEC serait incompatible avec l'économie de la loi. Elle renvoie aux dispositions du Règlement qui régissent la délivrance des permis de travail temporaires et des visas de résident permanent au titre de la catégorie des travailleurs qualifiés (fédéral).

[46] Les dispositions du Règlement portant sur les programmes relatifs aux travailleurs qualifiés (fédéral) et aux permis de travail temporaires prévoient expressément que l'approbation par un agent des visas d'une offre d'emploi doit reposer sur l'opinion d'un agent de RHDC selon laquelle, entre autres choses, le salaire offert au demandeur par un employeur éventuel est conforme au taux de salaire en usage pour la profession en question : voir la division 82(2)(c)(ii)(C) (travailleurs qualifiés) et l'alinéa 203(3)(d) (permis de travail temporaires) du Règlement. M^{me} Qin soulève deux arguments fondés sur ces dispositions.

[47] En premier lieu, elle soutient que lorsque le législateur veut que des données comparatives sur les salaires soient prises en considération pour évaluer une demande de résidence au Canada fondée sur l'emploi, il le fait de façon expresse. L'absence d'une telle disposition à l'article 87.1 et dans les manuels de politiques

an applicant for a permanent residence visa as a member of the CEC.

[48] I disagree. Under the FSW and TWP programs an opinion is required on the impact on the labour market of granting a visa or work permit. Determining whether an applicant's wages are consistent with those prevailing in the relevant occupation is one of the statutory components of a labour market opinion. In contrast, it is not a statutory condition to the grant of a visa under the CEC program that an applicant's wages must be consistent with the prevailing local wage rates for the occupation in which the applicant is being assessed. Wages are simply one of the many considerations that may be relevant to determining whether a CEC applicant satisfies the prescribed work experience requirement.

[49] In my view, the visa officer did not treat Ms. Qin's low salary as a disqualification in itself, because he also found that the description of her duties in the letter of reference was not consistent with NOC Code 1242: see also paragraph 25 of the affidavit of the visa officer in appeal book, at page 171.

[50] On the other hand, if there is satisfactory evidence from an employer that a CEC applicant has the required Canadian work experience, she may be granted a visa even though her wages are below the prevailing wage rates. Indeed, when other evidence is available, the officer may be satisfied that an applicant meets the work experience requirement without having to consider comparator wage information at all. Much depends on the particular facts of an application.

signifierait donc que le salaire ne saurait constituer un critère permettant d'évaluer l'expérience de travail d'un demandeur de visa de résidence permanente au titre de la CEC.

[48] Je ne suis pas d'accord. Dans le cas des programmes régissant les permis de travail temporaires et la catégorie des travailleurs qualifiés (fédéral), il est nécessaire d'obtenir un avis concernant l'incidence sur le marché du travail de la décision d'accorder un visa ou un permis de travail. La question de savoir si le salaire d'un demandeur correspond aux salaires en usage pour la profession en question est l'un des éléments dont doit tenir compte l'avis relatif au marché du travail. En revanche, la loi n'assujettit pas l'octroi d'un visa au titre du programme de la CEC à la condition que le salaire du demandeur soit conforme aux salaires en usage à l'échelle locale pour la profession qui fait l'objet de l'évaluation. Le salaire ne constitue que l'un des nombreux éléments dont on peut tenir compte en vue de déterminer si un demandeur au titre de la CEC respecte l'exigence réglementaire de l'expérience de travail.

[49] Selon moi, l'agent des visas n'a pas vu le faible salaire de M^{me} Qin comme un élément permettant à lui seul de rejeter la demande, étant donné qu'il a aussi conclu que, dans la lettre de recommandation, la description des fonctions exercées par M^{me} Qin ne correspondait pas au code 1242 de la CNP : voir également le paragraphe 25 de l'affidavit de l'agent des visas, à la page 171 du dossier d'appel.

[50] En revanche, si un employeur fournit des éléments de preuve permettant de conclure qu'un demandeur au titre de la CEC a accumulé au Canada l'expérience de travail requise, ce demandeur pourra obtenir un visa même si son salaire est inférieur aux taux de salaire en usage. En fait, si d'autres éléments de preuve sont disponibles, l'agent pourra conclure qu'un demandeur satisfait aux exigences en matière d'expérience de travail sans devoir tenir compte des renseignements comparatifs portant sur la rémunération. Tout dépendra des faits propres à la demande.

[51] I would not expect the Regulations to attempt to identify the different kinds of evidence that a visa officer may consider in determining if a CEC applicant's work experience falls within a particular NOC code. However, the requirement in the CEC application process for an employer to provide an applicant's wage information may be some indication that wages are relevant to a determination of whether an applicant has satisfied the Canadian work requirement.

[52] Ms. Qin's second argument based on the FSW and TWP programs is that it would unduly complicate and confuse the administration of the CEC program if visa officers could take wages into account in assessing an application.

[53] She noted that under the FSW and TWP programs HRSDC officers, not visa officers, give a labour market opinion based on, among other things, whether the individual's wages are consistent with prevailing rates. This is because assessing labour market impact is within the expertise of HRSDC officers. Consequently, she argues, section 87.1 should not be interpreted as authorizing visa officers to make a similar determination with respect to CEC applications because they lack the necessary expertise.

[54] I am not persuaded that permitting visa officers merely to take wage data into account when assessing a CEC applicant's work experience would so disrupt the fair and effective administration of the program as to warrant reading into the Regulations a limit on the power of visa officers to take relevant evidence into account.

[51] Je ne m'attends pas à ce que le Règlement décrive les différents types d'éléments de preuve dont un agent des visas peut tenir compte pour déterminer si l'expérience de travail d'un demandeur au titre de la CEC correspond à un code de la CNP en particulier. Toutefois, le fait que le processus de demande au titre de la CEC impose à l'employeur l'obligation de fournir des renseignements sur la rémunération d'un demandeur porte à croire que la rémunération est utile pour déterminer si le demandeur satisfait à l'exigence relative à l'expérience de travail au Canada.

[52] Comme second argument fondé sur les programmes qui régissent la catégorie des travailleurs qualifiés (fédéral) et les permis de travail temporaires, M^{me} Qin soutient que si l'agent des visas pouvait tenir compte du salaire lors de l'évaluation d'une demande, cela aurait pour effet de compliquer indûment l'administration du programme de la CEC.

[53] M^{me} Qin fait remarquer qu'en vertu des programmes qui régissent la catégorie des travailleurs qualifiés (fédéral) et les permis de travail temporaires, ce sont les fonctionnaires de RHDCC, et non les agents des visas, qui doivent fournir un avis relatif au marché du travail qui tient compte, entre autres, du fait que le salaire du demandeur correspond ou non aux taux de salaire en usage. Cela s'explique par le fait que l'évaluation de l'incidence sur le marché du travail relève de l'expertise des fonctionnaires de RHDCC. En conséquence, fait-elle valoir, l'article 87.1 ne devrait pas être interprété comme autorisant les agents des visas à effectuer une analyse semblable en ce qui a trait aux demandes au titre de la CEC, étant donné qu'ils n'ont pas l'expertise requise.

[54] Je ne suis pas convaincu que le simple fait de permettre aux agents des visas de tenir compte des données sur le salaire lors de l'évaluation de l'expérience professionnelle d'un demandeur au titre de la CEC pourrait perturber l'administration équitable et efficace du programme à un point qui rendrait nécessaire d'interpréter le Règlement comme s'il limitait le pouvoir de l'agent des visas de tenir compte d'éléments de preuve pertinents.

[55] Considering comparator wage rates as one indication of whether a CEC applicant's employment duties are consistent with those described in the relevant NOC code is not so complex a task that a visa officer could not perform it, especially with the benefit of applicants' representations. Permitting a visa officer to take account of wage information for this limited purpose is not the equivalent of authorizing a visa officer to prepare a labour market opinion such as that required in connection with FSW and TWP applications.

[56] There is nothing in the record before us to suggest that the use of wage data as an indicator of whether a CEC applicant has the requisite Canadian work experience has caused administrative problems. In any event, visa officers do not work in a vacuum; advice from more experienced colleagues may be available to them if it is required.

Conclusions

[57] For these reasons, I would dismiss the appeal and answer the certified questions as follows:

Question 1: Is it permissible for a visa officer to consider comparator salary data when assessing the nature of the work experience of an applicant who wishes to qualify as a member of the Canadian Experience Class, as described in section 87.1 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227?

Answer: Yes

Question 2: What standard of review is applicable to a visa officer's interpretation of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 and to the officer's assessment of an application under the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227?

[55] Procéder à un examen comparatif des taux de salaire en tant que l'un des éléments permettant de déterminer si les fonctions du demandeur correspondent à celles décrites au code de la CNP n'est pas une tâche si complexe qu'un agent des visas ne pourrait l'effectuer, surtout s'il bénéficie des observations du demandeur. Permettre à un agent des visas de prendre en compte les données relatives au salaire à des fins si limitées n'équivaut pas à l'autoriser à préparer l'avis relatif au marché du travail requis lors des demandes relatives à la catégorie des travailleurs qualifiés (fédéral) et aux permis de travail temporaires.

[56] Rien au dossier qui nous a été présenté ne laisse croire que l'utilisation de données relatives au salaire comme indicateur permettant de déterminer si un demandeur au titre de la CEC possède l'expérience de travail exigée ait causé des problèmes administratifs. Quoi qu'il en soit, les agents des visas ne travaillent pas en vase clos; ils peuvent, au besoin, obtenir des conseils auprès de collègues chevronnés.

Conclusions

[57] Pour ces motifs, je rejeterais l'appel et je répondrais comme suit aux questions certifiées :

Question 1 : Est-il acceptable ou raisonnable qu'un agent des visas examine les données comparatives de RHDCC sur les salaires pour évaluer la nature de l'expérience professionnelle d'un demandeur qui veut être admis au titre de la catégorie de l'expérience canadienne, au sens de l'article 87.1 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227?

Réponse : Oui

Question 2 : Quelle est la norme de contrôle applicable à l'interprétation par un agent des visas du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, et à son évaluation d'une demande fondée sur ce règlement?

Answer: Correctness is the applicable standard in this case for reviewing the visa officer's interpretation of section 87.1 of the Regulations, and reasonableness is the standard of review of a visa officer's findings of fact and application of section 87.1 to the facts of a CEC application.

Réponse : La norme de la décision correcte est la norme de contrôle qui s'applique en l'espèce à l'interprétation par un agent des visas de l'article 87.1 du Règlement, et la norme de la décision raisonnable est la norme de contrôle qui s'applique aux conclusions de fait tirées par un agent des visas et à l'application de l'article 87.1 du Règlement aux faits sur lesquels repose une demande au titre de la CEC.

GAUTHIER J.A.: I agree.

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

NEAR J.A.: I agree.

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

A-272-13
2014 FCA 113

A-272-13
2014 CAF 113

Jeyakannan Kanthasamy (*Appellant*)

Jeyakannan Kanthasamy (*appelant*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

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

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

RÉPERTORIÉ : KANTHASAMY c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)

Federal Court of Appeal, Blais C.J., Sharlow and Stratas J.J.A.—Toronto, November 4, 2013; Ottawa, May 2, 2014.

Cour d'appel fédérale, juge en chef Blais et juges Sharlow et Stratas, J.C.A.—Toronto, 4 novembre 2013; Ottawa, 2 mai 2014.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent Residents — Appeal from Federal Court decision dismissing judicial review of respondent's denial of appellant's application for humanitarian and compassionate relief under Immigration and Refugee Protection Act, s. 25(1) — Appellant, Sri Lankan Tamil, failed refugee claimant whose application under s. 25 also rejected — Officer rendering decision interpreting s. 25 as requiring appellant to show he would personally, directly suffer unusual, undeserved, or disproportionate hardship if returned to Sri Lanka — Federal Court confirming decision, certifying question as to nature of risk, if any, to be assessed with respect to humanitarian, compassionate considerations pursuant to Act, s. 25 — What is proper interpretation of Act, ss. 25, 25(1.3)? — Was outcome reached by officer on record of evidence submitted thereto reasonable? — Act, s. 25(1) requiring proof that applicant will personally suffer unusual, undeserved or disproportionate hardship — S. 25(1.3) warning that humanitarian, compassionate relief process must not duplicate processes under Act, ss. 96, 97 — Officer under s. 25 is to look at facts relating to hardship, not factors relating to risk — Factors under ss. 96, 97 may not be considered under s. 25(1) by virtue of s. 25(1.3) but facts underlying those factors may nevertheless be relevant insofar as relating to whether applicant directly, personally experiencing unusual, undeserved or disproportionate hardship — Officer herein reaching defensible, acceptable decision on facts before her — Officer's decision not irrational, arbitrary — Appeal dismissed.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Appel d'une décision de la Cour fédérale de rejeter une demande de contrôle judiciaire visant la décision de l'intimé de rejeter la demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire présentée par l'appellant en vertu de l'art. 25(1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — L'appellant, un Tamoul du Sri Lanka, est un demandeur d'asile débouté dont la demande présentée au titre de l'art. 25 a également été rejetée — L'agente qui a rendu la décision a interprété l'art. 25 comme obligeant l'appellant à démontrer qu'il serait exposé personnellement et directement à des difficultés inhabituelles et injustifiées ou excessives s'il devait retourner au Sri Lanka — La Cour fédérale a confirmé la décision et a certifié la question de savoir quelle est la nature du risque, s'il en est, qui doit être examiné au titre des considérations d'ordre humanitaire visées à l'art. 25 de la Loi — Il s'agissait de savoir quelle était l'interprétation appropriée des art. 25 et 25(1.3) de la Loi — Il s'agissait également de savoir si la décision prise par l'agente selon le dossier de la preuve qui lui était présenté était raisonnable — L'art. 25(1) exige une preuve que le demandeur sera personnellement exposé à des difficultés inhabituelles et injustifiées ou excessives — L'art. 25(1.3) précise que le processus d'examen des motifs d'ordre humanitaire ne doit pas reproduire les processus prévus aux art. 96 et 97 de la Loi — Selon l'art. 25, l'agent d'immigration doit examiner les faits en fonction des difficultés et non pas les facteurs se rapportant aux risques — Les facteurs prévus aux art. 96 et 97 pourraient ne pas être pris en compte au titre de l'art. 25(1), aux termes de l'art. 25(1.3), mais les faits sur lesquels ces facteurs sont fondés pourraient néanmoins être pertinents dans la mesure où ils se rapportent à la question de savoir si le demandeur éprouverait directement ou personnellement des difficultés inhabituelles, injustifiées ou excessives — En l'espèce, l'agente a pris une décision acceptable et pouvant se justifier

This was an appeal from a decision of the Federal Court dismissing an application for judicial review of the respondent's denial of the appellant's application for humanitarian and compassionate relief under subsection 25(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*.

The appellant, a 17-year-old Tamil from the northern region of Sri Lanka, arrived in Canada in 2010 and claimed refugee protection. That claim was denied on the basis that the Sri Lankan authorities had taken measures to improve the situation of Tamils and that the appellant would not be at risk upon his return to Sri Lanka. The appellant's humanitarian and compassionate grounds application under section 25 of the Act was also rejected. The officer rendering that decision interpreted subsection 25(1) as requiring the appellant to show that, if he were required to return to Sri Lanka to apply for permanent residence, he would personally and directly suffer hardship that was unusual and undeserved, or disproportionate. The Federal Court found that decision to be reasonable and interpreted subsection 25(1.3) as requiring that the officer consider all possible hardships that the applicant will personally, directly and negatively encounter, regardless of whether that evidence was previously considered in the refugee determination process. A question was certified as to the nature of risk, if any, to be assessed with respect to humanitarian and compassionate considerations under section 25 of the Act.

At issue was the proper interpretation of section 25 and, in particular, recently-added subsection 25(1.3). This subsection provides that, in considering a subsection 25(1) request, the respondent "may not consider the factors that are taken into account in the determination of whether a person is a Convention refugee under section 96 or a person in need of protection under subsection 97(1) but must consider elements related to the hardships that affect the foreign national." Finally, was the outcome reached by the officer on the record of evidence before her reasonable?

Held, the appeal should be dismissed.

Subsection 25(1) requires proof that the applicant will personally suffer unusual and undeserved, or disproportionate hardship. This standard expresses in a concise way the sort of exceptional considerations that would warrant the granting of such relief within the scheme of the Act and requires that applicants show a link between the evidence of hardship and their individual situations. Subsection 25(1.3) emphasizes that

au regard des faits qui lui ont été présentés — Sa décision n'était pas irrationnelle ni arbitraire — Appel rejeté.

Il s'agissait d'un appel d'une décision de la Cour fédérale de rejeter une demande de contrôle judiciaire visant la décision de l'intimé de rejeter la demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire présentée par l'appellant en vertu du paragraphe 25(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*.

L'appellant, un Tamoul de 17 ans originaire du Nord du Sri Lanka, est arrivé au Canada en 2010 et a présenté une demande d'asile. Cette demande a été refusée au motif que les autorités sri-lankaises avaient pris des mesures pour améliorer la situation des Tamouls et que l'appellant ne serait pas exposé à un risque à son retour au Sri Lanka. La demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire que l'appellant a présentée en vertu de l'article 25 de la Loi a également été rejetée. L'agente qui a rendu la décision a interprété le paragraphe 25(1) comme obligeant l'appellant à démontrer que le fait de devoir retourner au Sri Lanka pour présenter une demande de résidence permanente l'exposerait personnellement et directement à des difficultés inhabituelles et injustifiées ou excessives. La Cour fédérale a jugé que cette décision était raisonnable et a interprété le paragraphe 25(1.3) comme obligeant l'agente à tenir compte de toutes les difficultés possibles auxquelles le demandeur serait personnellement et directement exposé, peu importe si cet élément de preuve a déjà été pris en compte dans le cadre du processus de détermination de la qualité de réfugié. La question de savoir quelle est la nature du risque, s'il en est, qui doit être examiné au titre des considérations d'ordre humanitaire visées à l'article 25 de la Loi a été certifiée.

La question en litige visait l'interprétation appropriée de l'article 25, et plus particulièrement du récent paragraphe 25(1.3). Ce paragraphe prévoit que dans l'étude de la demande faite au titre du paragraphe 25(1), l'intimé « ne tient compte d'aucun des facteurs servant à établir la qualité de réfugié — au sens de la Convention — aux termes de l'article 96 ou de personne à protéger au titre du paragraphe 97(1); il tient compte, toutefois, des difficultés auxquelles l'étranger fait face ». Enfin, il s'agissait également de savoir si la décision prise par l'agente dans le dossier de la preuve qui lui a été présenté était raisonnable.

Arrêt : l'appel doit être rejeté.

Le paragraphe 25(1) exige une preuve que le demandeur sera personnellement exposé à des difficultés inhabituelles et injustifiées ou excessives. Cette norme exprime de manière concise le type de considérations exceptionnelles qui justifient la prise de mesures spéciales sous le régime de la Loi et exige que les demandeurs établissent un lien entre la preuve de l'existence de difficultés et leur situation personnelle. Le

the examination under section 25 involves “elements related to the hardships that affect the foreign national.” It is not meant to change the overall standard of subsection 25(1). Rather, on its express words, subsection 25(1.3) warns that the humanitarian and compassionate relief process is not to duplicate the processes under sections 96 and 97 of the Act. But this is not to say that the facts that were adduced in proceedings under sections 96 and 97 of the Act are irrelevant to a humanitarian and compassionate relief application. These facts may form part of a constellation of facts that give rise to humanitarian and compassionate grounds warranting relief under subsection 25(1). The role of the officer under section 25 is to look at facts relating to hardship, not factors relating to risk. Matters such as well-founded fear of persecution, risk to life, and risk of cruel and unusual treatment or punishment—factors under sections 96 and 97—may not be considered under subsection 25(1) by virtue of subsection 25(1.3) but the facts underlying those factors may nevertheless be relevant insofar as they relate to whether the applicant is directly and personally experiencing unusual and undeserved, or disproportionate hardship. Included within the broader exercise in considering such hardship is consideration of “adverse country conditions that have a direct negative impact on the applicant.”

In the present instance, the officer reached a decision that was defensible and acceptable on the facts before her. She charged herself correctly on the law and went on to consider a variety of evidence placed before her. Under reasonableness review, the Court’s quest is limited to finding irrationality or arbitrariness of the sort that implicates its rule of law jurisdiction, such as a complete failure to engage in the fact-finding process, a failure to follow a clear statutory requirement when finding facts, the presence of illogic or irrationality in the fact-finding process, or the making of factual findings without any acceptable basis whatsoever. The officer’s decision did not suffer from any of these flaws. It was reasonable.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Balanced Refugee Reform Act*, S.C. 2010, c. 8, s. 4.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 3, 11(1), 25, 72(1), 74(d), 96, 97.

paragraphe 25(1.3) souligne que l’étude au titre de l’article 25 tient compte des « éléments liés aux difficultés auxquelles l’étranger fait face ». Elle ne vise pas à modifier la norme générale du paragraphe 25(1). Le paragraphe 25(1.3) précise plutôt expressément que le processus de révision pour des motifs d’ordre humanitaire ne doit pas reproduire les processus exécutés au titre des articles 96 et 97 de la Loi. Cela ne signifie pas que les faits qui ont été présentés dans le cadre des procédures relatives aux articles 96 et 97 de la Loi ne sont pas pertinents dans le cadre d’une demande de mesures spéciales pour des motifs d’ordre humanitaire. Ces faits font partie d’un ensemble de faits qui donne lieu à des motifs d’ordre humanitaire justifiant la prise de mesures spéciales en vertu du paragraphe 25(1). Le rôle de l’agente en vertu de l’article 25 est d’examiner les faits en fonction des difficultés et non pas les facteurs se rapportant aux risques. Des facteurs comme la crainte fondée de persécution, la menace à la vie et le risque de traitement ou de peines cruels et inusités — des facteurs prévus aux articles 96 et 97 — pourraient ne pas être pris en compte au titre du paragraphe 25(1), aux termes du paragraphe 25(1.3), mais les faits sur lesquels ces facteurs sont fondés pourraient néanmoins être pertinents dans la mesure où ils se rapportent à la question de savoir si le demandeur éprouverait directement ou personnellement des difficultés inhabituelles, injustifiées ou excessives. Cet exercice plus général d’examen des difficultés en question comprend la prise en compte « des conditions défavorables dans le pays qui ont une incidence néfaste directe sur le demandeur ».

Dans la présente affaire, l’agente a pris une décision acceptable et pouvant se justifier au regard des faits qui lui ont été présentés. L’agente s’est instruite correctement sur le droit applicable et a tenu compte des divers éléments de preuve qui lui ont été présentés. Dans le cadre de l’examen du caractère raisonnable, le mandat de la Cour se limite à cerner les décisions irrationnelles et arbitraires qui font intervenir sa compétence fondée sur la primauté du droit, comme le défaut de participer à la procédure de recherche des faits, le défaut de respecter une exigence claire de la loi lors de la recherche de faits, la présence d’illogisme et d’irrationalité dans cette procédure ou le fait de tirer des conclusions de fait sans aucun fondement acceptable. La décision de l’agente n’était entachée d’aucun de ces défauts. Elle était donc raisonnable.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7.
Loi sur des mesures de réforme équitables concernant les réfugiés, L.C. 2010, ch. 8, art. 4.
Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 3, 11(1), 25, 72(1), 74(d), 96, 97.

CASES CITED

NOT FOLLOWED:

Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness), 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *Yhap v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 1 F.C. 722, (1990), 34 F.T.R. 26 (T.D.); *Chirwa, Lancelot* (1970), 4 I.A.C. 338 (I.A.B.).

APPLIED:

Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; *Lim v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCT 956; *Caliskan v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 1190, [2014] 2 F.C.R. 111.

CONSIDERED:

Lemus v. Canada (Citizenship and Immigration), 2014 FCA 114, 372 D.L.R. (4th) 567; *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 3, [2002] 1 S.C.R. 84; *Legault v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCA 125, [2002] 4 F.C. 358; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895.

REFERRED TO:

Kunkel v. Canada (Citizenship and Immigration), 2009 FCA 347, 88 Imm. L.R. (3d) 1; *Zazai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FCA 89, 36 Imm. L.R. (3d) 167; *Hilewitz v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *De Jong v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 57, [2005] 2 S.C.R. 706; *Singh v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 11, 340 F.T.R. 29; *Rizvi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 463; *Hinzman v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FCA 177, 321 D.L.R. (4th) 111; *Hawthorne v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCA 475, [2003] 2 F.C. 555; *Lalane v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 6, 338 F.T.R. 224; *Eng v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 596; *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2, (1982), 137 D.L.R. (2d) 558; *Stemijon Investments Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 299, 341 D.L.R. (4th) 710; *Reis v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 179, 405 F.T.R. 104; *Jung v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 678; *Aoanan v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 734, 353 F.T.R. 283; *Pannu v. Canada (Minister of Citizenship and*

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS NON SUIVIES :

Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile), 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *Yhap c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 1 C.F. 722 (1^{re} inst.); *Chirwa, Lancelot* (1970), 4 I.A.C. 338 (C.A.I.).

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 2 R.C.S. 817; *Lim c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CFPI 956; *Caliskan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 1190, [2014] 2 R.C.F. 111.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Lemus c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2014 CAF 114; *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 3, [2002] 1 R.C.S. 84; *Legault c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CAF 125, [2002] 4 C.F. 358; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895.

DÉCISIONS CITÉES :

Kunkel c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2009 CAF 347; *Zazai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CAF 89; *Hilewitz c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*; *De Jong c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 57, [2005] 2 R.C.S. 706; *Singh c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 11; *Rizvi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 463; *Hinzman c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CAF 177; *Hawthorne c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CAF 475, [2003] 2 C.F. 555; *Lalane c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 6; *Eng c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 596; *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2; *Stemijon Investments Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 299; *Reis c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 179; *Jung c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 678; *Aoanan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 734; *Pannu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1356; *Abraham c. Canada (Procureur général)*, 2012 CAF 266; *Canada (Procureur général) c. Commission canadienne des droits de la*

Immigration), 2006 FC 1356; *Abraham v. Canada (Attorney General)*, 2012 FCA 266, 440 N.R. 201; *Canada (Attorney General) v. Canadian Human Rights Commission*, 2013 FCA 75, 277 C.R.R. (2d) 233; *Canada (Transport, Infrastructure and Communities) v. Farwaha*, 2014 FCA 56, 455 N.R. 157; *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487, (1997), 144 D.L.R. (4th) 385; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644, (1990), 88 Nfld. & P.E.I.R. 15.

AUTHORS CITED

Citizenship and Immigration Canada. *Inland Processing Manual (IP)*. Chapter IP 5: Immigrant Applications in Canada made on Humanitarian or Compassionate Grounds.

APPEAL from a decision of the Federal Court (2013 FC 802, [2014] 3 F.C.R. 438) dismissing an application for judicial review of the respondent's denial of the appellant's application for humanitarian and compassionate relief under subsection 25(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Appeal dismissed.

APPEARANCES

Barbara Jackman for applicant.
Alexis Singer and *Aleksandra Lipska* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Jackman, Nazami & Associates, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] STRATAS J.A.: Mr. Kanthasamy appeals from the judgment of the Federal Court (*per* Justice Kane): 2013 FC 802, [2014] 3 F.C.R. 438. The Federal Court dismissed his application for judicial review from the Minister's denial of his application for humanitarian and compassionate relief under subsection 25(1) of the

personne, 2013 CAF 75; *Canada (Transports, Infrastructure et Collectivités) c. Farwaha*, 2014 CAF 56; *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., District 15*, [1997] 1 R.C.S. 487; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644.

DOCTRINE CITÉE

Citoyenneté et Immigration Canada. *Traitement des demandes au Canada (IP)*. Chapitre IP 5 : Demande présentée par des immigrants au Canada pour des motifs d'ordre humanitaire.

APPEL d'une décision de la Cour fédérale (2013 CF 802, [2014] 3 R.C.F. 438) de rejeter une demande de contrôle judiciaire visant la décision de l'intimé de rejeter la demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire présentée par l'appelant en vertu du paragraphe 25(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Appel rejeté.

ONT COMPARU

Barbara Jackman pour l'appelant.
Alexis Singer et *Aleksandra Lipska* pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Jackman, Nazami & Associates, Toronto, pour l'appelant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

[1] LE JUGE STRATAS, J.C.A. : M. Kanthasamy interjette appel du jugement par lequel la Cour fédérale — 2013 CF 802, [2014] 3 R.C.F. 438, la juge Kane — a rejeté sa demande de contrôle judiciaire visant le rejet par le ministre de sa demande de dispense pour des considérations d'ordre humanitaire présentée au titre

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27 [Act or IRPA].

[2] This Court heard Mr. Kanthasamy's appeal together with the appeal in *Lemus v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FCA 114. Central to both appeals is a common issue, the interpretation of subsection 25(1) of the Act, as amended by the *Balanced Refugee Reform Act*, S.C. 2010, c. 8, section 4. That amendment added new subsection 25(1.3).

[3] These reasons determine the common issue and affect both appeals. Accordingly, I direct that a copy of these reasons be sent to counsel in this case and to counsel in the *Lemus* appeal. These reasons should also be placed in the *Lemus* appeal file.

[4] I would dismiss Mr. Kanthasamy's appeal. In my view, the Federal Court's interpretation of subsection 25(1), as amended, was substantially correct. Further, the Federal Court did not err in its choice or application of the standard of review.

A. The Basic Facts and the Legislative Scheme

[5] Before entering Canada, a person who is a foreign national, i.e., not a Canadian citizen or a permanent resident, must apply to an officer for a visa or any other document required under the regulations: subsection 11(1) of the Act. Under subsection 11(1), the visa or document may be issued if the officer is satisfied that the foreign national is not inadmissible and meets the requirements of the Act.

[6] Some foreign nationals consider themselves unable to apply before entering Canada. Take, for example, those who flee from their countries of origin and arrive in Canada, claiming refugee status.

[7] This was the position in which Mr. Kanthasamy found himself. A 17-year-old Tamil from the northern

du paragraphe 25(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 [la Loi ou la LIPR].

[2] La Cour a instruit l'appel de M. Kanthasamy en même temps que l'appel dans l'affaire *Lemus c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CAF 114. Une question commune est au cœur des deux appels, celle de l'interprétation du paragraphe 25(1) de la Loi, modifié par la *Loi sur des mesures de réforme équitables concernant les réfugiés*, L.C. 2010, ch. 8, article 4. Cette dernière modification a donné lieu à l'ajout du nouveau paragraphe 25(1.3).

[3] Les présents motifs tranchent la question commune et touchent les deux appels. J'ordonne par conséquent que copie des présents motifs soit transmise aux avocats dans la présente affaire et aux avocats dans l'appel *Lemus*. Les présents motifs doivent également être versés au dossier de l'appel *Lemus*.

[4] Je rejeterais l'appel de M. Kanthasamy. J'estime que l'interprétation donnée par la Cour fédérale au paragraphe 25(1), modifié, était pour l'essentiel correcte. En outre, la Cour fédérale n'a pas commis d'erreur dans son choix de la norme de contrôle, ni dans l'application de cette norme.

A. Faits essentiels et régime législatif applicable

[5] Tout étranger — c.-à-d. une personne qui n'est ni citoyen ni résident permanent du Canada — doit, préalablement à son entrée au Canada, demander à un agent les visa et autres documents requis par règlement (paragraphe 11(1) de la Loi). Aux termes du paragraphe 11(1), l'agent peut délivrer ce visa et ces documents sur preuve que l'étranger n'est pas interdit de territoire et se conforme à la Loi.

[6] Certains étrangers s'estiment incapables de présenter pareille demande préalablement à leur entrée au Canada, par exemple ceux qui fuient leur pays d'origine et qui demandent l'asile une fois arrivés au Canada.

[7] C'est la situation dans laquelle s'est trouvé M. Kanthasamy, Tamoul de 17 ans originaire du Nord

region of Sri Lanka, he arrived in Canada in 2010, claiming refugee protection under sections 96 and 97 of the Act. These sections provide as follows:

Convention
refugee

96. A Convention refugee is a person who, by reason of a well-founded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion,

(a) is outside each of their countries of nationality and is unable or, by reason of that fear, unwilling to avail themselves of the protection of each of those countries; or

(b) not having a country of nationality, is outside the country of their former habitual residence and is unable or, by reason of that fear, unwilling to return to that country.

Person in
need of
protection

97. (1) A person in need of protection is a person in Canada whose removal to their country or countries of nationality or, if they do not have a country of nationality, their country of former habitual residence, would subject them personally

(a) to a danger, believed on substantial grounds to exist, of torture within the meaning of Article 1 of the Convention Against Torture; or

(b) to a risk to their life or to a risk of cruel and unusual treatment or punishment if

(i) the person is unable or, because of that risk, unwilling to avail themselves of the protection of that country,

(ii) the risk would be faced by the person in every part of that country and is not faced generally by other individuals in or from that country,

(iii) the risk is not inherent or incidental to lawful sanctions, unless imposed in disregard of accepted international standards, and

(iv) the risk is not caused by the inability of that country to provide adequate health or medical care.

du Sri Lanka. Il est arrivé au Canada en 2010 et a demandé l'asile sur le fondement des articles 96 et 97 de la Loi, reproduits ci-après :

96. A qualité de réfugié au sens de la Convention — le réfugié — la personne qui, craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques :

a) soit se trouve hors de tout pays dont elle a la nationalité et ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de chacun de ces pays;

b) soit, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle, ne peut ni, du fait de cette crainte, ne veut y retourner.

97. (1) A qualité de personne à protéger la personne qui se trouve au Canada et serait personnellement, par son renvoi vers tout pays dont elle a la nationalité ou, si elle n'a pas de nationalité, dans lequel elle avait sa résidence habituelle, exposée :

a) soit au risque, s'il y a des motifs sérieux de le croire, d'être soumise à la torture au sens de l'article premier de la Convention contre la torture;

b) soit à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités dans le cas suivant :

(i) elle ne peut ou, de ce fait, ne veut se réclamer de la protection de ce pays,

(ii) elle y est exposée en tout lieu de ce pays alors que d'autres personnes originaires de ce pays ou qui s'y trouvent ne le sont généralement pas,

(iii) la menace ou le risque ne résulte pas de sanctions légitimes — sauf celles infligées au mépris des normes internationales — et inhérents à celles-ci ou occasionnés par elles,

(iv) la menace ou le risque ne résulte pas de l'incapacité du pays de fournir des soins médicaux ou de santé adéquats.

Définition de
« réfugié »

Personne à
protéger

[8] On February 18, 2011, the Immigration and Refugee Board denied Mr. Kanthasamy's claim for refugee protection, finding that the Sri Lankan authorities had taken measures to improve the situation of Tamils, and that Mr. Kanthasamy would not be at risk upon his return to Sri Lanka. The Federal Court denied his application for leave to judicially review that decision.

[9] The Act recognizes that it will be an intolerable hardship in some cases for denied refugee claimants to return to their countries of origin and apply for a visa.

[10] One of the ways the Act accommodates this situation is subsection 25(1) of the Act. In particular, under subsection 25(1), certain foreign nationals can apply for an exemption from the requirement that they seek a visa from outside of Canada. The Minister may grant this relief if he is of the opinion that the exemption is "justified by humanitarian and compassionate considerations relating to the foreign national, taking into account the best interests of a child directly affected."

[11] Subsection 25(1) of the Act provides as follows:

Humanitarian and compassionate considerations — request of foreign national

25. (1) Subject to subsection (1.2), the Minister must, on request of a foreign national in Canada who applies for permanent resident status and who is inadmissible — other than under section 34, 35 or 37 — or who does not meet the requirements of this Act, and may, on request of a foreign national outside Canada — other than a foreign national who is inadmissible under section 34, 35 or 37 — who applies for a permanent resident visa, examine the circumstances concerning the foreign national and may grant the foreign national permanent resident status or an exemption from any applicable criteria or obligations of this Act if the Minister is of the opinion that it is justified by humanitarian and compassionate considerations relating to the foreign national, taking into account the best interests of a child directly affected.

[12] As described at the outset of these reasons, subsection 25(1.3) has recently been added to section 25. It instructs the Minister that, in considering a subsection

[8] Le 18 février 2011, après avoir conclu que les autorités du Sri Lanka avaient pris diverses mesures pour améliorer la situation des Tamouls et que M. Kanthasamy ne serait pas exposé à un risque advenant son retour dans ce pays, la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a rejeté la demande d'asile de M. Kanthasamy. La Cour fédérale a ensuite rejeté la demande présentée par M. Kanthasamy pour être autorisé à présenter une demande de contrôle judiciaire de cette décision.

[9] La Loi reconnaît que retourner dans leur pays d'origine pour y présenter une demande de visa occasionne dans certains cas aux demandeurs d'asile déboutés des difficultés intolérables.

[10] La Loi prend cette situation en compte, notamment le paragraphe 25(1). Plus particulièrement, certains étrangers peuvent demander, sur le fondement de ce paragraphe, qu'on les dispense de l'obligation de présenter hors du Canada leur demande de visa. Le ministre peut accorder cette dispense s'il estime que « des considérations d'ordre humanitaire relatives à l'étranger le justifient, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant directement touché ».

[11] Le paragraphe 25(1) de la Loi dispose :

25. (1) Sous réserve du paragraphe (1.2), le ministre doit, sur demande d'un étranger se trouvant au Canada qui demande le statut de résident permanent et qui soit est interdit de territoire — sauf si c'est en raison d'un cas visé aux articles 34, 35 ou 37 —, soit ne se conforme pas à la présente loi, et peut, sur demande d'un étranger se trouvant hors du Canada — sauf s'il est interdit de territoire au titre des articles 34, 35 ou 37 — qui demande un visa de résident permanent, étudier le cas de cet étranger; il peut lui octroyer le statut de résident permanent ou lever tout ou partie des critères et obligations applicables, s'il estime que des considérations d'ordre humanitaire relatives à l'étranger le justifient, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant directement touché.

Séjour pour motif d'ordre humanitaire à la demande de l'étranger

[12] Tel que je l'ai mentionné au début des présents motifs, le paragraphe 25(1.3) a récemment été ajouté à l'article 25 de la Loi. Il dispose que, dans l'étude d'une

25(1) request, he “may not consider the factors that are taken into account in the determination of whether a person is a Convention refugee under section 96 or a person in need of protection under subsection 97(1) but must consider elements related to the hardships that affect the foreign national.”

[13] Mr. Kanthasamy applied on humanitarian and compassionate grounds under section 25 for permission to apply in Canada for Canadian permanent resident status. As previously mentioned, Mr. Kanthasamy had already unsuccessfully claimed refugee status—the factors under section 96 and subsection 97(1) had already been determined against him. In considering Mr. Kanthasamy’s subsection 25(1) application, the Minister had to have regard to the instructions given by subsection 25(1.3). The meaning of subsection 25(1.3) and how it should be applied was in issue in Mr. Kanthasamy’s case.

[14] An officer acting for the Minister denied Mr. Kanthasamy’s subsection 25(1) application. Later, the Minister agreed to reconsider the matter. Another officer decided the reconsideration.

[15] The officer handled the reconsideration in two parts: a first part on April 25, 2012 and a second part on July 11, 2012. The second part took into account submissions from Mr. Kanthasamy that were not available before the first part. I shall refer to these two parts collectively as the “decision”. Ultimately, the decision fell for review in the Federal Court and, on appeal, is now before us.

[16] In the reconsideration decision, the officer rejected Mr. Kanthasamy’s application for humanitarian and compassionate relief under subsection 25(1). The officer interpreted subsection 25(1) as requiring Mr. Kanthasamy to show that if he were required to return to Sri Lanka to apply for permanent residence, he would personally and directly suffer hardship that was unusual and undeserved, or disproportionate.

demande faite au titre du paragraphe 25(1), le ministre « ne tient compte d’aucun des facteurs servant à établir la qualité de réfugié — au sens de la Convention — aux termes de l’article 96 ou de personne à protéger au titre du paragraphe 97(1); il tient compte, toutefois, des difficultés auxquelles l’étranger fait face ».

[13] Se fondant sur l’article 25, M. Kanthasamy a demandé qu’on l’autorise à présenter au Canada une demande de statut de résident permanent canadien pour des considérations d’ordre humanitaire. Comme je l’ai mentionné précédemment, la demande d’asile de M. Kanthasamy avait déjà été rejetée, et les facteurs pertinents aux fins de l’article 96 et du paragraphe 97(1) avaient déjà été pris en considération d’une manière qui lui était défavorable. Dans l’étude de la demande faite au titre du paragraphe 25(1) de M. Kanthasamy, le ministre devait tenir compte des instructions données au paragraphe 25(1.3). Le sens à donner à ce paragraphe et la façon dont il devait être appliqué étaient en jeu en l’espèce.

[14] L’agent a rejeté au nom du ministre la demande fondée sur le paragraphe 25(1) de M. Kanthasamy. Le ministre a ensuite accepté que l’affaire soit réexaminée. Un autre agent (l’agente) a procédé au réexamen et rendu sa décision.

[15] Le réexamen de l’agente a été effectué en deux temps, soit le 25 avril 2012 et le 11 juillet 2012. Il a été tenu compte, à la deuxième date, d’observations de M. Kanthasamy qui n’étaient pas disponibles avant le premier jour. Je désignerai ces deux examens collectivement sous le nom de « décision ». La décision a finalement fait l’objet d’une demande de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale, qui l’a rejetée, et elle est maintenant portée en appel devant nous.

[16] Par la décision rendue par suite du réexamen, l’agente a rejeté la demande de dispense pour considérations d’ordre humanitaire présentée par M. Kanthasamy en vertu du paragraphe 25(1). L’agente a interprété ce paragraphe comme requérant que M. Kanthasamy démontre que, s’il devait retourner au Sri Lanka pour y demander la résidence permanente canadienne, il subirait personnellement et directement des difficultés

[17] Mr. Kanthasamy applied for judicial review of the decision in the Federal Court. Among other things, he submitted that owing to new subsection 25(1.3), the officer improperly excluded from consideration certain matters.

[18] The Federal Court reviewed the officer's decision on the basis of reasonableness. It found the decision to be reasonable. In the course of its reasons, the Federal Court interpreted subsection 25(1.3) as requiring that the officer consider all possible hardships that the applicant will personally, directly and negatively encounter, regardless of whether that evidence was previously considered in the refugee determination process.

[19] The Federal Court considered that subsection 25(1.3) introduced some uncertainty concerning what exactly is to be considered when dealing with applications for humanitarian and compassionate grounds under subsection 25(1) of the Act. Accordingly it certified the following question [at paragraph 74]:

What is the nature of risk, if any, to be assessed with respect to humanitarian and compassionate considerations under section 25 of IRPA, as amended by the *Balanced Refugee Reform Act*?

[20] Mr. Kanthasamy appeals to this Court.

B. Preliminary Issues

(1) The jurisdiction of this Court to entertain this appeal

[21] The Minister submits that the question certified by the Federal Court is not proper because it is not dispositive of the appeal. The question presumes that the officer in this case failed to assess allegations and evidence due to subsection 25(1.3). But that was not the case. In the Minister's view, the officer acknowledged

inhabituelles et injustifiées ou excessives (parfois qualifiées de « démesurées »).

[17] M. Kanthasamy a présenté à la Cour fédérale une demande de contrôle judiciaire de cette décision. Il a notamment soutenu que, en raison du paragraphe 25(1.3), l'agente avait erronément fait abstraction de certains éléments.

[18] La Cour fédérale a examiné la décision de l'agente selon la norme de la raisonabilité. Elle a conclu que la décision était raisonnable. Dans ses motifs, la Cour fédérale a interprété le paragraphe 25(1.3) comme imposant à l'agente l'obligation de prendre en compte toutes les difficultés éventuelles pouvant être subies personnellement, directement et de manière défavorable par le demandeur, que les éléments de preuve en cause aient ou non déjà été pris en compte lors du processus servant à établir la qualité de réfugié.

[19] La Cour fédérale a dit estimer que le paragraphe 25(1.3) était source d'incertitude quant à savoir exactement ce qu'il fallait prendre en compte dans l'étude d'une demande où sont invoquées, au titre du paragraphe 25(1) de la Loi, des considérations d'ordre humanitaire. Elle a par conséquent certifié la question suivante [au paragraphe 74] :

Quelle est la nature du risque, s'il en est, qui doit être examiné au titre des considérations d'ordre humanitaire visées à l'article 25 de la LIPR, modifié par la *Loi sur des mesures de réforme équitables concernant les réfugiés*?

[20] M. Kanthasamy interjette appel devant notre Cour.

B. Questions préliminaires

1) Compétence de notre Cour pour instruire l'appel

[21] Le ministre soutient que la question certifiée par la Cour fédérale n'est pas appropriée parce qu'elle ne permet pas de régler l'appel. La question suppose que l'agente a omis d'évaluer des allégations et éléments de preuve dans la présente affaire en raison du paragraphe 25(1.3). Or, tel n'a pas été le cas. D'après le

all of the matters raised by Mr. Kanthasamy and assessed them through the lens of hardship.

[22] In my view, the certified question is proper.

[23] For the Federal Court to certify a question, there must be a serious question of general importance that transcends the interests of the parties to the litigation. The question must be dispositive of the matter. See, generally *Kunkel v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FCA 347, 88 Imm. L.R. (3d) 1, at paragraphs 12–14; *Zazai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FCA 89, 36 Imm. L.R. (3d) 167, at paragraphs 11–12.

[24] Here, the question certified by the Federal Court raises the issue of the interpretation of subsection 25(1.3) of the Act, a recently-enacted provision that this Court has never interpreted. In the circumstances, this is a serious question of general importance that transcends the interests of the parties to the litigation. While the Federal Court happened to agree with the officer's interpretation and application of the section, the question remains a live matter of public interest for this Court to consider. Depending upon this Court's interpretation of subsection 25(1.3) of the Act, the Federal Court's judgment may or may not be sustained.

[25] The Minister also suggests that the parties did not seriously dispute the interpretation of subsection 25(1.3) of the Act and that Mr. Kanthasamy was really just disputing the application of the subsection to the particular facts of this case, something that cannot be the subject of a certified question.

[26] I do not accept that characterization of Mr. Kanthasamy's submissions. His vigorous contestation of the application of section 25, including subsection 25(1.3) of the Act to the particular facts of his case is tantamount to a submission that the officer and the Federal Court have adopted too strict an interpretation of the factors that can be considered under the subsection.

[27] The Minister, himself, has noted in paragraph 30 of his memorandum that Mr. Kanthasamy argues in this

ministre, l'agente a considéré tous les points soulevés par M. Kanthasamy et elle les a évalués par le prisme des difficultés.

[22] À mon avis, la question certifiée est appropriée.

[23] La Cour fédérale ne peut certifier qu'une question grave de portée générale qui transcende l'intérêt des parties au contentieux. La question doit aussi permettre de régler l'affaire. Voir, de manière générale, *Kunkel c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CAF 347, aux paragraphes 12 à 14, et *Zazai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CAF 89, aux paragraphes 11 et 12.

[24] En l'espèce, la question certifiée par la Cour fédérale soulève la question de l'interprétation du paragraphe 25(1.3) de la Loi, une disposition récemment adoptée et que la Cour n'a jamais interprétée. Ainsi, il s'agit d'une question grave de portée générale qui transcende l'intérêt des parties au contentieux. Il est vrai que la Cour fédérale a souscrit à l'interprétation et à l'application du paragraphe par l'agente, mais la question déferée à la Cour est toujours controversée et d'intérêt public. Le jugement de la Cour fédérale pourra ou non être confirmé en fonction de l'interprétation donnée par la Cour au paragraphe 25(1.3) de la Loi.

[25] Le ministre soutient aussi que les parties n'ont pas sérieusement attaqué l'interprétation du paragraphe 25(1.3) de la Loi et que M. Kanthasamy attaque en fait uniquement l'application du paragraphe aux faits de la présente affaire, ce qui ne peut faire l'objet d'une question certifiée.

[26] Je ne puis retenir une telle qualification des arguments de M. Kanthasamy. En attaquant énergiquement l'application de l'article 25 de la Loi, y compris le paragraphe 25(1.3), aux faits de la présente affaire, en substance, il soutient que l'agente et la Cour fédérale ont interprété trop strictement les facteurs à prendre en compte aux fins de ce paragraphe.

[27] Le ministre a lui-même souligné, au paragraphe 30 de son mémoire, que M. Kanthasamy soutenait

Court that officers “should apply a broader test” under section 25 (including subsection 25(1.3)) than the “unusual and undeserved or disproportionate hardship” test. If Mr. Kanthasamy’s view of these provisions is correct, the outcome of this appeal could be affected.

[28] In my view, then, the certified question is proper.

(2) The proper approach in an appeal from judicial review

[29] In an appeal from a judgment of the Federal Court dismissing an application for judicial review, this Court must consider two questions. Did the Federal Court choose the appropriate standard of review? If so, did it apply it properly? See *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559, at paragraphs 45–47.

(3) What is the appropriate standard of review?

[30] In the past year, the Supreme Court in *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, considered the standard of review of a visa officer’s decision under the Act. This is analogous to the case at bar: there is no ground to distinguish what the Supreme Court said in *Agraira*. However, *Agraira* appears to depart inexplicably from earlier Supreme Court of Canada jurisprudence in one respect.

[31] A decision made under the Act is subject to judicial review only if leave is granted by the Federal Court (subsection 72(1) of the Act). The Federal Court’s decision on the judicial review cannot be appealed unless the Federal Court certifies a serious question of general importance (paragraph 74(d) of the Act). This case, like *Agraira* has proceeded to this Court on the basis of a certified question from the Federal Court. In this case, as in *Agraira*, the certified question asks a question that requires an interpretation of a provision of the Act.

devant la Cour que les agents [TRADUCTION] « devraient recourir à un critère plus large » aux fins de l’article 25 (y compris le paragraphe 25(1.3)) que celui des « difficultés inhabituelles et injustifiées ou excessives ». Si M. Kanthasamy interprète correctement ces dispositions, l’issue du présent appel pourrait être touchée.

[28] À mon avis, la question certifiée est donc appropriée.

2) Approche à adopter lors de l’appel d’un contrôle judiciaire

[29] En matière d’appel d’un jugement de la Cour fédérale rejetant une demande de contrôle judiciaire, notre Cour doit examiner deux questions. La Cour fédérale a-t-elle choisi la bonne norme de contrôle? Dans l’affirmative, l’a-t-elle appliquée correctement? (Voir *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559, aux paragraphes 45 à 47).

3) Quelle est la bonne norme de contrôle?

[30] L’année dernière, à l’occasion de l’affaire *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, la Cour suprême s’est penchée sur la norme de contrôle applicable à la décision prise par un agent des visas sous le régime de la Loi. L’affaire était analogue à la nôtre, de sorte que rien ne permet que l’on s’écarte de la doctrine de la Cour suprême. La jurisprudence *Agraira* semble toutefois revenir inexplicablement sur un point à la jurisprudence antérieure de la Cour suprême.

[31] Une décision prise sous le régime de la Loi ne peut faire l’objet d’un contrôle judiciaire que sur autorisation de la Cour fédérale (paragraphe 72(1) de la Loi). La décision de la Cour fédérale consécutive au contrôle judiciaire n’est susceptible d’appel que si la Cour fédérale certifie une question grave de portée générale (alinéa 74d) de la Loi). La présente affaire, comme l’affaire *Agraira*, a été portée en appel devant notre Cour par suite d’une question certifiée par la Cour fédérale, la question certifiée dans l’un et l’autre cas mettant en cause l’interprétation d’une disposition de la Loi.

[32] This Court has consistently taken the view that where a certified question asks a question of statutory interpretation, this Court must provide the definitive interpretation without deferring to the administrative decision maker. Then, this Court must assess whether there are grounds to set aside the outcome reached by the administrative decision maker on the facts and the law. In a subsection 25(1) matter, that part of the decision—one involving fact-finding and factually-based exercises of discretion—is reviewed on the deferential standard of reasonableness.

[33] Until *Agraira*, the Supreme Court approached immigration matters in the same way. The Supreme Court assessed whether this Court correctly answered the stated question on statutory interpretation. See e.g., *Hilewitz v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *De Jong v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 57, [2005] 2 S.C.R. 706. Then it proceeded to assess, on the basis of the deferential reasonableness standard, whether there were grounds to set aside the outcome reached. On that part of the review, the Supreme Court has emphasized the need for “considerable deference [to] be accorded to immigration officers exercising the powers conferred by the legislation, given the fact-specific nature of the inquiry, [subsection 25(1)’s] role within the statutory scheme as an exception, the fact that the decision-maker is the Minister, and the considerable discretion evidenced by the statutory language”: *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paragraph 62.

[34] In *Agraira*, the Supreme Court conducted reasonableness review on the administrative decision maker’s decision on the statutory interpretation issue, ignoring the fact that the case proceeded in this Court in response to a certified question from the Federal Court. It did not vet this Court’s answer to the stated question.

[35] There is nothing in the Supreme Court’s reasons in *Agraira* to explain this apparent change in approach. For that reason, until some clarification from the Supreme Court is received, it is my view that this Court

[32] La Cour a toujours considéré que lorsqu’une question certifiée soulève un point d’interprétation des lois, il lui faut donner l’interprétation définitive, sans faire preuve de retenue à l’égard du décideur administratif. La Cour doit ensuite rechercher s’il existe des motifs, de fait ou de droit, d’annuler la solution du décideur administratif. Dans une affaire fondée sur le paragraphe 25(1), cette partie de la décision — qui met en cause l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire de recherche des faits, fondé sur les faits — appelle l’application de la norme de contrôle déférente de la raisonabilité.

[33] Jusqu’à ce qu’elle rende l’arrêt *Agraira*, la Cour suprême abordait de la même manière les questions d’immigration — elle recherchait si notre Cour avait répondu correctement à la question d’interprétation des lois énoncée (voir, par exemple, *Hilewitz c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*; *De Jong c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CSC 57, [2005] 2 R.C.S. 706). La Cour suprême recherchait ensuite, selon la norme déférente de la raisonabilité, s’il existait des motifs d’annuler la solution retenue. Quant à cette composante de l’examen, la Cour suprême a souligné qu’on devait « faire preuve d’une retenue considérable envers les décisions d’agents d’immigration exerçant les pouvoirs conférés par la loi, compte tenu de la nature factuelle de l’analyse, de son rôle [paragraphe 25(1)] d’exception au sein du régime législatif, du fait que le décideur est le ministre, et de la large discrétion accordée par le libellé de la loi » (*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, au paragraphe 62).

[34] À l’occasion de l’affaire *Agraira*, la Cour suprême a examiné, selon la norme de la raisonabilité, la décision du décideur administratif sur la question d’interprétation des lois, en faisant abstraction du fait que l’affaire avait été portée devant notre Cour par suite de la certification d’une question par la Cour fédérale. Elle n’a pas examiné la réponse donnée par notre Cour à la question énoncée.

[35] La Cour suprême n’a nullement expliqué dans ses motifs pourquoi elle avait apparemment changé ainsi son approche. Je suis d’avis pour cette raison que, jusqu’à ce que la Cour suprême fournisse des précisions

should continue to follow its practice of providing the definitive answer to a certified question on a point of statutory interpretation. In reaching that conclusion, I note that the Supreme Court in *Agraira* did not say or suggest that this Court's practice was wrong.

[36] In this Court, providing the definitive answer to a certified question on a point of statutory interpretation is the functional equivalent of engaging in correctness review. But this is merely an artefact of having a certified question put to us. It is not a comment on the standard of review of ministers' interpretations of statutory provisions generally.

[37] As for issues other than statutory interpretation, the Federal Court adopted reasonableness review on the outcome reached by the officer on the record of evidence before her. In light of the comments made in *Agraira* on the standard of review for that sort of matter, I conclude that the Federal Court properly selected the standard of review.

(4) The main issues for this Court to analyse

[38] In light of the foregoing discussion, the issues to be analysed are as follows:

(1) *The statutory interpretation issue.* What is the proper interpretation of section 25 and, in particular, recently-added subsection 25(1.3)? In particular, what is the nature of the risk, if any, to be assessed with respect to humanitarian and compassionate considerations under section 25 of IRPA, as amended by the *Balanced Refugee Reform Act*?

(2) *Reasonableness review.* Was the outcome reached by the officer on the record of evidence before her reasonable?

à ce sujet, notre Cour doit toujours avoir pour pratique de donner une réponse définitive à une question certifiée portant sur un point d'interprétation des lois. Ce faisant, je fais remarquer que, à l'occasion de l'affaire *Agraira*, la Cour suprême n'a pas dit ou laissé entendre que cette pratique de notre Cour était erronée.

[36] Lorsque notre Cour répond de manière définitive à une question certifiée sur un point d'interprétation des lois, en substance, il y a eu de sa part examen selon la norme de la décision correcte. Cela traduit toutefois simplement le fait qu'une question certifiée nous a été déferée, et ne se veut pas une observation d'ordre général sur la norme de contrôle applicable aux interprétations de dispositions législatives faites par les ministres.

[37] Quant aux questions autres celles qui relèvent de l'interprétation des lois, la Cour fédérale a examiné, selon la norme de la raisonabilité, la décision de l'agente au vu des éléments de preuve dont elle disposait. Compte tenu des observations formulées à l'occasion de l'affaire *Agraira* sur la norme de contrôle applicable dans ce type de cas, je conclus que la Cour fédérale a choisi la norme de contrôle correcte.

4) Principales questions à analyser par la Cour

[38] À la lumière de ce qui précède, les questions à analyser sont les suivantes :

1) *Point d'interprétation des lois.* Comment convient-il d'interpréter l'article 25 et, tout particulièrement, le paragraphe 25(1.3) récemment ajouté? En particulier, quelle est la nature du risque, s'il en est, qui doit être examiné au titre des considérations d'ordre humanitaire visées à l'article 25 de la LIPR, modifié par la *Loi sur des mesures de réforme équitables concernant les réfugiés*?

2) *Contrôle de la raisonabilité.* Le résultat atteint par l'agente était-il raisonnable au vu de la preuve dont elle disposait?

C. Analysis

(1) The statutory interpretation issue

[39] The main issue raised in the certified question is the interpretation of subsection 25(1.3). However, falling as it does within the humanitarian and compassionate relief section—subsection 25(1)—the meaning of subsection 25(1.3) cannot be considered without examining the meaning of section 25 more generally. And subsection 25(1), of course, must be seen in light of other related sections in the Act.

[40] Seen in the wider context of the Act, subsection 25(1) is an exceptional provision. In the words of the Supreme Court, “an application to the Minister under s. 114(2) [now subsection 25(1)] is essentially a plea to the executive branch for special consideration which is not even explicitly envisioned by the Act”: *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 3, [2002] 1 S.C.R. 84, at paragraph 64. Subsection 25(1) is not intended to be an alternative immigration stream or an appeal mechanism for failed asylum claimants.

[41] The Federal Court has repeatedly interpreted subsection 25(1) as requiring proof that the applicant will personally suffer unusual and undeserved, or disproportionate hardship arising from the application of what I have called the normal rule: see, e.g., *Singh v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 11, 340 F.T.R. 29. The hardship must be something more than the usual consequences of leaving Canada and applying to immigrate through normal channels: *Rizvi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 463.

[42] As a general matter, the consequences are unusual and undeserved, or disproportionate hardship associated with leaving Canada, associated with arriving and staying in the foreign country, or both. Thus, the Federal Court has upheld officers who have taken into account factors such as establishment in Canada, ties to Canada, the best interests of any affected children, medical

C. Analyse

1) Point d'interprétation des lois

[39] L'interprétation du paragraphe 25(1.3) est le principal point soulevé dans la question certifiée. Toutefois, comme le paragraphe 25(1.3) tombe sous le coup des dispositions sur les considérations d'ordre humanitaire — le paragraphe 25(1) — le sens à lui donner ne peut être examiné sans qu'on n'analyse celui de l'article 25 de manière plus générale. Quant au paragraphe 25(1), bien sûr, on doit l'interpréter à la lumière des autres dispositions connexes de la Loi.

[40] Considéré au regard du contexte global de la Loi, le paragraphe 25(1) est une disposition d'exception. Pour reprendre les termes de la Cour suprême, « la demande faite au ministre en vertu du par. 114(2) [maintenant le paragraphe 25(1)] est essentiellement un plaidoyer auprès de l'exécutif en vue d'obtenir un traitement spécial qui n'est même pas explicitement envisagé par la Loi » (*Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 3, [2002] 1 R.C.S. 84, au paragraphe 64). Le paragraphe 25(1) ne vise pas à créer une filière d'immigration de remplacement, ni à offrir un mécanisme d'appel aux demandeurs d'asile déboutés.

[41] La Cour fédérale a à maintes reprises interprété le paragraphe 25(1) comme obligeant le demandeur à prouver que l'application de ce que j'appellerais la règle normale lui ferait subir personnellement des difficultés inhabituelles et injustifiées ou excessives (voir p. ex., *Singh c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 11). Les difficultés subies doivent être plus lourdes que les conséquences inhérentes au fait de quitter le Canada et de présenter sa demande d'immigration par les voies normales (*Rizvi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 463).

[42] Il doit s'agir habituellement de conséquences inhabituelles et injustifiées ou excessives associées au fait de quitter le Canada, au fait d'arriver et de demeurer dans le pays étranger, ou encore à ces deux faits à la fois. La Cour fédérale a ainsi confirmé les décisions d'agents ayant pris en compte des facteurs tels que l'établissement au Canada, les liens avec le Canada, l'intérêt

inadequacies in the foreign country, discrimination in the foreign country that does not amount to persecution, and other serious hazards in the foreign country. As I shall explain, this is not a closed list of factors that officers may have to consider in particular cases.

[43] In adopting “unusual and undeserved, or disproportionate hardship” as the standard under subsection 25(1), on judicial review the Federal Court has generally adopted the interpretation the Minister has set out in his processing manual: *Citizenship and Immigration Canada, Inland Processing Manual (IP)*, Chapter IP 5: Immigrant Applications in Canada made on Humanitarian or Compassionate Grounds.

[44] Relevant portions of the Minister’s processing manual are as follows:

5.10. The assessment of hardship

The assessment of hardship in an H&C application is a means by which CIC decision-makers determine whether there are sufficient H&C grounds to justify granting the requested exemption(s).

The criterion of “unusual, undeserved or disproportionate hardship” has been adopted by the Federal Court in its decisions on Subsection 25(1), which means that these terms are more than mere guidelines.

...

In many cases the hardship test will revolve around the requirement in A11 to apply for a permanent residence visa before entering Canada. In other words, would it be a hardship for the applicant to leave Canada in order to apply abroad.

Applicants may, however, request exemptions from other requirements of the *Act* and *Regulations*. In such cases, the test is whether it would be a hardship for the applicant if the requested exemption is not granted.

Individual H&C factors put forward by the applicant should not be considered in isolation in a determination of the hardship that an applicant would face; rather, hardship is determined as a result of a global assessment of H&C considerations put forth by the applicant. In other words, hardship is

supérieur de tout enfant touché, l’incapacité d’obtenir des soins médicaux dans le pays étranger, la discrimination n’équivalant pas à persécution dans le pays étranger et d’autres risques graves courus dans le pays étranger. Il ne s’agit pas là, comme je l’expliquerai, d’une liste exhaustive de facteurs que les agents pourraient avoir à examiner dans divers cas particuliers.

[43] En recourant, pour procéder au contrôle judiciaire des affaires visées au paragraphe 25(1), au critère des « difficultés inhabituelles et injustifiées ou excessives », la Cour fédérale a généralement retenu l’interprétation du ministre dans le guide opérationnel de Citoyenneté et Immigration Canada, *Traitement des demandes au Canada (IP)*, chapitre IP 5 : Demande présentée par des immigrants au Canada pour des motifs d’ordre humanitaire.

[44] Les parties pertinentes du guide opérationnel du ministre sont les suivantes :

5.10. Évaluation des difficultés

L’évaluation des difficultés dans le cadre d’une demande CH permet au décideur de CIC de déterminer si des considérations d’ordre humanitaire justifient l’octroi de la dispense demandée.

Le critère des « difficultés inhabituelles et injustifiées ou démesurées » [a] été adopté par la Cour fédérale dans ses décisions fondées sur le paragraphe 25(1) de la LIPR, ce qui signifie que ces termes sont plus que de simples lignes directrices.

[...]

Dans nombre de cas, le critère des difficultés sera lié à l’obligation d’obtenir un visa de résident permanent avant de venir au Canada (L11). Autrement dit, le demandeur ferait-il face à des difficultés s’il devait quitter le Canada pour faire sa demande à l’étranger.

L’étranger peut toutefois demander une dispense d’autres exigences de la *Loi* et du *Règlement*. Dans ce cas, le critère consiste à déterminer si le refus de la dispense risque d’entraîner des difficultés pour le demandeur.

Lorsqu’on détermine les difficultés auxquelles un demandeur fait face, il faut examiner les considérations d’ordre humanitaire globalement plutôt que séparément. En d’autres mots, les difficultés sont évaluées en soupesant l’ensemble des considérations d’ordre humanitaire invoquées par le demandeur. Les

assessed by weighing together all of the H&C considerations submitted by the applicant. Hardship must be unusual and undeserved or disproportionate as described below:

Hardship

<p><i>Unusual and undeserved hardship</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • The hardship faced by the applicant (if they were not granted the requested exemption) must be, in most cases, unusual. In other words, a hardship not anticipated or addressed by the <i>Act or Regulations</i>; and • The hardship faced by the applicant (if they were not granted the requested exemption) must be undeserved so in most cases, the result of circumstances beyond the person's control. 	<p><i>Disproportionate hardship</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Sufficient humanitarian and compassionate grounds may also exist in cases that do not meet the “unusual and undeserved” criteria but where the hardship of not being granted the requested exemption(s) would have an unreasonable impact on the applicant due to their personal circumstances.
---	---

difficultés doivent être inhabituelles et injustifiées ou démesurées, tel qu'il est décrit ci-dessous :

<p><i>Difficultés inhabituelles et injustifiées</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Les difficultés auxquelles le demandeur fait face (s'il n'obtient pas la dispense demandée) doivent être inhabituelles dans la plupart des cas. Autrement dit, il s'agit de difficultés non envisagées dans la <i>Loi</i> ou le <i>Règlement</i>; et • les difficultés auxquelles le demandeur fait face (s'il n'obtient pas la dispense demandée) doivent être injustifiées dans la plupart des cas, le résultat de circonstances indépendantes de sa volonté. 	<p><i>Difficultés démesurées</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Il peut aussi exister des considérations d'ordre humanitaire suffisantes dans des cas où les difficultés occasionnées par le refus de la dispense ne seraient pas considérées comme « inhabituelles et injustifiées », mais auraient un impact déraisonnable sur le demandeur en raison de sa situation personnelle.
--	---

5.11. Factors to consider in assessment of hardship

Subsection A25(1) provides the flexibility to grant exemptions to overcome the requirement of obtaining a permanent residence visa from abroad, to overcome class eligibility requirements and/or inadmissibilities, on humanitarian and compassionate grounds.

Officers must assess the hardship that would befall the applicant should the requested exemption not be granted.

Applicants may base their requests for H&C consideration on any number of factors including, but not limited to:

- establishment in Canada;
- ties to Canada;
- the best interests of any children affected by their application;
- factors in their country of origin (this includes but is not limited to: Medical inadequacies, discrimination that does not amount to persecution, harassment or other hardships that are not described in A96 and A97);

5.11. Facteurs à prendre en considération dans l'évaluation des difficultés

Le L25(1) prévoit la possibilité de soustraire le demandeur à l'obligation d'obtenir un visa de résident permanent à l'étranger, à l'obligation d'appartenir à une catégorie et/ou à une interdiction de territoire s'il est justifié de le faire pour des considérations d'ordre humanitaire.

L'agent doit évaluer les difficultés auxquelles le demandeur ferait face s'il n'obtenait pas la dispense demandée.

Le demandeur peut fonder sa demande CH sur plusieurs facteurs, notamment

- son établissement au Canada;
- ses liens avec le Canada;
- l'intérêt supérieur de tout enfant touché par sa demande;
- des facteurs dans son pays d'origine (entre autres, incapacité d'obtenir des soins médicaux, discrimination n'équivalant pas à de la persécution, harcèlement ou autres difficultés non visées aux L96 et L97);

- health considerations;
 - family violence considerations;
 - consequences of the separation of relatives;
 - inability to leave Canada has led to establishment; and/or
 - any other relevant factor they wish to have considered not related to A96 and A97.
- des facteurs relatifs à la santé;
 - des facteurs relatifs à la violence familiale;
 - les conséquences de la séparation des membres de la famille;
 - l'incapacité à quitter le Canada ayant conduit à l'établissement; et/ou
 - tout autre facteur pertinent invoqué par le demandeur n'étant pas visé aux L96 et L97.

[45] I note that this Court and the Supreme Court have never confirmed the “unusual and undeserved, or disproportionate hardship” test adopted by the Federal Court under subsection 25(1), nor has it commented on the above-mentioned passages from the Minister’s processing manual.

[45] Je fais observer que ni notre Cour ni la Cour suprême n’ont jamais avalisé le critère des « difficultés inhabituelles et injustifiées ou excessives » adopté par la Cour fédérale pour l’interprétation du paragraphe 25(1), ni jamais formulé de commentaires à l’égard des passages du guide opérationnel du ministre reproduits ci-dessus.

[46] This Court and the Supreme Court have set out the unusual and undeserved, or disproportionate hardship test, but only in the context of cases where the parties agreed on the test or the test was not seriously contested: see, e.g., *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, above, at paragraph 17; *Legault v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCA 125, [2002] 4 F.C. 358, at paragraph 23; *Hinzman v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FCA 177, 321 D.L.R. (4th) 111, at paragraph 28; *Hawthorne v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCA 475, [2003] 2 F.C. 555, at paragraphs 9 and 30.

[46] Notre Cour et la Cour suprême ont bien exposé le critère des difficultés inhabituelles et injustifiées ou excessives, mais seulement à l’occasion d’affaires où les parties s’entendaient sur le critère ou ne le contestaient pas sérieusement (voir, p. ex., l’arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, précité, au paragraphe 17; *Legault c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2002 CAF 125, [2002] 4 C.F. 358, au paragraphe 23; *Hinzman c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CAF 177, au paragraphe 28; *Hawthorne c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2002 CAF 475, [2003] 2 C.F. 555, aux paragraphes 9 et 30).

[47] While in *Baker* the Supreme Court did not definitively rule on the meaning of subsection 25(1) in the case before it, it is fair to say that its reasoning in the case proceeded on the assumption that unusual and undeserved, or disproportionate hardship was the appropriate standard to be applied under subsection 25(1). Absent any further consideration by the Supreme Court, I find that that this is the appropriate standard to be applied under subsection 25(1). It expresses in a concise way the sort of exceptional considerations that would warrant the granting of such relief within the scheme of the Act.

[47] Si, à l’occasion de l’affaire *Baker*, la Cour suprême ne s’est pas prononcée de manière définitive sur le sens du paragraphe 25(1) pour trancher l’affaire dont elle était saisie, on peut considérer que le raisonnement suivi par elle partait du principe qu’il convenait de recourir, pour l’interprétation du paragraphe 25(1), au critère des difficultés inhabituelles et injustifiées ou excessives. En l’absence d’un nouvel examen de la question par la Cour suprême, je conclus qu’il s’agit là du bon critère à appliquer aux fins du paragraphe 25(1). Ce critère exprime en termes concis le type de facteurs exceptionnels qui appellent une dispense sous le régime de la Loi.

[48] The Federal Court’s cases underscore that unusual and undeserved, or disproportionate hardship must affect the applicant personally and directly. Applicants under subsection 25(1) must show a link between the evidence of hardship and their individual situations. It is not enough just to point to hardship without establishing that link: see, e.g., *Lalane v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 6, 338 F.T.R. 224, at paragraph 1.

[49] This must be so. Subsection 25(1) requires that one “examine the circumstances concerning the foreign national” and the foreign national may get relief if “it is justified by humanitarian and compassionate considerations relating to the foreign national”. Subsection 25(1.3) emphasizes that the examination under section 25 involves “elements related to the hardships that affect the foreign national.”

[50] Before leaving the interpretation of subsection 25(1) of the Act, it is necessary to say a few words about the meaning of “unusual and undeserved, or disproportionate hardship”. In my view, the decided cases show that the factors set out in section 5.11 of the processing manual, above, are a reasonable enumeration of the types of matters that an officer must consider when assessing an application for humanitarian and compassionate relief under subsection 25(1) of the Act. They encompass the sorts of consequences that, depending on the particular facts of particular cases, might meet the high standard of hardship associated with leaving Canada, associated with arriving and staying in the foreign country, or both.

[51] That being said, I wish to caution against officers applying the processing manual and, in particular, the factors listed in section 5.11 of the processing manual as if they describe a closed list of circumstances.

[52] The processing manual is an administrative guideline, nothing more. Administrative guidelines are desirable when dealing with a provision such as this, as they promote consistency in decision making: *Hawthorne*, above; *Eng v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 596. This manual goes some

[48] La jurisprudence de la Cour fédérale relève que le demandeur doit faire face personnellement et directement à des difficultés inhabituelles et injustifiées ou excessives. Les demandeurs qui invoquent le paragraphe 25(1) doivent établir un lien entre la preuve des difficultés qu’ils font valoir et leur situation particulière. Il ne suffit pas de faire état de difficultés sans établir un tel lien (voir, p. ex., *Lalane c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 6, au paragraphe 1).

[49] Il doit en être ainsi. Le paragraphe 25(1) prévoit en effet qu’il faut « étudier le cas de [l’]étranger » et qu’il peut obtenir dispense si l’on « estime que des considérations d’ordre humanitaire relatives à l’étranger le justifient ». On souligne par ailleurs au paragraphe 25(1.3) que, dans l’étude d’une demande faite au titre de l’article 25, il faut tenir compte des « difficultés auxquelles l’étranger fait face ».

[50] Avant de laisser la question de l’interprétation du paragraphe 25(1) de la Loi, il convient de dire quelques mots au sujet du sens de l’expression « difficultés inhabituelles et injustifiées ou excessives ». À mon avis, il ressort de la jurisprudence que les facteurs mentionnés à la section 5.11 du guide opérationnel, reproduite ci-dessus, constituent une énumération raisonnable du type d’éléments dont doit tenir compte l’agent lorsqu’il examine une demande de dispense pour considérations d’ordre humanitaire fondée sur le paragraphe 25(1) de la Loi. Ces facteurs englobent le type de conséquences qui, en fonction des faits particuliers de chaque cas, peuvent satisfaire au critère rigoureux des difficultés découlant du fait de quitter le Canada, au fait d’arriver et de demeurer dans le pays étranger, ou encore à ces deux faits à la fois.

[51] Cela dit, je souhaite mettre en garde les agents de ne pas appliquer le guide opérationnel, en particulier les facteurs énumérés à sa section 5.11, comme si on y énonçait une liste exhaustive d’éléments pertinents.

[52] Le guide opérationnel constitue un ensemble de lignes directrices administratives, sans plus. De telles lignes directrices sont souhaitables lorsqu’on a affaire à une disposition comme celle qui est en cause, puisqu’elles favorisent la cohérence du processus décisionnel (*Hawthorne*, précité; *Eng c. Canada (Citoyenneté et*

way toward shedding light on the meaning of “unusual and undeserved, or disproportionate hardship”. Indeed, the Federal Court regularly upholds officers’ determinations that are based on a sensitive consideration of these factors that are live on the facts before them.

[53] However, the processing manual is not law: administrative policy statements are only a source of guidance and in no way amend the provisions of the Act or the Regulations (see *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2). It would be reviewable error for an officer to see the processing manual as presenting a closed list of factors to consider and, in that way, to regard the processing manual, and not subsection 25(1), as the law. That would constitute an impermissible fettering of discretion: see, e.g., *Stemijon Investments Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 299 341 D.L.R. (4th) 710. Such an approach might leave presently unforeseeable but deserving situations out in the cold.

[54] I adopt the following caution sounded in this very context by my colleague, Dawson J. (as she then was) in *Lim v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCT 956, at paragraph 4:

It is well settled law that policy guidelines are appropriate so long as they do not fetter the discretion of an individual officer. This is because the exercise of discretion implies the absence of a rule dictating the result in each case. Each case must be looked at individually, on its own merits. Guidelines are not to be regarded as being exhaustive or definitive. Guidelines are to be no more than a statement of general policy or a rough rule of thumb. [Citation omitted.]

[55] Officers must always scrutinize the particular facts before them and consider whether the applicant is personally and directly suffering unusual and undeserved, or disproportionate hardship, regardless of whether the type of hardship is specifically mentioned in the processing manual.

Immigration), 2011 CF 596). Le guide aide à faire la lumière sur le sens de l’expression « difficultés inhabituelles et injustifiées ou excessives ». La Cour fédérale confirme d’ailleurs régulièrement les décisions d’agents fondées sur l’examen attentif des facteurs mis en jeu par les faits portés à leur attention.

[53] Le guide opérationnel n’a toutefois pas force de loi : les énoncés administratifs de politiques sont uniquement un outil d’orientation et ils ne modifient en rien les dispositions de la Loi ou du Règlement (voir *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2). L’agent commettrait une erreur susceptible de contrôle s’il estimait que le guide opérationnel contient la liste exhaustive de facteurs à prendre en compte et, de cette manière, considérerait que ce guide, plutôt que le paragraphe 25(1), constituait le droit applicable. Il s’agirait alors d’une entrave inadmissible à l’exercice du pouvoir discrétionnaire (voir, p. ex., *Stemijon Investments Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 299). Avec une telle approche, des situations actuellement imprévisibles, méritant néanmoins d’être prises en compte, pourraient être laissées de côté.

[54] Je fais mien l’appel suivant à la prudence lancé dans ce contexte même par ma collègue la juge Dawson (qui siégeait alors à la Cour fédérale) dans la décision *Lim c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2002 CFPI 956, au paragraphe 4 :

Il est bien établi en droit que les lignes directrices sont appropriées dans la mesure où elles n’entravent pas l’exercice du pouvoir discrétionnaire de l’agent. Il en est ainsi car l’exercice du pouvoir discrétionnaire sous-entend qu’aucune règle ne doit dicter le résultat dans chaque cas. Chaque cas doit être examiné comme un cas d’espèce quant à son bien-fondé. Les lignes directrices ne doivent pas être considérées comme exhaustives ou définitives. Elles constituent tout au plus un énoncé de politique générale ou une règle empirique grossière. [Renvoi omis.]

[55] Les agents doivent toujours analyser les faits particuliers portés à leur attention et rechercher si le demandeur subit ou non, personnellement et directement, des difficultés inhabituelles et injustifiées ou excessives, peu important si le type de difficultés en cause est mentionné expressément dans le guide opérationnel.

[56] Mr. Kanthasamy submitted that the test under subsection 25(1) is broader than that set out above. He submitted that this Court should follow two authorities that adopted such an approach: *Yhap v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 1 F.C. 722 (T.D.); and *Chirwa, Lancelot* (1970), 4 I.A.C. 338 (I.A.B.).

[57] I do not agree that the Federal Court [then the Federal Court Trial Division] in *Yhap*, read in whole, adopted a test different from that applied by the Federal Court in other cases. In *Yhap*, the Court held the scope of discretion was “wide”, which undoubtedly it is (at page 739). It considered the processing manual to provide useful assistance to officers in the exercise of their discretion. It warned that the officers must not take the text of the processing manual and “consider it a limitation on the category of humanitarian and compassionate factors” (at page 741). It warned that the officers must direct their minds to the “humanitarian and compassionate circumstances” and “not to a set of criteria which constitute inflexible limitations on the discretion conferred by the Act.” In the end, it applied the unusual and undeserved, or disproportionate hardship test.

[58] I do acknowledge that in *Yhap*, in isolated words not subsequently adopted, the Federal Court suggested that broader reasons of public policy might come to bear. And in *Chirwa*, the Board suggested that compassionate considerations are “those facts, established by the evidence, which would excite in a reasonable man in a civilized community a desire to relieve the misfortunes of another—so long as these misfortunes ‘warrant the granting of special relief’ from the effect of the provisions of the *Immigration Act*.” In my view, however, these isolated words do not correctly express the test under subsection 25(1) of the Act.

[59] The Federal Court has repeatedly rejected such a broad interpretation of subsection 25(1): *Reis v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 179, 405 F.T.R.

[56] M. Kanthasamy a soutenu que le critère mentionné au paragraphe 25(1) était plus large que celui exposé précédemment. Selon lui, la Cour doit suivre l’enseignement de deux décisions où l’on a adopté une telle approche, soit *Yhap c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1990] 1 C.F. 722 (1^{re} inst.), et *Chirwa, Lancelot* (1970), 4 I.A.C. 338 (C.A.I.).

[57] Je ne saurais dire, après examen global de la décision *Yhap*, que la Cour fédérale [auparavant la Section de première instance de la Cour fédérale] a alors retenu un critère différent de celui auquel elle a recouru dans d’autres affaires. La Cour fédérale a jugé à l’occasion de l’affaire *Yhap* que le pouvoir discrétionnaire accordé était « d’une grande portée », et cela ne fait nul doute (à la page 739). Elle a dit estimer que le guide opérationnel apportait une aide utile aux agents dans l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire. Elle a mis en garde les agents de ne pas considérer le texte du guide opérationnel « comme une restriction à imposer à la catégorie des facteurs d’ordre humanitaire » (à la page 741), et a déclaré qu’ils devaient concentrer leur attention sur ce qui « constitue des circonstances d’ordre humanitaire » et « non sur un ensemble de critères qui constituent des restrictions inflexibles imposées au pouvoir discrétionnaire prévu par la Loi ». En dernière analyse, la Cour fédérale a appliqué le critère des difficultés inhabituelles et injustifiées ou excessives.

[58] Je reconnais que dans la décision *Yhap*, par des expressions isolées et non-reprises par la suite, la Cour fédérale a laissé entendre que des motifs plus généraux d’intérêt public pouvaient entrer en ligne de compte. En outre, la Commission a déclaré à l’occasion de l’affaire *Chirwa* que les considérations d’ordre humanitaire étaient « des faits établis par la preuve, de nature à inciter tout homme raisonnable d’une société civilisée à soulager les malheurs d’une autre personne — dans la mesure où ses malheurs “justifient l’octroi d’un redressement spécial” aux fins des dispositions de la *Loi sur l’immigration* ». J’estime toutefois qu’on n’exprime pas correctement par ces expressions isolées le critère énoncé au paragraphe 25(1) de la Loi.

[59] La Cour fédérale a rejeté à maintes reprises une interprétation aussi large du paragraphe 25(1) (*Reis c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 179;

104; *Jung v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 678; and *Aoanan v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 734, 353 F.T.R. 283.

[60] I agree with these more recent decisions of the Federal Court. The isolated words in *Yhap* and *Chirwa* take subsection 25(1) beyond permitting relief in situations of very significant hardship (as described above) to situations where one's subjective view of the equities is aroused. That goes beyond the role of subsection 25(1) within the scheme of the Act. It would take even broader words, such as "equitable and just", to import such an expansive standard into subsection 25(1) of the Act.

[61] For completeness, I would add that a finding that an applicant has established humanitarian and compassionate grounds under subsection 25(1) of the Act does not automatically mean that the applicant is entitled to relief. The Minister can refuse to allow the exception when he is of the view that public interest reasons shaped by "the general context of Canadian laws and policies on immigration", especially those set out in the section 3 of the Act, supersede humanitarian and compassionate reasons. See *Legault*, above, at paragraphs 17–18; *Pannu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1356, at paragraph 29.

[62] Now I turn to subsection 25(1.3) of the Act.

[63] The *Balanced Refugee Reform Act*, above, added subsection 25(1.3) to the Act. This new subsection provides that an officer may not consider the factors that are taken into consideration under sections 96 and 97 of the Act, but must consider elements related to hardships:

25....

Non-application of certain factors

(1.3) In examining the request of a foreign national in Canada, the Minister may not consider the factors that are taken into account in the determination of whether a person is a Convention

Jung c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2009 CF 678; *Aoanan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 734).

[60] A mon sens, cette jurisprudence plus récente de la Cour fédérale est saine. Vu les expressions isolées utilisées à l'occasion des affaires *Yhap* et *Chirwa*, le paragraphe 25(1), plutôt que de simplement permettre une dispense lorsqu'on fait face à de très graves difficultés (comme on l'a décrit précédemment), autorise cette dispense lorsque sont soulevées des considérations subjectives touchant l'équité, ce qui va au-delà de l'objet du paragraphe 25(1) dans le cadre du régime de la Loi. Il faudrait des mots de plus large portée encore, comme « équitable et juste », pour qu'on puisse dégager du paragraphe 25(1) de la Loi un critère aussi large.

[61] Par souci d'exhaustivité, j'ajoute que le demandeur n'as pas automatiquement droit à la dispense du simple fait qu'on a conclu qu'il avait établi l'existence de considérations d'ordre humanitaire aux fins du paragraphe 25(1) de la Loi. Le ministre peut ne pas accorder la dispense s'il est d'avis que des considérations d'intérêt public s'inscrivant « dans le contexte général des lois et politiques canadiennes d'immigration », particulièrement celles énoncées à l'article 3 de la Loi, l'emportent sur les raisons d'ordre humanitaire (voir *Legault*, précité, aux paragraphes 17 et 18; *Pannu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1356, au paragraphe 29).

[62] Examinons maintenant le paragraphe 25(1.3) de la Loi.

[63] On a prévu dans la *Loi sur des mesures de réforme équitables concernant les réfugiés*, précitée, l'ajout du paragraphe 25(1.3) à la Loi. Selon ce nouveau paragraphe, l'agent ne doit tenir compte d'aucun des facteurs pris en considération aux fins des articles 96 et 97 de la Loi, mais doit toutefois tenir compte des difficultés auxquelles l'étranger fait face :

25. [...]

(1.3) Le ministre, dans l'étude de la demande faite au titre du paragraphe (1) d'un étranger se trouvant au Canada, ne tient compte d'aucun des facteurs servant à établir la qualité de réfugié

Non-application de certains facteurs

refugee under section 96 or a person in need of protection under subsection 97(1) but must consider elements related to the hardships that affect the foreign national.

[64] Counsel submits that subsection 25(1.3) has no application to subsection 25(1) applications because the opening words of subsection 25(1) say “Subject to subsection (1.2)”, not “Subject to subsections (1.2) and (1.3)”.

[65] This submission has no merit. Subsection (1) requires the Minister to consider requests when made. Subsection (1.2) acts as an exception to this, preventing the Minister from considering subsection 25(1) applications right at the outset in certain situations, for example where another subsection 25(1) application is pending. Subsection (1.3) supplements subsection 25(1) by guiding the officer on how an application should be assessed once the officer is considering the application.

[66] What then is the role of subsection 25(1.3)? In my view, it is not meant to change the overall standard of subsection 25(1) which, as we have seen, is to redress situations where the applicant will personally and directly suffer unusual and undeserved, or disproportionate hardship.

[67] Rather, on its express words, subsection 25(1.3) warns that the humanitarian and compassionate relief process is not to duplicate the processes under sections 96 and 97 of the Act. Subsection 25(1.3) goes no further than that.

[68] Applicants for humanitarian and compassionate relief under subsection 25(1) have not met the thresholds for relief under sections 96 and 97 of the Act. They have not met the risk factors under those sections, namely the risk of persecution, torture, or cruel and unusual treatment or punishment upon removal in accordance with international conventions.

[69] Subsection 25(1.3) provides, in effect, that a humanitarian and compassionate relief application must

— au sens de la Convention — aux termes de l’article 96 ou de personne à protéger au titre du paragraphe 97(1); il tient compte, toutefois, des difficultés auxquelles l’étranger fait face.

[64] On a fait valoir que le paragraphe 25(1.3) ne vise pas les demandes présentées en vertu du paragraphe 25(1) puisque cette disposition débute par les mots « Sous réserve du paragraphe (1.2) » et non « Sous réserve des paragraphes (1.2) et (1.3) ».

[65] Cette thèse est sans fondement. Le paragraphe (1) dispose que le ministre doit étudier les demandes qui lui sont faites. Le paragraphe (1.2) établit une exception, en interdisant au ministre d’étudier la demande faite au titre du paragraphe 25(1) dans certains cas, par exemple lorsqu’une telle demande a déjà été présentée et est toujours pendante. Le paragraphe (1.3) apporte des précisions au paragraphe 25(1) en indiquant à l’agent comment évaluer une demande lorsqu’il procède à son étude.

[66] Quel est alors l’objet du paragraphe 25(1.3)? Cet objet n’est pas selon moi de modifier le critère général consacré par le paragraphe 25(1) qui, comme on l’a vu, vise à remédier aux situations où le demandeur subirait, personnellement et directement, des difficultés inhabituelles et injustifiées ou excessives.

[67] Au contraire, le paragraphe 25(1.3) dispose expressément que le processus de dispense pour considérations d’ordre humanitaire ne doit pas faire double emploi avec les processus d’application des articles 96 et 97 de la Loi. Le paragraphe 25(1.3) ne va plus loin que cela.

[68] Les personnes qui présentent une demande de dispense pour considérations d’ordre humanitaire au titre du paragraphe 25(1) ne répondent pas aux exigences minimales permettant de se prévaloir des dispositions des articles 96 et 97 de la Loi. Ils n’ont pas satisfait aux facteurs de risque faisant jouer ces articles, plus précisément le risque de persécution, de torture ou de traitements ou peines cruels et inusités, en conformité avec les conventions internationales.

[69] Le paragraphe 25(1.3) prévoit en fait que le processus de demande de dispense pour considérations

not duplicate the processes under sections 96 and 97 of the Act, i.e., assess the risk factors for the purposes of sections 96 and 97 of the Act.

[70] But this is not to say that the facts that were adduced in proceedings under sections 96 and 97 of the Act are irrelevant to a humanitarian and compassionate relief application. Far from it.

[71] While the facts may not have given the applicant relief under sections 96 or 97, they may nevertheless form part of a constellation of facts that give rise to humanitarian and compassionate grounds warranting relief under subsection 25(1).

[72] In submissions, the Minister accepted that this was so. She suggested that the same facts marshalled in support of relief sought under sections 96 and 97 are relevant to section 25 but they have to be seen in light of or, in her words, “through the lens” of the section 25 test, which is one of hardship.

[73] In my view, that is a useful way of describing what must happen under section 25 now that subsection 25(1.3) has been enacted—the evidence adduced in previous proceedings under sections 96 and 97 along with whatever other evidence that applicant might wish to adduce is admissible in subsection 25(1) proceedings. Officers, however, must assess that evidence through the lens of the subsection 25(1) test—is the applicant personally and directly suffering unusual and undeserved, or disproportionate hardship?

[74] The role of the officer, then, is to consider the facts presented through a lens of hardship, not to undertake another section 96 or 97 risk assessment or substitute his decision for the Refugee Protection Division’s findings under sections 96 and 97. His task is not to perform the same assessment of risk as is conducted under sections 96 and 97. The officer is to look at facts relating to hardship, not factors relating to risk.

humanitaires ne doit pas faire double emploi avec les processus fondés sur les articles 96 et 97 de la Loi, qui concernent l’évaluation des facteurs de risque aux fins de ces articles.

[70] Il ne s’ensuit toutefois pas que les faits exposés dans une procédure relevant des articles 96 et 97 de la Loi sont sans intérêt dans le cadre d’une demande de dispense pour considérations d’ordre humanitaire. Loin de là d’ailleurs.

[71] Quoique les faits aient pu ne pas donner ouverture, pour le demandeur, à la protection offerte par les articles 96 et 97, ils peuvent néanmoins faire partie d’un éventail de faits équivalant à des considérations d’ordre humanitaire qui justifient la dispense aux termes du paragraphe 25(1).

[72] Le ministre l’a reconnu dans ses observations, soutenant que les éléments réunis à l’appui de la demande au titre des articles 96 et 97 sont également pertinents lorsqu’est invoqué l’article 25, mais qu’il faut les voir à la lumière, ou [TRADUCTION] « à travers le prisme », selon ses termes, du critère de l’article 25, soit celui des difficultés.

[73] C’est là à mon avis un exposé utile de ce que commande l’article 25 depuis qu’a été adopté le paragraphe 25(1.3) : les éléments de preuve produits dans le cadre d’une procédure antérieure fondée sur les articles 96 et 97, ainsi que toute autre élément que le demandeur pourra vouloir présenter, est admissible dans une procédure au titre du paragraphe 25(1). Les agents doivent toutefois apprécier ces éléments à travers le prisme du critère du paragraphe 25(1) et ainsi rechercher si le demandeur fait face personnellement et directement à des difficultés inhabituelles et injustifiées ou excessives.

[74] Le rôle de l’agent consiste donc à examiner les faits présentés sous le prisme des difficultés en cause, et non de procéder à une nouvelle appréciation du risque aux fins des articles 96 et 97 ou de substituer sa décision aux conclusions tirées, lors de l’appréciation de ce risque, par la Section de la protection des réfugiés. L’agent n’a pas pour mission d’effectuer la même appréciation du risque que celle menée au titre des articles 96

[75] Matters such as well-founded fear of persecution, risk to life, and risk of cruel and unusual treatment or punishment—factors under sections 96 and 97—may not be considered under subsection 25(1) by virtue of subsection 25(1.3) but the facts underlying those factors may nevertheless be relevant insofar as they relate to whether the applicant is directly and personally experiencing unusual and undeserved, or disproportionate hardship.

[76] It follows that I agree with Justice Hughes' comments in *Caliskan v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 1190, [2014] 2 F.C.R. 111, at paragraph 22:

I conclude that the guidelines got it right in construing how the amended provisions of section 25 of IRPA are to be interpreted. We are to abandon the old lingo and jurisprudence respecting personalized and generalized risk and focus upon the hardship to the individual. Included within the broader exercise in considering such hardship is consideration of “adverse country conditions that have a direct negative impact on the applicant.”

[77] Before leaving this section of my reasons, I wish to address Mr. Kanthasamy's submission that subsection 25(1.3) must be interpreted in accordance with the values expressed in section 7 of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. In my view, the above interpretation—which permits a consideration of the evidence through the lens of hardship—is consistent with Charter values. Those who suffer disproportionate hardship in their particular circumstances will be entitled to humanitarian and compassionate relief under section 25 of the Act.

et 97. L'agent doit se pencher sur les faits qui se rapportent aux difficultés, pas sur les facteurs qui se rapportent au risque.

[75] Si des éléments comme la crainte fondée de persécution, la menace à la vie et le risque de traitements ou peines cruels et inusités — des facteurs liés aux articles 96 et 97 — ne peuvent être pris en compte dans l'étude de la demande faite au titre du paragraphe 25(1) en vertu du paragraphe 25(1.3), les faits qui sous-tendent ces facteurs peuvent néanmoins s'avérer pertinents, dans la mesure où ils ont trait à la question de savoir si le demandeur fait face directement et personnellement à des difficultés inhabituelles et injustifiées ou excessives.

[76] Je souscris par conséquent aux observations suivantes formulées par le juge Hughes à l'occasion de l'affaire *Caliskan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 1190, [2014] 2 R.C.F. 111, au paragraphe 22 :

Je conclus que les auteurs des lignes directrices ont vu juste quant à l'interprétation qu'il convient de faire des dispositions modifiées de l'article 25 de la LIPR. Nous devons abandonner le vieux jargon et l'ancienne jurisprudence relatifs aux risques personnalisés et généralisés et nous concentrer sur les difficultés qu'éprouverait l'intéressé. Cet exercice plus général d'examen des difficultés en question comprend la prise en compte « des conditions défavorables dans le pays qui ont une incidence néfaste directe sur le demandeur ».

[77] Avant d'en finir avec cette partie des motifs, je désire aborder la thèse de M. Kanthasamy selon laquelle il faut interpréter le paragraphe 25(1.3) conformément aux valeurs exprimées à l'article 7 de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]. À mon avis, l'interprétation présentée plus haut — qui permet la prise en compte des éléments de preuve à travers le prisme des difficultés en cause — est cohérente avec les valeurs de la Charte. Les personnes qui sont, en raison de leur situation particulière, exposées à des difficultés excessives ont droit à la dispense pour considérations d'ordre humanitaire prévue à l'article 25 de la Loi.

[78] I would add that a refusal under section 25 to exempt applicants from the requirements of the Act does not take away rights. It does not refuse permanent residence to applicants. Rather, it means they will have to comply with the usual requirements of the Act and regulations, requirements that are constitutionally compliant.

(2) Reasonableness review

[79] Are there any grounds to set aside the officer's decision in this case? As mentioned above, the Federal Court properly found that the officer's decision is subject to reasonableness review.

[80] After conducting reasonableness review, the Federal Court found that the officer's decision passed muster. Our task is to assess whether that conclusion is correct.

[81] What does reasonableness mean? *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 describes it as a range of outcomes that is acceptable and defensible on the facts and the law.

[82] In later jurisprudence, the Supreme Court said in *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5, at paragraphs 17–19 and 23, the range of acceptable and defensible outcomes is “flexible”, depends on “all relevant factors” and “varies with ... the nature of the impugned administrative act” and “the particular type of decision making involved”. In *Catalyst*, the range was rather broad, as the decision maker had a “broad discretion” involving “an array of social, economic, political and other non-legal considerations.”

[83] The idea of ranges of acceptable and defensible outcomes or margins of appreciation that broaden or narrow depending on the circumstances was recently reaffirmed in *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895, at paragraphs 37–41. See also cases in this Court such as

[78] J'ajouterais que le refus de dispenser les demandeurs, sur le fondement de l'article 25, des exigences de la Loi ne leur enlève aucun droit, ni ne les empêche d'obtenir la résidence permanente. Un tel refus signifie plutôt que les demandeurs doivent respecter les exigences habituelles de la Loi et des règlements, exigences qui sont conformes à la Constitution.

2) Examen de la raisonabilité

[79] Y a-t-il des raisons d'annuler la décision de l'agente dans la présente affaire? Comme on l'a vu, la Cour fédérale a conclu à juste titre que la décision de l'agente était susceptible d'examen selon la norme de la raisonabilité.

[80] Après avoir procédé à l'examen en fonction de cette norme, la Cour fédérale a conclu que la décision de l'agente était acceptable. La mission qui nous incombe est d'apprécier cette conclusion.

[81] Qu'entend-on par raisonabilité? Cette norme est définie par la jurisprudence *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 comme l'appartenance à un éventail d'issues acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit.

[82] La Cour suprême a déclaré par l'arrêt postérieur *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5, aux paragraphes 17 à 19 et 23, que l'éventail des issues acceptables pouvant se justifier était une norme « souple », variant en fonction de « l'ensemble des facteurs pertinents » et de « la nature de la mesure administrative contestée » ainsi que du « type particulier de processus décisionnel en cause ». L'éventail en cause était plutôt large dans l'affaire *Catalyst*, le décideur disposant d'un « large pouvoir discrétionnaire » qui faisait intervenir « toute une gamme de considérations non juridiques, notamment sur les plans social, économique et politique ».

[83] On a réaffirmé la notion d'éventail d'issues acceptables pouvant se justifier ou de marge d'appréciation s'élargissant ou se resserrant selon les circonstances par le récent arrêt *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895, aux paragraphes 37 à 41 (se reporter également à

Abraham v. Canada (Attorney General), 2012 FCA 266, 440 N.R. 201, at paragraphs 37–50; *Canada (Attorney General) v. Canadian Human Rights Commission*, 2013 FCA 75, 277 C.R.R. (2d) 233, at paragraphs 13–14.

[84] Putting the words of *Baker* (“considerable deference”) into the language of post-*Dunsmuir* standard of review jurisprudence, in many cases under subsection 25(1) officers will have a broad range of acceptable and defensible outcomes available to them. This being said, owing to the importance of the matter to applicants under subsection 25(1), the Court must be vigilant in ensuring that the outcome the officer reaches is truly within that range: *Canada (Transport, Infrastructure and Communities) v. Farwaha*¹, 2014 FCA 56, 455 N.R. 157.

[85] In my view, the officer reached a decision that was defensible and acceptable on the facts before her. Several reasons support this conclusion.

[86] The officer charged herself correctly on the law. In her first set of reasons, the officer stated that in order to establish humanitarian and compassionate grounds Mr. Kanthasamy would have to show that his personal circumstances are such that the hardship of having to obtain a permanent visa from outside Canada in the normal manner would be unusual and undeserved, or disproportionate. The officer noted the need to consider Mr. Kanthasamy’s personalized risk, establishment in Canada and the best interest of the child.

[87] Mr. Kanthasamy identified a fear of returning to Sri Lanka because he is a young Tamil male from the northern region of the country.

[88] The officer noted the presence of subsection 25(1.3). In her view, the fear identified by Mr. Kanthasamy pertained to fear of persecution, torture, risk to life or

la jurisprudence de notre Cour, notamment à *Abraham c. Canada (Procureur général)*, 2012 CAF 266, aux paragraphes 37 à 50, ainsi qu’à *Canada (Procureur général) c. Commission canadienne des droits de la personne*, 2013 CAF 75, aux paragraphes 13 et 14).

[84] Pour recourir au vocabulaire utilisé dans la jurisprudence sur la norme de contrôle postérieure à la jurisprudence *Dunsmuir* afin d’exprimer ce qui est dit dans l’arrêt *Baker* (la nécessité d’une « grande retenue »), les agents disposent dans bien des cas, face à une demande fondée sur le paragraphe 25(1), d’un vaste éventail d’issues. La demande relevant du paragraphe 25(1), le juge doit s’assurer avec vigilance de l’appartenance véritable à un tel éventail de l’issue à laquelle l’agent est arrivé (*Canada (Transport, Infrastructure et Collectivités) c. Farwaha*¹, 2014 CAF 56).

[85] J’estime qu’en l’espèce l’agente a pris une décision acceptable qui se justifie au regard des faits dont elle disposait. Plusieurs motifs militent en faveur de cette conclusion.

[86] L’agente a correctement exposé les règles de droit applicables. Elle a déclaré dans ses premiers motifs que, pour faire valoir avec succès les considérations d’ordre humanitaire, M. Kanthasamy devait démontrer que sa situation personnelle était telle que les difficultés occasionnées par l’obtention hors du Canada d’un visa de résident permanent de la manière normale seraient inhabituelles et injustifiées ou excessives. L’agente a aussi signalé la nécessité de prendre en compte le risque personnalisé couru par M. Kanthasamy, l’établissement de ce dernier au Canada et l’intérêt supérieur de l’enfant.

[87] M. Kanthasamy a fait part de sa crainte de retourner au Sri Lanka parce qu’il était un jeune Tamoul du Nord de ce pays.

[88] L’agente a relevé l’existence du paragraphe 25(1.3). Elle a estimé que la crainte invoquée par M. Kanthasamy était une crainte de persécution, de

¹ Editor’s Note: This decision will be reported in the *Federal Courts Reports*.

¹ Note de l’arrêviste: Cette décision sera publiée dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

cruel and unusual treatment or punishment on the basis of his race or nationality. In light of subsection 25(1.3), the officer stated in her first set of reasons that she did not consider “the applicant’s risk in this context”, meaning in the context of whether he is a Convention refugee under section 96 or a person in need of protection under subsection 97(1). She repeated this in her second set of reasons. Given the interpretation of subsection 25(1.3) I have reached, above, this was an acceptable approach.

[89] However—again, consistently with the approach I have described above—the officer did consider Mr. Kanthasamy’s fear based on being a young Tamil male from the northern region of the country in the specific context of the subsection 25(1) application, viewing it through the lens of hardship.

[90] Taking both sets of reasons together, the officer considered a wide variety of evidence placed before her. The officer considered Mr. Kanthasamy’s letter of submissions, affidavit, a USDOS [United States Department of State] report regarding the treatment of Tamils in Sri Lanka, various letters, photographs, country documentation and a psychological assessment. Weighing all of this evidence, the officer decided against granting Mr. Kanthasamy’s section 25 application for several reasons.

[91] First, the officer found that “insufficient evidence was presented to satisfy [her] that the applicant will be targeted by the security forces”. The officer identified areas where the evidence was lacking.

[92] Second, the officer found in her first set of reasons that the targeting of young Tamil males was done for security reasons “on suspicion that those targeted are LTTE supporters or sympathizers” and that “measures [were] taken by the government to improve the security forces with respect to treatment of Tamils”. In her

torture, de menace pour la vie ou de risque de traitements ou peines cruels et inusités en raison de sa race ou de sa nationalité. Au regard du paragraphe 25(1.3), l’agente a déclaré dans ses premiers motifs qu’elle n’avait pas considéré [TRADUCTION] « le risque couru par le demandeur dans ce contexte », en entendant par ce contexte la question de savoir si ce dernier était un réfugié au sens de la Convention aux fins de l’article 96, ou une personne à protéger aux fins du paragraphe 97(1). Elle a déclaré la même chose dans ses seconds motifs. Étant donné mon interprétation du paragraphe 25(1.3) exposée précédemment, il s’agissait là d’une approche acceptable.

[89] Cependant — encore une fois conformément à l’approche que j’ai décrite —, l’agente a bien tenu compte de la crainte de M. Kanthasamy fondée sur le fait qu’il était un jeune Tamoul du Nord du Sri Lanka, dans le contexte particulier de l’étude de sa demande au titre du paragraphe 25(1) à travers le prisme des difficultés du demandeur.

[90] Après examen de concert des premiers et des seconds motifs, j’estime que l’agente a pris en compte une grande diversité d’éléments de preuve qu’on lui avait présentés : la lettre d’observations et l’affidavit de M. Kanthasamy, un rapport du Département d’État des États-Unis sur le traitement réservé aux Tamouls au Sri Lanka, diverses lettres, des photographies, des documents sur la situation dans le pays et un rapport d’évaluation psychologique. Après avoir apprécié tous ces éléments de preuve, l’agente a rejeté la demande de M. Kanthasamy fondée sur l’article 25, et ce, par plusieurs motifs.

[91] Premièrement, l’agente a conclu que [TRADUCTION] « la preuve qui [lui avait] été présentée était insuffisante pour [la] convaincre que le demandeur serait ciblé par les forces de sécurité ». Elle a précisé les points à l’égard desquels elle estimait que la preuve était lacunaire.

[92] Deuxièmement, l’agente a conclu dans ses premiers motifs que le ciblage des jeunes Tamouls s’expliquait par des motifs de sécurité, [TRADUCTION] « car on les soupçon[n]ait être des partisans ou des sympathisants des TLET », et que « le gouvernement a[vait] pris des mesures pour que les forces de sécurité

second set of reasons, the officer found that the security measures were taken “to preserve the best interests and security of the Sri Lankan nation as a whole” and “attempts have been made by the government to improve the situation regarding Tamils”. In short, in her view, conditions in Sri Lanka for Tamils were improving.

[93] Third, Mr. Kanthasamy failed to “provide detailed information or evidence of discrimination he suffered while in Sri Lanka”.

[94] Fourth, while Mr. Kanthasamy had established himself to some extent in Canada, he did not establish himself “to such a degree that return to Sri Lanka would amount to unusual and undeserved or disproportionate hardship”. In saying this, the officer took into account that Mr. Kanthasamy had been in Canada for some time and so some degree of establishment would be expected.

[95] Fifth, in considering Mr. Kanthasamy’s best interests as a child at the time of the application, the officer found that it would be in “his best interest to return to Sri Lanka” where “he would ... have the care and support of his immediate family members” and “no evidence has been provided to satisfy [her] that they will be unable or unwilling to assist or support him with re-integration into Sri Lankan society”. He had spent the majority of his life in Sri Lanka and he had attended school there. The officer noted that Mr. Kanthasamy had failed to satisfy her that “he would be unable to attend school or that he would be unable to obtain employment ... upon his return to Sri Lanka”.

[96] Sixth, in the second set of reasons the officer examined the psychologist’s report offered in support of Mr. Kanthasamy’s application and acknowledged the medical expertise of the psychologist. However, the officer assigned it little weight, noting that the details of past experiences of Mr. Kanthasamy in the

traitent mieux les Tamouls ». L’agente a également conclu dans ses seconds motifs que les mesures de sécurité prises visaient à [TRADUCTION] « protéger les intérêts supérieurs et à assurer la sécurité de la nation sri-lankaise tout entière » et que « le gouvernement [tentait] de diverses manières d’améliorer la situation des Tamouls ». Bref, selon l’agente, la situation des Tamouls s’améliorait au Sri Lanka.

[93] Troisièmement, M. Kanthasamy n’avait pas [TRADUCTION] « présenté des renseignements ou des éléments de preuve circonstanciés quant à la discrimination subie par lui au Sri Lanka ».

[94] Quatrièmement, s’il est vrai que M. Kanthasamy s’était établi dans une certaine mesure au Canada, ce degré d’établissement n’était pas [TRADUCTION] « tel que son retour au Sri Lanka lui occasionnerait des difficultés inhabituelles et injustifiées ou excessives ». L’agente a dit cela en tenant compte du fait que M. Kanthasamy était au Canada depuis un certain temps déjà et qu’on pouvait ainsi s’attendre à un certain degré d’établissement de sa part.

[95] Cinquièmement, l’agente a conclu, lorsqu’elle s’est penchée sur l’intérêt supérieur de M. Kanthasamy en tant qu’enfant au moment de la demande, qu’il serait [TRADUCTION] « dans son intérêt supérieur de retourner au Sri Lanka », où « il [...] disposerait des soins et du soutien des membres de sa famille immédiate »; l’agente a aussi conclu que [TRADUCTION] « la preuve produite ne [la] convainquait pas que [les membres de la famille] ne pourraient ou ne voudraient pas lui fournir aide et soutien en vue de sa réinsertion dans la société sri-lankaise ». M. Kanthasamy avait passé la plus grande part de sa vie au Sri Lanka et il y avait fait ses études. L’agente a souligné que M. Kanthasamy ne l’avait pas convaincue qu’il [TRADUCTION] « ne pourrait fréquenter l’école ou obtenir un emploi [...] advenant son retour au Sri Lanka ».

[96] Sixièmement, l’agente a examiné dans ses seconds motifs le rapport de psychologue produit à l’appui de la demande de M. Kanthasamy, et elle a reconnu les compétences médicales du psychologue. L’agente a toutefois accordé peu de poids à ce rapport, en faisant remarquer que les détails sur les événements

psychologist's report were hearsay, were based on one interview, and did not appear in any of the other materials submitted. Overall, the officer considered that "insufficient evidence was presented to satisfy [her] that the applicant will be targeted by the security forces". In a fairly detailed passage, the officer concluded the following:

Although [the psychologist's] diagnosis is or may be sound because in some parts it flows from the health professional's observations, the roots of the problem remain for the applicant to establish. The applicant may suffer from anxiety and distress for a number of reasons, and the [psychologist] is not in a position to say more than his conditions are consistent with their allegations. I accept the diagnosis however, the applicant has provided insufficient evidence that he has been or is currently in treatment regarding the aforementioned issues or that he could not obtain treatment if required in his native Sri Lanka or that in doing so it would amount to hardship that is unusual and undeserved or disproportionate.

[97] Mr. Kanthasamy took particular issue with the officer's findings concerning the psychologist's report. No doubt, that report contained statements to which weight could have been given leading to a decision in Mr. Kanthasamy's favour. But that is not the test under reasonableness review. Under reasonableness review, the officer is allowed to make acceptable and defensible assessments as to the significance and weight of the evidence.

[98] Here, the officer found the evidence to be deserving of little weight. There is nothing in the record that would undercut the acceptability and defensibility of that conclusion.

[99] In conducting reasonableness review of factual findings such as these, it is not for this Court to reweigh the evidence. Rather, under reasonableness review, our quest is limited to finding irrationality or arbitrariness of the sort that implicates our rule of law jurisdiction, such as a complete failure to engage in the fact-finding process, a failure to follow a clear statutory requirement

vécus par M. Kanthasamy dans le passé y constituaient du oui-dire, qu'ils s'appuyaient sur une seule entrevue et qu'on n'en faisait état dans aucun autre document produit. L'agente a estimé de manière générale que [TRADUCTION] « la preuve qui [lui avait] été présentée était insuffisante pour [la] convaincre que le demandeur serait ciblé par les forces de sécurité ». L'agente a exprimé de manière assez circonstanciée sa conclusion comme suit :

[TRADUCTION] Quoique le diagnostic [du psychologue] soit ou puisse être fiable puisqu'il découle en partie des observations mêmes du professionnel de la santé, le demandeur doit établir les racines du problème. Le demandeur peut souffrir d'angoisse et de détresse psychologique pour plusieurs raisons, et le [psychologue] n'est pas en mesure de faire plus que de dire que ses troubles concordent avec les allégations formulées. J'admets toutefois le diagnostic, mais le demandeur n'a quand même pas fourni une preuve suffisante pour démontrer qu'il subit ou qu'il a subi des traitements pour les problèmes susmentionnés, ou qu'il ne pourrait obtenir les traitements éventuellement nécessaires dans son pays d'origine, le Sri Lanka, ou encore que cela lui occasionnerait des difficultés inhabituelles et injustifiées ou excessives.

[97] M. Kanthasamy a particulièrement remis en question les conclusions de l'agente au sujet du rapport du psychologue. Il ne fait aucun doute que le rapport contenait des déclarations auxquelles ont aurait pu accorder du poids, et qu'il aurait pu justifier une décision favorable à M. Kanthasamy. Ce n'est toutefois pas là le critère applicable lors d'un contrôle selon la norme de la raisonabilité. En fonction de cette norme, il est loisible à l'agent d'apprécier l'importance et le poids à accorder aux éléments de preuve, dans la mesure où cette évaluation est acceptable et peut se justifier.

[98] En l'espèce, l'agente a conclu qu'il fallait accorder peu de poids aux éléments de preuve. Rien au dossier ne permet à la Cour d'estimer que cette conclusion est non acceptable ou non justifiable.

[99] Lorsqu'elle effectue un examen selon la norme de la raisonabilité de conclusions de fait telles que celles-ci, la Cour n'a pas pour mission d'apprécier de nouveau les éléments de preuve versés aux débats. Elle doit alors plutôt se limiter à rechercher si une conclusion a un caractère irrationnel ou arbitraire tel que sa compétence, reposant sur la primauté du droit, est

when finding facts, the presence of illogic or irrationality in the fact-finding process, or the making of factual findings without any acceptable basis whatsoever: *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487, at paragraphs 44–45; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644, at page 669.

[100] The officer’s decision does not suffer from any of these flaws. It is reasonable.

D. Disposition

[101] Therefore, I would answer the certified question as follows:

What is the nature of the risk, if any, to be assessed with respect to humanitarian and compassionate considerations under section 25 of IRPA, as amended by the *Balanced Refugee Reform Act*?

Answer: Matters such as well-founded fear of persecution, risk to life, and risk of cruel and unusual treatment or punishment—factors under sections 96 and 97—may not be considered under subsection 25(1) by virtue of subsection 25(1.3). However, the facts underlying those factors may nevertheless be relevant insofar as they relate to whether the applicant is directly and personally experiencing unusual and undeserved, or disproportionate hardship.

[102] Since the officer’s decision is reasonable, I would dismiss the appeal.

BLAIS C.J.: I agree.

SHARLOW J.A.: I agree.

engagée, comme l’absence totale de recherche des faits, le défaut, lors d’une telle recherche, de respecter une exigence expresse de la loi, le caractère illogique ou irrationnel du processus de recherche des faits ou l’absence de tout fondement acceptable à la conclusion de fait tirée (*Conseil de l’éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.S.O., District 15*, [1997] 1 R.C.S. 487, aux paragraphes 44 et 45; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l’industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644, à la page 669).

[100] La décision de l’agente n’est entachée d’aucune de ces lacunes. Elle est raisonnable.

D. Dispositif

[101] Je répondrais par conséquent à la question certifiée comme suit :

Quelle est la nature du risque, s’il en est, qui doit être examiné au titre des considérations d’ordre humanitaire visées à l’article 25 de la LIPR, modifié par la *Loi sur des mesures de réforme équitables concernant les réfugiés*?

Réponse : Il ne faut pas tenir compte, aux fins du paragraphe 25(1.3), de questions telles que la crainte fondée d’être persécuté, la menace à la vie et le risque de traitements ou peines cruels et inusités — facteurs visés aux articles 96 et 97 — dans l’étude d’une demande faite au titre du paragraphe 25(1). Les faits sous-tendant ces facteurs peuvent néanmoins s’avérer pertinents s’ils ont un lien avec la question de savoir si le demandeur fait face directement et personnellement à des difficultés inhabituelles et injustifiées ou excessives.

[102] Comme la décision de l’agente est raisonnable, je rejetterais l’appel.

LE JUGE EN CHEF BLAIS : Je suis d’accord.

LA JUGE SHARLOW, J.C.A. : Je suis d’accord.

IMM-6636-12
2013 FC 973

IMM-6636-12
2013 CF 973

Istvanne Rezmuves, Melissa Rezmuves (a minor) and Istvan Rezmuves (a minor) by their Litigation Guardian Istvanne Rezmuves (*Applicants*)

Istvanne Rezmuves, Melissa Rezmuves (mineure) et Istvan Rezmuves (mineur) représentés par leur tutrice à l'instance Istvanne Rezmuves (*demandeurs*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration (*Respondent*)

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

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

RÉPERTORIÉ : REZMUVES c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)

Federal Court, Gleason J.—Toronto, March 28; Ottawa, September 23, 2013.

Cour fédérale, juge Gleason—Toronto, 28 mars; Ottawa, 23 septembre 2013.

Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Judicial review of Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division decision rejecting applicants' applications for refugee status, application of now estranged spouse of Ms. Rezmuves (female applicant) — Applicants, Hungarian Roma — Claiming refugee protection for reasons of discrimination, victimization allegedly encountered in Hungary — Applicants' refugee claims joined with claim of female applicant's estranged spouse — Motion for disjoinder of applicants' applications from that of estranged spouse refused — Board refusing refugee applications of applicants, estranged spouse; finding that female applicant's claim to being harassed, assaulted, raped by members of Hungarian Guard not credible primarily because estranged spouse not believing raped occurring — Applicants arguing inter alia that Board erring in refusing motion for disjoinder, thereby violating applicants' rights to procedural fairness; erring in finding female applicant's claim lacking in credibility — Whether correctness or reasonableness standard of review applying to Board's refusal to disjoin claims; whether applicants denied procedural fairness in present case; whether Board's credibility findings unreasonable — Board not entitled to deference in respect of decision to refuse motion for disjoinder — Procedural fairness requiring that right of cross-examination be afforded to refugee claimant when confronted with testimony adverse to claimant's position — Such cross-examination envisaged under the Refugee Protection Division Rules only if the claims disjoined — Board's refusal of disjoinder request, consequent denial of right to cross-examine therefore violating applicants' procedural fairness rights — Board's credibility findings unreasonable, made in perverse, capricious manner — Board's logic on issue of credibility demonstrating insensitivity to female applicant's situation, lack of awareness to broader issue of domestic abuse, sexual assault — Question regarding

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) a rejeté les demandes d'asile des demandeurs et la demande de l'époux maintenant séparé de M^{me} Rezmuves (demanderesse) — Les demandeurs sont des Roms d'origine hongroise — Ils ont demandé l'asile en invoquant la discrimination et la victimisation qu'ils alléguaient avoir subies en Hongrie — La demande d'asile des demandeurs a été jointe à l'origine à la demande d'asile de l'ex-époux de la demanderesse — Une requête de séparation de la demande de l'ex-époux de celle des demandeurs a été refusée — La Commission a rejeté les demandes des demandeurs et celle de l'ex-époux et a conclu que l'allégation selon laquelle la demanderesse a été harcelée, agressée et violée par des membres de la Garde hongroise n'était pas crédible en grande partie en raison du fait que l'ex-époux ne croyait pas que le viol avait eu lieu — Les demandeurs ont fait valoir entre autres que la Commission a commis une erreur en rejetant la requête de séparation et les a du coup privés de leur droit à l'équité procédurale et qu'elle a également commis une erreur en concluant que la demande de la demanderesse n'était pas crédible — Il s'agissait de savoir si la norme de la décision correcte ou la norme de la décision raisonnable s'appliquait au refus par la Commission de séparer les demandes; s'il y a eu manquement à l'équité procédurale en l'espèce; et si la Commission a tiré des conclusions déraisonnables quant à la crédibilité — Il n'y avait pas lieu de faire preuve de déférence à l'égard de la décision de la Commission de rejeter la demande de séparation — L'équité procédurale implique que le droit de contre-interroger doit être accordé à un demandeur d'asile dans le cas où le témoignage d'une autre partie lui est défavorable — Ce contre-interrogatoire est autorisé par les Règles de la Section de la protection des réfugiés

applicable standard of review for alleged error in failing to disjoin claims before Board certified — Application allowed.

This was an application for judicial review of a decision of the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board (Board) rejecting the applicants' applications for refugee status and the application of the now estranged spouse of Ms. Rezmuves (female applicant). The applicants are all citizens of Hungary of Roma ethnicity. The female applicant is the mother and the other two minor applicants are her children. They made claims for refugee protection based on discrimination and victimization they alleged they had encountered and would in future encounter in Hungary by reason of their ethnicity. Their claims were joined for hearing before the Board with the claim of the female applicant's estranged spouse. A motion for disjoinder of the applicants' applications from that of the estranged spouse for reasons of conflict of interest between the spouses was refused and the case proceeded. While counsel representing the applicants was initially acting for both the applicants and the estranged spouse, counsel decided to act only for the female applicant and her children. The Board refused the refugee applications of the applicants and of the estranged spouse. It found that the female applicant's claim to have been harassed, assaulted and raped by members of the Hungarian Guard was not credible. The Board premised its credibility determination in large part on the fact that the estranged spouse did not believe that the rape had occurred.

The applicants argued that the Board's decision should be set aside because, among other things, it erred in refusing the motion for disjoinder, thereby violating their rights to procedural fairness and it committed a reviewable error in finding the female applicant's claim to lack credibility. The applicants further asserted that the Board's treatment of the female applicant's evidence violated the principles enshrined in the *IRB Guideline 4 : Women Refugee Claimants Fearing Gender-Related Persecution: Guidelines issued by the Chairperson Pursuant to Section 65(3) of the Immigration Act* (Gender Guidelines) and that the Board's credibility findings were perverse because the fact that an estranged spouse does not

uniquement si les demandes ont été séparées — Le rejet de la demande de séparation par la Commission et le déni conséquent du droit des demandeurs de contre-interroger ont privé les demandeurs de leur droit à l'équité procédurale — Les conclusions de la Commission quant à la crédibilité étaient déraisonnables et ont été tirées de manière abusive et arbitraire — La logique de la Commission sur la question de la crédibilité démontrait tant une insensibilité envers la situation de la demanderesse qu'un manque de vigilance quant à l'ensemble de la problématique de la violence conjugale et de l'agression sexuelle — La question relative à la norme de contrôle applicable lorsque l'erreur alléguée consiste à avoir omis de séparer les demandes devant la Commission a été certifiée — Demande accueillie.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) a rejeté les demandes d'asile des demandeurs et la demande de l'époux maintenant séparé de M^{me} Rezmuves (demanderesse). Les demandeurs sont tous des citoyens hongrois d'origine rom. La demanderesse est la mère et les deux autres demandeurs mineurs sont ses enfants. Ils ont demandé l'asile en invoquant la discrimination et la victimisation qu'ils alléguaient avoir subies et subiront encore en Hongrie du fait de leur origine ethnique. Leurs demandes d'asile ont été jointes en vue d'une audience devant la Commission à la demande de l'ex-époux de la demanderesse. Une demande pour séparer la demande de l'ex-époux de celle des demandeurs en raison d'un conflit d'intérêt qui s'était développé entre les deux conjoints a été refusée et l'instance s'est poursuivie. Bien que l'avocate qui représentait les demandeurs ait agi au début à la fois au nom des demandeurs et au nom de l'ex-époux, elle a décidé de continuer d'agir au nom de la demanderesse et de ses enfants seulement. La Commission a rejeté les demandes d'asile des demandeurs et celle de l'ex-époux. Elle a conclu que l'allégation selon laquelle la demanderesse a été harcelée, agressée et violée par des membres de la Garde hongroise n'était pas crédible. La Commission a fondé sa conclusion relative à la crédibilité en grande partie sur le fait que l'ex-époux ne croyait pas que le viol avait eu lieu.

Les demandeurs ont soutenu que la décision de la Commission devrait être annulée parce que, entre autres choses, elle a commis une erreur en rejetant la requête de séparation et les a du coup privés de leur droit à l'équité procédurale et qu'elle a également commis une erreur susceptible de contrôle en concluant que la demande de la demanderesse n'était pas crédible. Les demandeurs ont affirmé de plus que la façon dont la Commission a traité la preuve de la demanderesse a contrevenu aux principes énoncés dans les *Directives numéro 4 : Revendicatrices du statut de réfugié craignant d'être persécutées en raison de leur sexe : Directives données par la présidente en application du paragraphe 65(3) de la*

believe his wife has been raped provided no basis for rejecting the female applicant's testimony.

The main issues were whether the correctness or reasonableness standard of review applied to the Board's refusal to disjoin the claims, whether there was a denial of procedural fairness in this case and whether the Board's credibility findings were unreasonable.

Held, the application should be allowed.

Common law procedural fairness rights may be limited by statute. However, sections 49 and 50 of the *Refugee Protection Division Rules* do not in any way define the scope of the procedural fairness rights that a party before the Refugee Protection Division (RPD) enjoys at common law. Rather, paragraph 50(c) of the Rules merely requires the RPD to determine whether providing for joinder or disjoinder would "likely cause an injustice". The Board was therefore not entitled to deference in respect of its decision to refuse the motion for disjoinder.

The refusal of the disjoinder motion herein amounted to a violation of procedural fairness because the female applicant and her estranged spouse were opposed in interest. The estranged spouse was questioned about his view on the female applicant's claim while the female applicant was not afforded the opportunity to cross-examine her estranged spouse, and his views about her truthfulness were used by the Board as the primary reason to reject her claim. This was fundamentally unfair as the female applicant had no ability to test the unfavourable evidence of her estranged spouse nor to point out the rather obvious reasons why, following their separation, he might be pre-disposed against her. Here, the *Refugee Protection Division Rules* did not provide for the right of the female applicant to cross-examine her estranged spouse. In this regard, the Rules contemplate that co-applicants will share a common interest in the proceeding because no provision is made for a co-applicant to cross-examine another applicant. Such a provision would be expected if co-applicants with opposing interests were anticipated. Thus, the Rules appear to contemplate that claims will not be joined if the co-applicants are adverse in interest. More importantly, procedural fairness requires that the right of cross-examination be afforded to a refugee claimant when confronted with testimony that is adverse to the claimant's position. The Board thus erred in relying on the evidence of the estranged spouse to deny the female applicant's claim without providing her an opportunity to test his evidence.

Loi sur l'immigration (les Directives concernant la persécution fondée sur le sexe) et que ses conclusions relativement à la crédibilité étaient abusives parce que le fait qu'un ex-époux ne croit pas que sa femme ait été violée ne justifiait pas de rejeter le témoignage de la demanderesse.

Il s'agissait principalement de savoir si la norme de la décision correcte ou la norme de la décision raisonnable s'appliquait au refus par la Commission de séparer les demandes; s'il y a eu manquement à l'équité procédurale en l'espèce; et si la Commission a tiré des conclusions déraisonnables quant à la crédibilité.

Jugement : la demande doit être accueillie.

Les droits à l'équité procédurale reconnus en common law peuvent être restreints par la loi. Cependant, les articles 49 et 50 des *Règles de la Section de la protection des réfugiés* ne définissent d'aucune façon la portée des droits à l'équité procédurale que peut exercer en common law une partie qui comparaît devant la Section de la protection des réfugiés (SPR). En fait, l'alinéa c) de l'article 50 des Règles requiert seulement que la SPR détermine si la jonction ou la séparation des demandes « causerait vraisemblablement une injustice ». Par conséquent, il n'y avait pas lieu de faire preuve de déférence à l'égard de la décision de la Commission de rejeter la demande de séparation.

Le refus d'autoriser la séparation des demandes équivalait en l'espèce à un manquement à l'équité procédurale parce que les intérêts de la demanderesse et de son ex-époux étaient opposés. On a demandé à l'ex-époux de donner son avis sur l'allégation de la demanderesse, mais celle-ci n'a pas eu la possibilité de contre-interroger son ex-époux et les opinions qu'avait celui-ci sur la sincérité de la demanderesse ont été utilisées par la Commission comme principale raison pour rejeter sa demande. Cette décision était fondamentalement injuste étant donné que la demanderesse n'a pas pu contester la preuve défavorable de son ex-époux ni signaler les raisons évidentes pour lesquelles, à la suite de leur séparation, il serait moins bien disposé à son égard. En l'espèce, les *Règles de la Section de la protection des réfugiés* n'ont pas donné à la demanderesse le droit de contre-interroger son ex-époux. À cet égard, les Règles reposent sur la prémisse que les co-demandeurs ont un intérêt commun dans une instance puisque rien n'autorise un co-demandeur à contre-interroger l'autre demandeur. Cela serait possible dans le cas où des co-demandeurs auraient des intérêts opposés. En conséquence, les Règles semblent envisager la possibilité que les demandes soient séparées si les intérêts des co-demandeurs sont opposés. Plus important encore, l'équité procédurale implique que le droit de contre-interroger doit être accordé à un demandeur d'asile dans le cas où le témoignage d'une autre partie lui est défavorable. La Commission a donc fait erreur en se fondant sur la déclaration de l'ex-époux pour rejeter la

Such cross-examination is envisaged under the Rules only if the claims have been disjoined. The Board's refusal of the disjoiner request and consequent denial of the right of the applicants to cross-examine the estranged spouse therefore violated the applicants' procedural fairness rights.

The Board's credibility findings were unreasonable. The estranged spouse's evidence that he did not believe that the female applicant had been raped was opinion evidence regarding her credibility. Absent additional evidence to establish some relevant basis in fact for why he did not believe her account, his evidence on this point was not probative and could not form the basis for a finding that the female applicant was not credible. Moreover, the Board's line of questioning evinced a sexist attitude that was out of place in any hearing and most especially objectionable in a hearing before the Board where a woman was testifying about incidents of alleged sexual assault and rape that led her to seek protection in Canada. Stereotypical assumptions underlay the Board's line of questioning about what the estranged spouse believed and its conclusions regarding the female applicant's credibility. In proceeding in this fashion, the Board ignored the Gender Guidelines. While the Gender Guidelines are not binding on the Board, decisions thereof have often been set aside where the Board failed to apply the principles enshrined therein. In this case, the Board's logic on this issue demonstrated both an insensitivity to the female applicant's situation and a lack of awareness to the broader issue of domestic abuse and sexual assault. Thus, its finding of credibility was made in a perverse and capricious manner.

Finally, the question as to what is the applicable standard of review for an alleged error in failing to disjoin claims before the Board was certified.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 275.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(4).
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 74.

demande de la demanderesse sans donner à celle-ci la possibilité de mettre à l'épreuve la véracité de la déclaration. Le contre-interrogatoire est autorisé par les Règles uniquement si les demandes ont été séparées. Le rejet de la demande de séparation et le déni conséquent du droit des demandeurs de contre-interroger l'ex-époux par la Commission ont privé les demandeurs de leur droit à l'équité procédurale.

La Commission a tiré des conclusions déraisonnables quant à la crédibilité. En déclarant qu'il ne croyait pas que la demanderesse eût été violée, l'ex-époux a fourni un témoignage d'opinion sur sa crédibilité. À défaut d'autres éléments de preuve permettant d'appuyer sur des faits les raisons pour lesquelles il ne l'a pas cru, le témoignage de l'ex-époux n'était pas probant et ne pouvait servir de fondement à une conclusion selon laquelle la demanderesse n'était pas crédible. De plus, le type d'interrogatoire auquel a procédé la Commission révélait une attitude sexiste qui n'avait pas sa place dans une audience et était d'autant plus inacceptable dans une audience devant la Commission où une femme relatait des agressions sexuelles et des viols qu'elle aurait subis et qui l'ont poussée à demander l'asile au Canada. Les mêmes stéréotypes sous-tendent les questions que la Commission a posées à l'ex-époux au sujet de son opinion sur la demanderesse et des conclusions qu'elle a tirées quant à la crédibilité de cette dernière. En procédant de cette façon, la Commission n'a pas fait cas des Directives concernant la persécution fondée sur le sexe. Si les Directives concernant la persécution fondée sur le sexe ne lient pas la Commission, la Cour a souvent annulé des décisions où la Commission a omis d'appliquer les principes qui y sont énoncés. En l'espèce, la logique de la Commission sur ce point démontrait tant une insensibilité envers la situation de la demanderesse qu'un manque de vigilance quant à l'ensemble de la problématique de la violence conjugale et de l'agression sexuelle. Par conséquent, ses conclusions quant à la crédibilité de la demanderesse a été tirées de manière abusive et arbitraire.

La question relative à la norme de contrôle applicable lorsque l'erreur alléguée consiste à avoir omis de séparer les demandes devant la Commission a été certifiée.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 275.
Code du travail, L.R.Q., ch. C-27, art. 36.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(4).

Labour Code, R.S.Q., c. C-27, s. 36.
Refugee Protection Division Rules, SOR/2002-228, rr. 49, 50, 57(2),(3).

CASES CITED

APPLIED:

Nagalingam v. Canada (Citizenship and Immigration), 2012 FC 176, 253 C.R.R. (2d) 310; *Evans v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 444, 388 F.T.R. 122.

DISTINGUISHED:

Syndicat des travailleuses et travailleurs de ADF – CSN c. Syndicat des employés de Au Dragon forgé inc., 2013 QCCA 793, [2013] R.J.Q. 831.

CONSIDERED:

Rahal v. Canada (Citizenship and Immigration), 2012 FC 319; *Lu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1517; *Tamas v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 1361; *R. v. Batte* (2000), 49 O.R. (3d) 321, 134 O.A.C. 1 (C.A.).

REFERRED TO:

Aguebor v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (1993), 160 N.R. 315 (F.C.A.); *Singh v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 169 N.R. 107 (F.C.A.); *Cetinkaya v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 8, 403 F.T.R. 46; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Desrochers c. Centrale des syndicats du Québec*, 2013 QCCQ 6259; *Aubé c. Lebel*, 2013 QCCQ 6531; *Innisfil (Corporation of the Township) v. Corporation of the Township of Vespra et al.*, [1981] 2 S.C.R. 145, (1981), 123 D.L.R. (3d) 530; *Telecommunications Workers Union v. Canada (Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1995] 2 S.C.R. 781, (1995), 125 D.L.R. (4th) 471; *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 SCC 52, [2001] 2 S.C.R. 781; *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *R. c. Boulet*, 1987 CanLII 849, 40 C.C.C. (3d) 38 (Que. C.A.); *R. v. Torbiak* (1978), 40 C.C.C. (2d) 193 (Ont. C.A.); *R. v. Savoury*, 2005 CanLII 25884, 200 C.C.C. (3d) 94 (Ont. C.A.); *R. v.*

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 74.

Règles de la Section de la protection des réfugiés, DORS/2002-228, règles 49, 50, 57(2),(3).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Nagalingam c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2012 CF 176; *Evans c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 444.

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

Syndicat des travailleuses et travailleurs de ADF – CSN c. Syndicat des employés de Au Dragon forgé inc., 2013 QCCA 793, [2013] R.J.Q. 831.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Rahal c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2012 CF 319; *Lu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1517; *Tamas c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 1361; *R. v. Batte* (2000), 49 R.J.O. (3^e) 321, 134 O.A.C. 1 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES :

Aguebor c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1993] A.C.F. n° 732 (C.A.) (QL); *Singh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 486 (C.A.) (QL); *Cetinkaya c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 8; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Desrochers c. Centrale des syndicats du Québec*, 2013 QCCQ 6259; *Aubé c. Lebel*, 2013 QCCQ 6531; *Innisfil (Municipalité du canton) c. Municipalité du canton de Vespra et al.*, [1981] 2 R.C.S. 145; *Telecommunications Workers Union c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications)*, [1995] 2 R.C.S. 781; *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 CSC 52, [2001] 2 R.C.S. 781; *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *R. c. Boulet*, 1987 CanLII 849, 40 C.C.C. (3d) 38 (C.A. Qué.); *R. v. Torbiak* (1978), 40 C.C.C. (2d) 193 (C.A. Ont.); *R. v. Savoury*, 2005 CanLII 25884, 200 C.C.C. (3d) 94 (C.A. Ont.); *R. c. Chow*, 2005 CSC 24, [2005] 1 R.C.S. 384; *Armstrong c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du*

Chow, 2005 SCC 24, [2005] 1 S.C.R. 384; *Armstrong v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)*, [1994] 2 F.C. 356, (1994), 73 F.T.R. 81 (T.D.), aff'd [1998] 2 F.C. 666, 156 D.L.R. (4th) 670 (C.A.); *R. v. D.D.*, 2000 SCC 43, [2000] 2 S.C.R. 275; *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223, (1993), 108 D.L.R. (4th) 47; *Liyanagamage v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 176 N.R. 4 (F.C.A.); *Zazai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FCA 89, 36 Imm. L.R. (3d) 167; *Di Bianca v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCT 935, 224 F.T.R. 168; *Zhang v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FCA 168, 446 N.R. 382.

Canada, [1994] 2 C.F. 356 (1^{re} inst.), conf. par [1998] 2 C.F. 666 (C.A.); *R. c. D.D.*, 2000 CSC 43, [2000] 2 R.C.S. 275; *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223; *Liyanagamage c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 1637 (C.A.) (QL); *Zazai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CAF 89; *Di Bianca c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CFPI 935; *Zhang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CAF 168.

AUTHORS CITED

Bryant, Alan W. *et al. The Law of Evidence in Canada*, 3rd ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2009.
Immigration and Refugee Board of Canada. *Guideline 4: Women Refugee Claimants Fearing Gender-Related Persecution: Guidelines issued by the Chairperson Pursuant to Section 65(3) of the Immigration Act*. Ottawa: Immigration and Refugee Board, 1996, online: <<http://www.irb-cisr.gc.ca/Eng/BoaCom/references/pol/GuiDir/Pages/GuideDir04.aspx>>.
Wigmore, John H. *Evidence in Trials at Common Law*, Chadbourne Revision, Boston: Little Brown & Co., 1970.

DOCTRINE CITÉE

Bryant, Alan W. *et al. The Law of Evidence in Canada*, 3^e éd. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2009.
Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada. *Directives n° 4 : Revendicatrices du statut de réfugié craignant d'être persécutées en raison de leur sexe : Directives données par la présidente en application du paragraphe 65(3) de la Loi sur l'immigration*. Ottawa : Commission de l'immigration et du statut de réfugié, 1996, en ligne : <<http://www.irb-cisr.gc.ca/Fra/BoaCom/references/pol/GuiDir/Pages/GuideDir04.aspx>>.
Wigmore, John H. *Evidence in Trials at Common Law*, Chadbourne Revision, Boston: Little Brown & Co., 1970.

APPLICATION for judicial review of a decision of the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board (*X (Re)*, 2012 CanLII 99411) rejecting the applicants' applications for refugee status and that of the estranged spouse of Ms. Rezmuvés. Application allowed.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (*X (Re)*, 2012 CanLII 99411) a rejeté les demandes d'asile des demandeurs et la demande de l'ex-époux de M^{me} Rezmuvés. Demande accueillie.

APPEARANCES

Camille Williams for applicants.
Khatidja Moloo for respondent.

ONT COMPARU

Camille Williams pour les demandeurs.
Khatidja Moloo pour le défendeur.

SOLICITORS OF RECORD

Law Offices of Roger Rowe, Toronto, for applicants.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Law Offices of Roger Rowe, Toronto, pour les demandeurs.
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 rendu par

[1] GLEASON J.: The applicants are all citizens of Hungary of Roma ethnicity. The adult applicant, Istvanne Rezmuves, is the mother and the other two applicants are her children. They made claims for refugee protection based on discrimination and victimization they alleged they had encountered and would in future encounter in Hungary by reason of their ethnicity.

[2] Their claims for refugee protection were joined for hearing before the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board (the RPD [or IRB]) with the claim of Ms. Rezmuves' now-estranged spouse. At the commencement of the hearing, counsel who then acted for the applicants requested disjoinder of the applicants' applications from that of Mr. Rezmuves due to a conflict of interest which had developed between the spouses. The RPD panel member who heard the case, Edward C. Robinson (the Member), refused the motion and the case proceeded. Counsel chose to remain on the record for the applicants, and Mr. Rezmuves proceeded without counsel.

[3] In a decision dated June 13, 2012 [*X (Re)*, 2012 CanLII 99411 (I.R.B.)], the Member rejected the applicants' and Mr. Rezmuves' applications and found that Ms. Rezmuves' claim to have been harassed, assaulted and raped by members of the Hungarian Guard was not credible. The Member premised this credibility determination in large part on the fact that Mr. Rezmuves did not believe that the rape had occurred.

[4] The applicants argue that the Member's decision should be set aside because, among other things, he erred in refusing the motion for disjoinder, thereby violating their rights to procedural fairness, and committed a reviewable error in finding Ms. Rezmuves' claim to lack credibility. The applicants assert that the Member's treatment of Ms. Rezmuves' evidence violates the principles enshrined in IRB *Guideline 4: Women Refugee Claimants Fearing Gender-Related Persecution: Guidelines issued by the Chairperson Pursuant to Section 65(3) of the Immigration Act*, effective date: November 13, 1996 (the Gender Guidelines) and that his credibility findings are perverse because the fact that a

[1] LA JUGE GLEASON : Les demandeurs sont tous des citoyens hongrois d'origine rom. La demanderesse adulte, Istvanne Rezmuves, est la mère et les deux autres demandeurs sont ses enfants. Ils ont demandé l'asile en invoquant la discrimination et la victimisation qu'ils allèguent avoir subies et subiront encore en Hongrie du fait de leur origine ethnique.

[2] Leurs demandes d'asile avaient été jointes à l'origine en vue d'une audience devant la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (SPR [ou la CISR]) à la demande de M. Rezmuves, maintenant séparé de son épouse. Au début de l'audience, l'avocate qui agissait pour le compte des demandeurs a demandé de séparer la demande de M. Rezmuves de celle des demandeurs en raison d'un conflit d'intérêt qui s'était développé entre-temps entre les deux conjoints. Le commissaire de la CISR qui a instruit la cause, Edward C. Robinson (le commissaire), a rejeté la demande et l'instance s'est poursuivie. L'avocate a choisi de représenter les demandeurs, et M. Rezmuves a plaidé sa cause sans conseil.

[3] Dans une décision du 13 juin 2012 [*X (Re)*, 2012 CanLII 99411 (C.I.S.R.)], le commissaire a rejeté les demandes des demandeurs et celle de M. Rezmuves et a conclu que l'allégation selon laquelle que M^{me} Rezmuves avait été harcelée, agressée et violée par des membres de la Garde hongroise n'était pas crédible. Le commissaire a fondé sa conclusion relative à la crédibilité en grande partie sur le fait que M. Rezmuves ne croyait pas que le viol avait eu lieu.

[4] Les demandeurs soutiennent que la décision devrait être annulée parce que, entre autres choses, le commissaire avait commis une erreur en rejetant la requête de séparation et les a du coup privés de leur droit à l'équité procédurale et qu'il avait également commis une erreur susceptible de contrôle en concluant que la demande de M^{me} Rezmuves n'était pas crédible. Les demandeurs affirment que la façon dont le commissaire a traité la preuve de M^{me} Rezmuves contrevient aux principes énoncés dans les *Directives numéro 4 : Revendicatrices du statut de réfugié craignant d'être persécutées en raison de leur sexe : Directives données par la présidente en application du paragraphe 65(3)*

spouse—and most especially an estranged one—does not believe that his wife has been raped provides no basis for rejecting the wife’s testimony.

[5] I agree with the applicant that the refusal to disjoin the cases resulted in a violation of the applicants’ procedural fairness rights and that the Member’s credibility finding was perverse. I have accordingly determined that the Member’s decision must be set aside, for the reasons set out below.

Standard of Review

[6] The parties disagree as to the standard to be applied to the review of the Member’s refusal to disjoin the claims; the applicants assert that the issue is one of procedural fairness to which the correctness standard applies, whereas the respondent argues that the determination involves the application by the Member of the provisions contained in the *Refugee Protection Division Rules*, SOR/2002-228 (the Rules) to the facts of the case and is therefore subject to review on the reasonableness standard.¹ Both parties concur that the reasonableness standard of review applies to the assessment of the Member’s credibility determination.

[7] I agree that the reasonableness standard does apply to the credibility determination as has been firmly settled by the case law (see e.g. *Aguebor v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 160 N.R. 315 (F.C.A.), at paragraph 4; *Singh v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 169 N.R. 107 (F.C.A.), at paragraph 3; *Cetinkaya v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 8, at paragraph 17; and *Rahal v. Canada (Citizenship and*

¹ The SOR/2002-228 version of the Rules was in force at the time of the decision under review. It was replaced on December 15, 2012 by *Refugee Protection Division Rules*, SOR/2012-256. The two versions are substantially similar with respect to the joinder and separation of claims.

de la Loi sur l’immigration et entrées en vigueur le 13 novembre 1996 (les Directives concernant la persécution fondée sur le sexe) et que ses conclusions relativement à la crédibilité étaient abusives parce que le fait qu’un époux — et surtout un ex-époux — ne croit pas que sa femme ait été violée ne justifie pas de rejeter le témoignage de l’épouse.

[5] Je conviens avec la demanderesse que le refus de séparer les demandes a privé les demandeurs de l’exercice de leur droit à l’équité procédurale et que la conclusion qu’a tirée le commissaire relativement à la crédibilité était abusive. Je conclus par conséquent que la décision du commissaire doit être annulée pour les motifs énoncés ci-après.

Norme de contrôle

[6] Les parties ne s’entendent pas sur la norme de contrôle qui s’applique au refus du commissaire de séparer les demandes; les demandeurs affirment qu’il s’agit ici d’équité procédurale et que la norme de la décision correcte s’applique, tandis que le défendeur soutient que le commissaire a appliqué les dispositions des *Règles de la Section de la protection des réfugiés*, DORS/2002-228 (les Règles) aux faits de l’espèce et que sa décision est par conséquent assujettie au contrôle selon la norme de la décision raisonnable¹. Les deux parties conviennent que la conclusion tirée par le commissaire relativement à la crédibilité doit être appréciée selon la norme de la décision raisonnable.

[7] Je conviens que la norme de la décision raisonnable s’applique à la conclusion relative à la crédibilité ainsi que l’a fermement établi la jurisprudence (voir p. ex. *Aguebor c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 732 (C.A.) (QL), au paragraphe 4; *Singh c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 486 (C.A.) (QL), au paragraphe 3; *Cetinkaya c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 8, au paragraphe 17; et *Rahal c.*

¹ La version DORS/2002-228 des *Règles de la Section de la protection des réfugiés* était en vigueur à l’époque de la décision faisant l’objet du présent contrôle. Elle a été remplacée le 15 décembre 2012 par la version DORS/2012-256. L’une comme l’autre version sont essentiellement identiques en ce qui a trait à la jonction et à la séparation des demandes.

Immigration), 2012 FC 319 (*Rahal*), at paragraph 22). However, the deferential standard, in my view, does not apply to the Board's refusal to disjoin the claims as the refusal resulted in a denial of procedural fairness and, in the circumstances of this case, the Member is not entitled to deference in respect of his ruling on the joinder issue even if it does involve application of a provision in the Rules.

[8] The relevant provisions of the Rules provided as follows with respect to joinder and disjoinder of claims before the RPD:

Claims automatically joined **49.** (1) The Division must join the claim of a claimant to a claim made by the claimant's spouse or common-law partner, child, parent, brother, sister, grandchild or grandparent.

Applications joined if claims joined (2) Applications to Vacate Refugee Protection or Applications to Cease Refugee Protection are joined if the claims of the protected persons were joined.

Application to join **50.** (1) A party may make an application to the Division to join claims, Applications to Vacate Refugee Protection or Applications to Cease Refugee Protection.

Application to separate (2) A party may make an application to the Division to separate claims or Applications that are joined.

Form of application and providing application (3) A party who makes an application to join or separate must follow rule 44, but the party is not required to give evidence in an affidavit or statutory declaration. The party must also

(a) provide a copy of the application to any person who will be affected by a decision of the Division on the application; and

(b) provide the Division with a written statement of how and when the copy of the application was provided to any affected person, together with proof that the party provided the copy to that person.

Canada (Citoyenneté et Immigration), 2012 CF 319 (*Rahal*), au paragraphe 22). Cependant, j'estime que le refus de la Commission de séparer les demandes ne donne pas lieu à l'application d'une norme déferente étant donné que ce refus a occasionné un manquement à l'obligation d'équité procédurale et, dans les circonstances de l'espèce, il ne convient pas de faire preuve de déférence à l'égard de la décision du commissaire sur la question de la séparation des demandes même si elle est le résultat de l'application d'une disposition des Règles.

[8] Les Règles prévoient ce qui suit en ce qui concerne la jonction et la séparation des demandes présentées à la SPR :

49. (1) La Section joint la demande d'asile du demandeur d'asile à celle de son époux ou conjoint de fait, son enfant, son père, sa mère, son frère, sa sœur, son petit-fils, sa petite-fille, son grand-père et sa grand-mère.

(2) La Section joint les demandes d'annulation ou les demandes de constat de perte d'asile dans le cas où les demandes d'asile des personnes protégées étaient jointes.

50. (1) Toute partie peut demander à la Section de joindre plusieurs demandes d'asile, d'annulation ou de constat de perte d'asile.

(2) Toute partie peut demander à la Section de séparer des demandes d'asile, d'annulation ou de constat de perte d'asile qui ont été jointes.

(3) La partie fait sa demande selon la règle 44, mais elle n'a pas à y joindre d'affidavit ou de déclaration solennelle. De plus, elle transmet :

a) à toute personne qui sera touchée par la décision de la Section à l'égard de la demande une copie de la demande;

b) à la Section une déclaration écrite indiquant à quel moment et de quelle façon une copie de la demande a été transmise à toute personne touchée, avec preuve de transmission à l'appui.

Jonction automatique de demandes d'asile

Jonction de demandes d'annulation ou de constat de perte d'asile

Demande de jonction

Demande de séparation

Forme et transmission de la demande

Time limit	(4) Documents provided under this rule must be received by their recipient no later than 20 days before the hearing.	(4) Les documents transmis selon la présente règle doivent être reçus par leurs destinataires au plus tard vingt jours avant l'audience.	Délai
Factors	(5) In deciding the application, the Division must consider any relevant factors, including (a) whether the claims or Applications involve similar questions of fact or law; (b) whether allowing the application would promote the efficient administration of the work of the Division; and (c) whether allowing the application would likely cause an injustice.	(5) Pour statuer sur la demande, la Section prend en considération tout élément pertinent. Elle examine notamment : a) si des questions similaires de droit ou de fait découlent des affaires; b) si le fait d'accueillir la demande favoriserait l'efficacité du travail de la Section; c) si le fait d'accueillir la demande causerait vraisemblablement une injustice.	Éléments à considérer

[9] There appears to be little authority on the issue of the standard of review applicable to a claim that the RPD erred in refusing to join or disjoin refugee claims for hearing, or, indeed, on the principles to be applied in determining whether the RPD should grant a motion for disjoinder.

[10] In *Lu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1517, Justice Layden-Stevenson declined to rule on the standard of review issue, holding that the application in that case failed, regardless of the standard, because there was no basis in the record before her to support the claim that the applicants were relying on different factual situations. She thus found the refusal of joinder in that case to have been both reasonable and correct.

[11] In *Tamas v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 1361, my colleague, Justice Russell, dismissed an allegation that the Board erred in refusing a request for an adjournment and in ordering disjoinder of the wife's claim from those of the rest of her family. Justice Russell determined that the correctness standard was applicable to the review of the IRB's decision to refuse the adjournment and order disjoinder because the claim involved an alleged violation of the applicants' procedural fairness rights. He found there had been no denial of procedural fairness in that case as the wife was not a necessary witness in the husband's claim.

[9] La jurisprudence et la doctrine ne traitent que peu de la norme de contrôle applicable à une décision par laquelle la SPR aurait commis une erreur en rejetant une demande de joindre ou de séparer les demandes d'asile ni, de fait, des principes applicables pour décider si la SPR devrait accueillir une demande de jonction.

[10] Dans la décision *Lu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1517, la juge Layden-Stevenson a refusé de statuer sur la question de la norme de contrôle, faisant valoir que la demande avait été rejetée parce que, indépendamment de la norme applicable, rien dans le dossier qui lui avait été présenté n'appuyait pas l'argument selon lequel les demandeurs se fondaient sur des faits différents. Elle a conclu que le refus de joindre les demandes dans cette affaire était à la fois raisonnable et correct.

[11] Dans la décision *Tamas c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 1361, mon collègue, le juge Russell, a rejeté l'argument voulant que la Commission avait fait erreur en rejetant une demande d'ajournement et en ordonnant la séparation de la demande de l'épouse de celle du reste de sa famille. Le juge Russell a décidé que la norme de la décision correcte s'appliquait au contrôle de la décision de la SPR de refuser l'ajournement et d'ordonner la séparation des demandes parce que les demandeurs alléguaient un manquement à l'équité procédurale. Il a conclu que les demandeurs n'avaient pas été privés de leur droit à cet égard et que le témoignage de l'épouse n'était pas indispensable dans l'examen de la demande de l'époux.

[12] Apart from these two cases, the issue does not appear to have been considered in the jurisprudence.

[13] Until recently, it has been taken as trite law that claims of violation of procedural fairness by an administrative tribunal are subject to full curial review and that it is for the court to determine whether a tribunal has violated a party's procedural fairness rights; some cases qualify this type of review as review on the correctness standard (see e.g. *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), at paragraph 50; and *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraph 43).

[14] A recent decision of the Quebec Court of Appeal, however, casts doubt on this point and holds that the deferential reasonableness standard is to be applied by a court in assessing whether a tribunal has violated a party's procedural fairness rights if what is at issue is a procedural ruling that involves the tribunal's interpretation of a provision in its constituent statute or other disposition that is closely related to its mandate and function.

[15] In *Syndicat des travailleuses et travailleurs de ADF – CSN c. Syndicat des employés de Au Dragon forgé inc.*, 2013 QCCA 793, [2013] R.J.Q. 831 (*Syndicat des employés de Au dragon forgé*), the Court of Appeal was faced with a claim by an applicant trade union that its procedural fairness rights were violated by the Quebec Labour Commission in a displacement certification application because the Commissioner refused to provide the names of certain employees the Commission found had failed to pay the membership fees to a rival trade union that was seeking to displace the applicant. This information was relevant to the applicant's position as the rival union was required to file evidence of support of over 55 percent of employees in the unit to be eligible to displace the applicant union as the bargaining agent. The rival union filed its membership evidence with the Commission, and the applicant union provided evidence that eight employees had failed to pay the mandatory membership fee when they signed their

[12] Mis à part ces deux cas, le sujet ne semble pas avoir été pris en considération dans la jurisprudence.

[13] Jusqu'à récemment, il était considéré comme un principe bien établi que les allégations de manquement à l'équité procédurale de la part d'un tribunal administratif sont sujettes à un examen judiciaire exhaustif et que c'est à la cour qu'il incombe de déterminer si le tribunal a effectivement manqué à son obligation d'équité procédurale; dans certaines décisions, ce type d'examen est qualifié de contrôle selon la norme de la décision correcte (voir p. ex. *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), au paragraphe 50; et *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, au paragraphe 43).

[14] Dans une récente décision, toutefois, la Cour d'appel du Québec met ce principe en doute en statuant que la cour doit appliquer la norme déférente du caractère raisonnable pour déterminer si un tribunal administratif a privé une partie de ses droits à l'équité procédurale dans le cas où la décision contestée est d'ordre procédural et a trait à l'interprétation que le tribunal a faite d'une disposition de sa loi constitutive ou de toute autre disposition qui est étroitement liée à son mandat et à son rôle.

[15] Dans l'arrêt *Syndicat des travailleuses et travailleurs de ADF – CSN c. Syndicat des employés de Au Dragon forgé inc.*, 2013 QCCA 793, [2013] R.J.Q. 831 (*Syndicat des employés de Au Dragon forgé*), la Cour d'appel a été saisie d'une affaire dans laquelle une organisation syndicale prétendait que ses droits à l'équité procédurale avaient été violés par la Commission des relations du travail, laquelle, dans le cadre d'une demande de substitution d'agent négociateur, avait refusé de fournir les noms de certains des employés qui, de l'avis de la Commission, avaient omis d'acquitter les droits d'adhésion au syndicat rival qui cherchait à prendre la place du demandeur. Cette information revêtait de l'importance pour le demandeur étant donné que le syndicat rival était tenu de produire la preuve du soutien de plus de 55 p. 100 des employés de l'unité de négociation pour avoir le droit de se substituer au demandeur. Le syndicat rival avait déposé la preuve du soutien des membres auprès de la Commission, et le

membership cards in the rival union. During the hearing, the Commissioner advised the parties that the Commission had determined that six employees had in fact failed to pay the required dues to join the rival union and that their cards would therefore be discounted. The applicant union requested disclosure of which cards were being rejected, but the Commissioner refused to provide the names, relying on section 36 of the Quebec *Labour Code*, R.S.Q., c. C-27 (the *Labour Code*), which provides in relevant part that “[t]he fact that a person belongs to [a union] shall not be revealed by anyone during the certification or decertification proceedings, except to the Commission and every ... person who becomes aware of the fact that the person belongs to [a union] is bound to secrecy.”

[16] The Quebec Superior Court set aside the decision of the Labour Commissioner, finding that the Commissioner had violated the *audi alteram partem* rule in refusing to disclose the requested employee names to the applicant union. On appeal, this decision was overturned, and Justice Bich, writing for the Court, held that the reasonableness standard of review was applicable to the assessment of the claimed violation of the *audi alteram partem* rule. She wrote in this regard, at paragraph 47:

[UNOFFICIAL TRANSLATION] Considering all this, I am of the view that the reasonableness standard must also apply to questions of natural justice in the context of the interpretation by an administrative tribunal of its constituent statute and also to the provisions which the tribunal must interpret and apply, as is the case here. Clearly it is unnecessary to state that an interpretation which is counter to a clear legislative provision would be unreasonable.

[17] In result, the Court of Appeal restored the decision of the Labour Commissioner, finding the refusal to disclose the names of the employees whose cards were discarded was reasonable. Subsequent jurisprudence from the Province of Quebec has also applied the reasonableness standard to assessment of claims of

demandeur avait fourni la preuve que huit de ces employés n’avaient pas acquitté les droits d’adhésion obligatoires au moment de signer leur carte de membre du syndicat rival. Au cours de l’audience, le commissaire avait informé les parties que la Commission avait conclu que six des huit employés n’avaient effectivement pas acquitté les droits requis pour adhérer au syndicat rival et que, en conséquence, leur cartes n’allaient pas être prises en compte. Le syndicat demandeur avait cherché à savoir quelles cartes allaient être rejetées, mais le commissaire a refusé de communiquer les noms en s’appuyant sur l’article 36 du *Code du travail* du Québec, L.R.Q., ch. C-27 (*Code du travail*), lequel dispose que « [l]’appartenance d’une personne à une association de salariés ne doit être révélée par quiconque au cours de la procédure d’accréditation ou de révocation d’accréditation sauf à la Commission [...] Ces personnes ainsi que toute autre personne qui prend connaissance de cette appartenance sont tenues au secret ».

[16] La Cour supérieure du Québec a cassé la décision de la Commission des relations du travail et conclu que le commissaire avait contrevenu à la règle *audi alteram partem* en refusant de révéler les noms des employés en cause au syndicat demandeur. En appel, la décision a été infirmée par la juge Bich, laquelle, s’exprimant au nom de la Cour, a déclaré que la norme du caractère raisonnable s’appliquait à l’examen relatif à la violation alléguée de la règle *audi alteram partem*. À cet égard, elle écrit au paragraphe 47 :

Considérant tout cela, j’estime, par analogie, que la norme de la décision raisonnable doit aussi s’appliquer lorsque la question de la justice naturelle se pose dans le contexte de l’interprétation par le tribunal administratif de sa loi constitutive et accessoirement aux dispositions qu’elle doit ainsi interpréter et appliquer, comme c’est ici le cas. Évidemment, il n’est pas nécessaire de préciser qu’une interprétation qui irait à l’encontre d’une disposition législative limpide serait déraisonnable.

[17] Enfin, la Cour d’appel a rétabli la décision de la Commission des relations du travail, estimant raisonnable le refus d’identifier les employés dont les cartes avaient été rejetées. Dans des décisions subséquentes, la Cour du Québec a aussi appliqué la norme de la raisonnable à l’examen des allégations de manquement à

violation of procedural fairness that are tied to a tribunal's procedural rulings made under the legislation or regulations that apply to the tribunal (see e.g. *Desrochers c. Centrale des syndicats du Québec*, 2013 QCCQ 6259; and *Aubé c. Lebel*, 2013 QCCQ 6531).

[18] In my view, the decision of the Quebec Court of Appeal in *Syndicat des employés de Au Dragon forgé* does not require that the reasonableness standard be applied to assess the claimed violation of procedural fairness made by the Member in this case. In the first place, the decision does not constitute binding authority for this Court, whereas the decisions from the Supreme Court of Canada, indicating that the correctness standard applies to claimed violations of procedural fairness, are binding on me. Secondly, and more fundamentally, there is an important distinction between the legislative provision considered in *Syndicat des employés de Au Dragon forgé* and the provisions of the Rules that the Member applied in the present case.

[19] In this regard, the Quebec *Labour Code* circumscribes the scope of permissible disclosure of otherwise relevant information and thus limits parties' procedural fairness rights in respect of such information. It is well-settled that common law procedural fairness rights may be limited by statute (so long as there is no violation of a party's constitutional 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]) (see e.g. *Innisfil (Corporation of the Township) v. Corporation of the Township of Vespra et al.*, [1981] 2 S.C.R. 145 (*Innisfil*), at pages 171–172; *Telecommunications Workers Union v. Canada (Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1995] 2 S.C.R. 781, at paragraph 21; *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 SCC 52, [2001] 2 S.C.R. 781, at paragraphs 19–21; and *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at page 201). And, as Justice Bich notes, a decision made in violation of a clear legislative provision is unreasonable. *Syndicat des employés de Au Dragon forgé* can therefore be read as a case where the content of parties' procedural fairness rights were fixed by statute and the

l'équité procédurale qui se rapportent aux décisions d'ordre procédural qu'un tribunal a rendues en vertu de la législation ou des règlements qui s'appliquent à lui (voir p. ex. *Desrochers c. Centrale des syndicats du Québec*, 2013 QCCQ 6259; et *Aubé c. Lebel*, 2013 QCCQ 6531).

[18] À mon avis, la décision qu'a rendue la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Syndicat des employés de Au Dragon forgé* ne nous oblige pas à appliquer la norme de la raisonabilité à l'examen relatif au manquement à l'équité procédurale qu'aurait commis le commissaire en l'espèce. Tout d'abord, cette décision ne lie pas la Cour, contrairement aux arrêts de la Cour suprême du Canada, selon lesquels la norme du caractère correct doit s'appliquer lorsqu'il est question de manquement à l'équité procédurale. Ensuite, et surtout, il importe de distinguer la disposition législative considérée dans l'affaire *Syndicat des employés de Au Dragon forgé* et les dispositions des Règles que le commissaire a appliquées en l'espèce.

[19] À cet égard, le *Code du travail* du Québec circonscrit la portée de la communication autorisée de renseignements par ailleurs pertinents, et restreint ainsi l'exercice des droits à l'équité procédurale des parties à l'égard de cette information. Il est bien établi que les droits à l'équité procédurale reconnus en common law peuvent être restreints par la loi (tant que ne sont pas enfreints les droits constitutionnels garantis 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]) (voir p. ex. *Innisfil (Municipalité du canton) c. Municipalité du canton de Vespra et al.*, [1981] 2 R.C.S. 145 (*Innisfil*), aux pages 171 et 172; *Telecommunications Workers Union c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications)*, [1995] 2 R.C.S. 781, au paragraphe 21; *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 CSC 52, [2001] 2 R.C.S. 781, aux paragraphes 19 à 21; et *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, à la page 201). Ainsi que le fait remarquer la juge Bich, toute décision contravenant à une disposition législative claire est déraisonnable. L'affaire *Syndicat des employés de*

tribunal's interpretation of that statute was subject to reasonableness review, as is normally the case when a tribunal interprets a provision in its constituent statute (*Dunsmuir*, at paragraph 54; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160, at paragraph 28; and *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at paragraph 30).

[20] Sections 49 and 50 of the Rules, on the other hand, do not in any way define the scope of the procedural fairness rights that a party before the RPD enjoys at common law. Rather, paragraph 50(c) of the Rules merely requires the RPD to determine whether providing for joinder or disjoinder would "likely cause an injustice", which does not circumscribe the rights a party would otherwise enjoy to procedural fairness as such rights exist to prevent injustice.

[21] Thus, in my view, the Member is not entitled to deference in respect of his decision to refuse the motion for disjoinder. The question for determination by me is therefore whether in refusing the motion the Member violated the applicants' procedural fairness rights and not whether he behaved reasonably.

Was there a Denial of Procedural Fairness?

[22] As noted, counsel who first represented the applicants was acting for both the applicants and Mr. Rezmuves when she initially appeared before the RPD. At the outset of the hearing, she renewed a request she had previously made in writing for disjoinder of the cases and told the Member that a conflict of interest had developed between her respective clients such that she could not continue to act for all of them. The Member asked her to provide details of what the conflict of interest involved and counsel indicated that she could not do so without violating solicitor-client privilege. The Member then refused the request for disjoinder, stating that he needed more information or, as he put it, more "meat", in respect of the request, but as it was not

Au Dragon forgé peut donc être considérée comme un cas où les droits à l'équité procédurale d'une partie étaient définis par une loi et où l'interprétation de cette loi par le tribunal était sujette à la norme de contrôle de la décision raisonnable, comme c'est normalement le cas lorsqu'un tribunal interprète une disposition de sa loi constitutive (*Dunsmuir*, au paragraphe 54; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160, au paragraphe 28; et *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, au paragraphe 30).

[20] Les articles 49 et 50 des Règles, par ailleurs, ne définissent d'aucune façon la portée des droits à l'équité procédurale que peut exercer en common law une partie qui comparaît devant la SPR. En fait, l'alinéa c) de l'article 50 requiert seulement que la CISR détermine si la jonction ou la séparation des demandes « causerait vraisemblablement une injustice », ce qui ne circonscrit pas les droits à l'équité procédurale qu'une partie pourrait exercer puisque ces droits ont pour objet d'empêcher toute injustice.

[21] Par conséquent, je suis d'avis qu'il n'y a pas lieu de faire preuve de déférence à l'égard de la décision de rejeter la demande de séparation. Je dois donc statuer sur la question de savoir si, en rejetant la demande, le commissaire a porté atteinte aux droits à l'équité procédurale des demandeurs, et non si sa décision était raisonnable.

Y a-t-il eu manquement à l'équité procédurale?

[22] Comme nous l'avons fait remarquer, l'avocate qui a la première représenté les demandeurs agissait à la fois au nom des demandeurs et au nom de M. Rezmuves lorsqu'elle s'est présentée devant la SPR. Au début de l'audience, elle a renouvelé une demande de séparation des cas qu'elle avait déjà faite par écrit et a informé le commissaire qu'en raison d'un conflit d'intérêts qui avait émergé entre les époux, elle ne pouvait plus les représenter tous. Le commissaire lui a demandé des précisions sur ce conflit d'intérêts et l'avocate lui a déclaré qu'elle ne pouvait lui en donner sans violer le secret professionnel. Le commissaire a alors rejeté la demande de séparation, faisant valoir qu'il lui fallait plus de renseignements ou, à tout le moins, qu'il lui

forthcoming, the request would be refused. He further ruled that the case would nonetheless proceed that day and gave counsel the option of selecting which client she wished to represent. Counsel decided she would continue to act for Ms. Rezmuves and the children (for whom Ms. Rezmuves was designated as representative as they were minors).

[23] The Personal Information Form that Ms. Rezmuves filed as well as her testimony before the Member revealed that the key incidents which led her to flee Hungary involved sexual assault and an incident of gang-rape that she alleged was committed by members of the Hungarian Guard, who operated openly in her village. Her husband relied on additional incidents of alleged persecution in support of his claim for protection.

[24] As in the normal course, the Member conducted the hearing in an inquisitorial fashion and questioned both Ms. Rezmuves and her spouse. Neither was provided the opportunity to cross-examine the other. During the course of his questioning of Mr. Rezmuves, the Member asked him if he loved his family and if he believed that his wife had been raped. Mr. Rezmuves replied that he did still love his family and indicated that he did not believe that his wife had been raped. The Member also questioned Ms. Rezmuves as to whether her husband believed that she had been raped and she confirmed that he did not believe her.

[25] In his decision, the Member stated as follows [at paragraphs 27–29]:

If the female claimant was specially targeted by the Hungarian Guards who are also police officers and on two prior occasions was sexually assaulted (they forced her on to a wall, tried to kiss her and touched her inappropriately, etc) by these men and as she said she “protested” against what they were doing to her, but more importantly she told her husband about it “and he knew it was real”, but when she was actually abducted and raped by these same individuals he didn’t believe her. Instead he believed they had “a consensual relationship.” It does not make sense to me that if his wife told him the bad things these men had done to her previously, and he knew it was real but he did nothing about it, but when she is subsequently raped, he doesn’t believe she is raped and claimed that she had consensual sex.

fallait connaître l’essentiel du conflit, à défaut de quoi il devrait rejeter la demande. Il a également décidé d’instruire quand même l’affaire le jour même et a donné à l’avocate la possibilité de choisir l’époux qu’elle voulait représenter. L’avocate a décidé de continuer d’agir au nom de M^{me} Rezmuves et de ses enfants (desquels M^{me} Rezmuves a été nommée tutrice en raison de leur statut de mineurs).

[23] Le Formulaire de renseignements personnels déposé par M^{me} Rezmuves ainsi que son témoignage devant le commissaire ont mis au jour le fait qu’elle s’était enfuie de la Hongrie parce qu’elle avait été victime d’agression sexuelle et de viol collectif aux mains de membres de la Garde hongroise qui se livraient sans gêne à ces activités dans son village. Son époux a allégué quant à lui d’autres actes de persécution pour appuyer sa demande d’asile.

[24] Comme c’est la coutume, le commissaire a mené l’audience de façon inquisitoire et a interrogé aussi bien M^{me} Rezmuves que son époux. Aucun n’a eu la possibilité de contre-interroger l’autre. Durant l’interrogatoire de M. Rezmuves, le commissaire lui a demandé s’il aimait sa famille et s’il croyait que sa femme avait été violée. M. Rezmuves a répondu qu’il aimait toujours sa famille, mais qu’il ne croyait pas que sa femme eût été violée. Le commissaire a également demandé à M^{me} Rezmuves si son mari croyait qu’elle avait été violée et elle a confirmé qu’il ne la croyait pas.

[25] Dans sa décision, le commissaire a déclaré ce qui suit [aux paragraphes 27 à 29] :

Si la demandeur d’asile a bien été ciblée expressément par des membres de la Garde hongroise, qui sont aussi des policiers, et qu’elle a été agressée sexuellement deux fois auparavant (ils l’ont poussée de force contre un mur, ont essayé de l’embrasser et l’ont touchée de façon inappropriée, etc.) par ces hommes et, comme elle l’a affirmé, qu’elle a protesté contre ce qu’ils lui faisaient subir, mais surtout, qu’elle l’a dit à son époux et que celui-ci a su que ces incidents avaient réellement eu lieu, il n’en reste pas moins que, lorsque la demandeur d’asile a en fait été enlevée et violée par ces mêmes individus, son époux ne l’a pas cru. Il a plutôt pensé qu’elle avait eu « une relation consensuelle ». Il ne me semble pas logique que l’épouse du demandeur d’asile lui ait parlé des choses graves que ces hommes lui avaient fait subir auparavant, que celui-ci

I therefore find on a balance of probabilities that the female claimant was not targeted by any Hungarian Guards who are also police officers and was raped. She, as her husband believed, had a consensual relationship with someone which brought a serious strain on their marriage. He seems to love his wife and family and wants to keep his family together. For example, when he was asked “Do you love your family,” he replied, “For me, my family is everything.” I believe that the claimant loves his family. But I also believe that because of the stigma associated with his wife’s action and as his wife testified that she has been disowned by her family, he decided to move away from Hungary and start a new life in Canada far away from the stigma and seeing those who know about the event. When she was asked why she waited two days to tell her husband about the rape, she replied that “I knew that our lives would be ruin by this.” When Budapest was suggested as a possible IFA to avoid the problems associated with the stigma and the people who knew about it, she said that “We have a big family in Budapest” as well.

I therefore find on a balance of probabilities that this entire claim is based on the claimants trying to escape their past, but I find that it is not a past based on persecution but the stigma of what she did. She may have been disowned by her family but certainly not persecuted or harmed in anyway by them.

[26] In the circumstances, the refusal of the disjoinder motion amounted to a violation of procedural fairness because Mr. and Ms. Rezmuves were opposed in interest, Mr. Rezmuves was questioned about his views on Ms. Rezmuves’ claim, Ms. Rezmuves was not afforded the opportunity to cross-examine Mr. Rezmuves and his views about her truthfulness were used by the Member as the primary reason to reject her claim. This is fundamentally unfair as Ms. Rezmuves had no ability to test the unfavourable evidence of her estranged spouse nor to point out the rather obvious reasons why, following their separation, he might be pre-disposed against her.

ait su que ces incidents avaient réellement eu lieu et qu’il n’avait rien fait, mais que, lorsqu’elle avait été violée par la suite, le demandeur d’asile n’ait pas cru qu’elle avait été violée et ait dit qu’elle avait eu une relation sexuelle consensuelle.

Par conséquent, je conclus, selon la prépondérance des probabilités, que la demandeuse d’asile n’a pas été ciblée ni violée par des membres de la Garde hongroise, qui sont aussi policiers. Son époux croyait qu’elle avait eu une relation consensuelle avec quelqu’un, ce qui a mis leur mariage à rude épreuve. Il semble aimer son épouse et sa famille et veut que celle-ci demeure unie. Par exemple, lorsqu’il lui a été demandé [TRADUCTION] « Aimez-vous votre famille? », le demandeur d’asile a répondu ce qui suit : [TRADUCTION] « Ma famille est tout pour moi. » Je crois que le demandeur d’asile aime sa famille, mais je pense aussi que, en raison de la stigmatisation associée aux gestes de son épouse et de l’affirmation de celle-ci selon laquelle sa famille l’avait reniée, le demandeur d’asile a décidé de quitter la Hongrie et de commencer une nouvelle vie au Canada loin de la stigmatisation et des personnes qui étaient au courant de l’événement. Lorsqu’il lui a été demandé pourquoi elle avait attendu deux jours avant de parler du viol à son époux, la demandeuse d’asile a répondu ceci : [TRADUCTION] « Je savais que nos vies en seraient ruinées. » Lorsque la ville de Budapest a été proposée comme possibilité de refuge intérieur pour éviter les problèmes associés à la stigmatisation et aux personnes qui étaient au courant de ce qui s’était passé, la demandeuse d’asile a déclaré que son époux et elle avaient une grande famille à Budapest également.

Par conséquent, je conclus, selon la prépondérance des probabilités, que toute cette demande d’asile repose sur le fait que les demandeurs d’asile tentent d’échapper à leur passé, mais j’estime qu’il ne s’agit pas d’un passé fondé sur la persécution, mais plutôt sur la stigmatisation découlant du comportement de la demandeuse d’asile. Les membres de sa famille l’ont peut-être reniée, mais ne l’ont certainement pas persécutée ni blessée d’aucune façon.

[26] Dans ces circonstances, le refus d’autoriser la séparation des demandes équivalait à un manquement à l’équité procédurale parce que les intérêts de M. et de M^{me} Rezmuves étaient opposés; on a demandé à M. Rezmuves de donner son avis sur l’allégation de M^{me} Rezmuves, mais M^{me} Rezmuves n’a pas eu la possibilité de contre-interroger M. Rezmuves et le commissaire s’est essentiellement fondé sur l’opinion qu’avait M. Rezmuves sur la sincérité de M^{me} Rezmuves pour rejeter sa demande. Cette décision est fondamentalement injuste étant donné que M^{me} Rezmuves n’a pas pu contester la preuve défavorable de son ex-époux ni signaler les raisons évidentes pour lesquelles, à la suite de leur séparation, il serait moins bien disposé à son égard.

[27] In the absence of authority directly on point, an analogy may be drawn to the criminal context, where severance of the trials of co-accused will typically be granted if one wishes to call the other to provide exculpatory evidence (see e.g. *R. c. Boulet*, 1987 CanLII 849, 40 C.C.C. (3d) 38 (Que. C.A.), at page 43; *R. v. Torbiak* (1978), 40 C.C.C. (2d) 193 (Ont. C.A.), at paragraph 20; *R. v. Savoury*, 2005 CanLII 25884, 200 C.C.C. (3d) 94 (Ont. C.A.), at paragraphs 22–29; *R. v. Chow*, 2005 SCC 24, [2005] 1 S.C.R. 384, at paragraph 10). In that context, severance is required to ensure a fair trial so as to afford the accused the ability to have all exculpatory evidence heard as a co-accused is not compellable due to the presumption of innocence.

[28] Here, the Rules did not provide for the right of Ms. Rezmuvés to cross-examine her co-applicant ex-spouse. In this regard, the Rules contemplate that co-applicants will share a common interest in the proceeding because no provision is made for a co-applicant to cross-examine another applicant. Such a provision would be expected if co-applicants with opposing interests were anticipated because cross-examination is available under the Rules in other instances where an adverse party may testify. For example, if as opposed to being a co-applicant, Mr. Rezmuvés had been called as a witness, Ms. Rezmuvés' counsel would have been entitled to cross-examine him under subsection 57(3) of the Rules. Likewise, the Rules provided that counsel may question (but not cross-examine) their own clients (subsection 57(2)). However, no provision is made for cross-examination of an unrepresented co-applicant. Thus, the Rules, themselves, appear to contemplate that claims will not be joined if the co-applicants are adverse in interest.

[29] More importantly, procedural fairness requires that the right of cross-examination be afforded to a refugee claimant when confronted with testimony that is adverse to the claimant's position. Cross-examination is fundamental to the truth seeking function of a court; in Wigmore on Evidence [John H. Wigmore. *Evidence in Trials at Common Law* (revised by James H. Chadbourne, Boston: Little, Brown & Co., 1970), Vol. 3, at §1367 cross-examination is stated to be “beyond any

[27] À défaut de doctrine ou de jurisprudence sur la question, on peut faire une analogie avec la justice pénale, où la séparation des procès de co-accusés est généralement autorisée si l'un des accusés souhaite faire témoigner l'autre pour obtenir une preuve disculpatoire (voir p. ex. *R. c. Boulet*, 1987 CanLII 849, 40 C.C.C. (3d) 38 (C.A. Qué.), à la page 43; *R. v. Torbiak* (1978), 40 C.C.C. (2d) 193 (C.A. Ont.), au paragraphe 20; *R. v. Savoury*, 2005 CanLII 25884, 200 C.C.C. (3d) 94 (C.A. Ont.), aux paragraphes 22 à 29; *R. c. Chow*, 2005 CSC 24, [2005] 1 R.C.S. 384, au paragraphe 10). Dans ce contexte, la séparation est requise pour garantir un procès équitable et donner à l'accusé la possibilité de faire entendre toute la preuve disculpatoire étant donné qu'un co-accusé n'est pas contraint de témoigner en raison de la présomption d'innocence.

[28] En l'espèce, les Règles ne donnent pas à M^{me} Rezmuvés le droit de contre-interroger son ex-époux co-demandeur. Les Règles reposent sur la prémisse que les co-demandeurs ont un intérêt commun dans une instance puisque rien n'autorise un co-demandeur à contre-interroger l'autre demandeur. Cela serait possible dans le cas où des co-demandeurs auraient des intérêts opposés car les Règles autorisent le contre-interrogatoire lorsqu'une partie adverse est susceptible de témoigner. Par exemple, si M. Rezmuvés avait dû témoigner non pas comme co-demandeur mais comme témoin, le paragraphe 57(3) des Règles aurait permis à l'avocate de M^{me} Rezmuvés de le contre-interroger. Par ailleurs, les Règles prévoient que le conseiller peut interroger (mais non contre-interroger ses propres clients (paragraphe 57(2)). Toutefois, rien ne prévoit le contre-interrogatoire d'un co-demandeur non représenté. En conséquence, les Règles semblent envisager la possibilité que les demandes soient séparées si les intérêts des co-demandeurs sont opposés.

[29] Plus important encore, l'équité procédurale implique que le droit de contre-interroger doit être accordé à un demandeur d'asile dans le cas où le témoignage d'une autre partie lui est défavorable. Le contre-interrogatoire est essentiel à la fonction de recherche de la vérité des tribunaux. Dans [l'ouvrage] Wigmore on Evidence [John H. Wigmore. *Evidence in Trials at Common Law* (révisé par James H. Chadbourne, Boston : Little, Brown & Co., 1970),

doubt the greatest legal engine ever invented for the discovery of truth”. In many instances, cross-examination has been found to be no less important in the administrative context (see e.g. *Innisfil*, at pages 166–167; and *Armstrong v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)*, [1994] 2 F.C. 356 (T.D.), at page 369, affd [1998] 2 F.C. 666 (C.A.)).

[30] The recent decision of this Court in *Nagalingam v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 176, 253 C.R.R. (2d) 310 (*Nagalingam*) likewise supports the conclusion that the applicants ought to have been afforded the right to cross-examine Mr. Rezmuves. In *Nagalingam*, this Court considered the refusal of the Minister’s delegate to permit the applicant to cross-examine a witness who filed affidavit evidence that was adverse to the applicant’s position. In finding that the delegate had erred, my colleague, Justice Russell, stated at paragraph 165:

Given the important interests at stake in the Applicant’s case, including freedom from persecution and torture and the rights to life, liberty and security of the person, it is my view that both section 7 of the *Charter of Rights and Freedoms* and the common-law principles of natural justice required that he be given an opportunity to test the evidence given by Detective Fernandes [by cross-examination].

Similar logic applies in this case (although section 7 of the Charter is not engaged).

[31] The Member thus erred in relying on the evidence of Mr. Rezmuves to deny Ms. Rezmuves’ claim without providing her an opportunity to test his evidence. Such cross-examination is envisaged under the Rules only if the claims had been disjoined. The Member’s refusal of the disjoinder request and consequent denial of the right of the applicants to cross-examine Mr. Rezmuves therefore violated the applicants’ procedural fairness rights and must result in the decision’s being set aside.

vol. 3, au paragraphe 1367, le contre-interrogatoire est considéré comme le meilleur mécanisme juridique qu’on ait jamais imaginé pour mettre la vérité au jour. Dans bien des cas, le contre-interrogatoire a été jugé tout aussi important dans le contexte administratif (voir p. ex. *Innisfil*, aux pages 166 et 167; et *Armstrong c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada)*, [1994] 2 C.F. 356 (1^{re} inst.), à la page 369, conf. par [1998] 2 C.F. 666 (C.A.)).

[30] La récente décision *Nagalingam c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 176 (*Nagalingam*), appuie aussi la conclusion selon laquelle les demandeurs auraient dû pouvoir se prévaloir du droit de contre-interroger M. Rezmuves. Dans l’affaire *Nagalingam*, la Cour s’est penchée sur le refus de la déléguée du ministre d’autoriser le demandeur à contre-interroger un témoin qui avait déposé par affidavit une preuve nuisible à la position du demandeur. En concluant que la déléguée du ministre avait fait erreur, mon collègue, le juge Russell, a déclaré ceci au paragraphe 165 :

Vu l’importance pour le demandeur des conséquences de la décision contrôlée, qui mettait notamment en jeu son droit de ne pas être soumis à la persécution et à la torture, ainsi que ses droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne, j’estime que l’article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* aussi bien que les principes de justice naturelle inhérents à la common law exigeaient qu’on lui accorde la possibilité de mettre à l’épreuve la véracité de la déclaration du détective Fernandes produite en preuve contre lui [en contre-interrogatoire].

Le même raisonnement s’applique en l’espèce (même si l’article 7 de la Charte ne s’applique pas).

[31] Le commissaire a donc fait erreur en se fondant sur la déclaration de M. Rezmuves pour rejeter la demande de M^{me} Rezmuves sans donner à celle-ci la possibilité de mettre à l’épreuve la véracité de la déclaration. Le contre-interrogatoire est autorisé par les Règles uniquement si les demandes ont été séparées. Le rejet de la demande de séparation et le déni conséquent du droit des demandeurs de contre-interroger M. Rezmuves ont privé les demandeurs de leur droit à l’équité procédurale et doivent entraîner l’annulation de la décision.

Were the Member's Credibility Findings Unreasonable?

[32] While my determination on the procedural fairness issue is sufficient to dispose of this application, I feel I must address the Member's credibility findings because they are so perverse they cannot escape comment.

[33] I start my analysis with the recognition that credibility determinations fall squarely within the core of the RPD's mandate and, accordingly, are normally provided considerable deference. As I noted, at paragraph 42 in *Rahal*:

... the starting point in reviewing a credibility finding is the recognition that the role of this Court is a very limited one because the tribunal had the advantage of hearing the witnesses testify, observed their demeanor and is alive to all the factual nuances and contradictions in the evidence. Moreover, in many cases, the tribunal has expertise in the subject matter at issue that the reviewing court lacks. It is therefore much better placed to make credibility findings, including those related to implausibility.

[34] This, however, does not mean that credibility findings are immune from review. Where, as here, they are perverse, capricious or made without regard to the evidence, they will be set aside under subsection 18.1(4) of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7.

[35] Mr. Rezmuvés' evidence that he did not believe Ms. Rezmuvés had been raped is opinion evidence regarding her credibility. Absent additional evidence to establish some relevant basis in fact for why he did not believe her account, his evidence on this point was not probative and could not form the basis for a finding that Ms. Rezmuvés was not credible. Credibility assessments must be left to the trier of fact, and opinion evidence on credibility is not relevant, absent special circumstances (see e.g. *R. v. D.D.*, 2000 SCC 43, [2000] 2 S.C.R. 275, at paragraphs 18-19; and *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223, at page 249). In general, evidence from a witness on the credibility of a second witness is not admissible. Justices Bryant, Lederman and Fuerst state this rule at §10.135 in their [work] *The Law of*

La Commission a-t-elle tiré des conclusions déraisonnables quant à la crédibilité?

[32] Bien que ma conclusion sur la question de l'équité procédurale suffise à trancher la présente demande, je me sens tenu de revenir sur les conclusions qu'a tirées le commissaire quant à la crédibilité car leur caractère est si abusif qu'elles doivent être commentées.

[33] Je commencerai mon analyse en reconnaissant que les décisions relatives à la crédibilité ressortissent entièrement au mandat de la SPR et, en conséquence, méritent généralement une grande déférence. Comme je l'ai fait remarquer au paragraphe 42 du jugement *Rahal* :

[...] il faut reconnaître, avant même de se pencher sur une conclusion relative à la crédibilité, que le rôle de la Cour est très limité, étant donné que le tribunal a eu l'occasion d'entendre les témoins, d'observer leur comportement et de relever toutes les nuances et contradictions factuelles contenues dans la preuve. Ajoutons à cela que, dans bien des cas, le tribunal possède une expertise reconnue dans le domaine qui fait défaut à la cour de révision. Le tribunal est donc bien mieux placé pour tirer des conclusions quant à la crédibilité, et notamment pour juger de la plausibilité de la preuve.

[34] Toutefois, cela ne signifie pas que les conclusions relatives à la crédibilité sont à l'abri d'un contrôle. Lorsque, comme c'est le cas en espèce, elles sont tirées de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte de la preuve au dossier, elles doivent être annulées en vertu du paragraphe 18.1(4) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7.

[35] En déclarant qu'il ne croyait pas que M^{me} Rezmuvés avait été violée, M. Rezmuvés a fourni un témoignage d'opinion sur sa crédibilité. À défaut d'autres éléments de preuve permettant d'appuyer sur des faits les raisons pour lesquelles il ne l'a pas cru, ce témoignage n'était pas probant et ne pouvait servir de fondement à une conclusion selon laquelle M^{me} Rezmuvés n'était pas crédible. Les appréciations de la crédibilité doivent être laissées au juge des faits et les témoignages d'opinion relativement à la crédibilité ne sont pas pertinents, sauf dans des conditions particulières (voir p. ex. *R. c. D.D.*, 2000 CSC 43, [2000] 2 R.C.S. 275, aux paragraphes 18 et 19; et *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223, à la page 249). En règle générale, le témoignage d'un témoin sur la crédibilité d'un autre témoin n'est pas admissible.

Evidence in Canada (3rd ed. Markham, Ont: LexisNexis, 2009) (*The Law of Evidence*) as follows:

Questioning which seeks to obtain the belief of one witness as to the credibility of another witness, even indirectly, is inadmissible.

[36] Moreover, the Member’s line of questioning evinces a sexist attitude that is out of place in any hearing, and most especially objectionable in a hearing before the RPD where a woman is testifying about incidents of alleged sexual assault and rape that have led her to seek protection in Canada.

[37] The common law doctrine of recent complaint—under which a failure to report a sexual assault quickly was a factor that could be considered as undercutting a complainant’s credibility—was abolished by statute in criminal matters in 1983 (*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, section 275). The Law of Evidence notes, at §1.63, that this doctrine was “based on stereotypical myths [which] made it easy for the accused to undermine the testimony of the victim and to escape conviction”. The Ontario Court of Appeal commented on the doctrine as follows in *R. v. Batte* (2000), 49 O.R. (3d) 321, at paragraphs 145–146:

The annulment of the law relating to recent complaint was a clear rejection by Parliament of the two assumptions underlying the common law doctrine. By repealing this judge-made rule, Parliament declared that it was wrong to suggest that complainants in sexual cases were inherently less trustworthy than complainants in other kinds of cases, and that it was wrong to assume that all victims of sexual assaults, whatever their age and whatever the circumstances of the assault, would make a timely complaint. Both assumptions reflected stereotypical notions which demeaned complainants (most of whom were female) and ignored the realities of human experience. It made no sense to suggest that all persons subjected to a traumatic event such as a sexual assault could be expected to react in the same way and make a timely complaint: *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122 at p. 136.... Indeed, that assumption is now so obviously wrongheaded that it is difficult to believe that it was ever part of the accepted wisdom of the common law.

Les juges Bryant, Lederman et Fuerst établissent cette règle au paragraphe 10.135 de leur ouvrage *The Law of Evidence in Canada* (3^e éd. Markham (Ont.) : LexisNexis, 2009) (*The Law of Evidence*) :

[TRADUCTION] Les questions qui visent à obtenir l’opinion d’un témoin sur la crédibilité d’un autre témoin, même indirectement, sont inadmissibles.

[36] De plus, le type d’interrogatoire auquel a procédé le commissaire révèle une attitude sexiste qui n’a pas sa place dans une audience et est d’autant plus inacceptable dans une audience devant la SPR où une femme relate des agressions sexuelles et des viols qu’elle aurait subis et qui l’ont poussée à demander l’asile au Canada.

[37] Le principe de la plainte immédiate en common law — selon lequel le défaut de rapporter une agression sexuelle rapidement est un facteur pouvant être considéré comme minant la crédibilité d’un plaignant — a été aboli par la législation pénale en 1983 (*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, article 275). Dans l’ouvrage *The Law of Evidence*, les auteurs font remarquer au paragraphe 1.63, que ce principe était [TRADUCTION] « fondé sur des stéréotypes qui permettaient à l’accusé de saper le témoignage de la victime et d’échapper à la condamnation ». La Cour d’appel de l’Ontario a fait les observations suivantes à ce sujet dans l’arrêt *R. v. Batte* (2000), 49 R.J.O. (3^e) 321, aux paragraphes 145 et 146 :

[TRADUCTION] L’abrogation du principe de droit de la plainte immédiate a signifié le rejet clair par le législateur des deux fondements de ce principe de common law. En révoquant cette règle conçue par un juge, le législateur a déclaré qu’il était injuste de laisser entendre que les plaignants dans des affaires d’agressions sexuelles étaient moins crédibles que les plaignants dans d’autres types d’affaires, et qu’il était injuste de présumer que toutes les victimes d’agressions sexuelles, peu importe leur âge et les circonstances de l’agression, présentent une plainte sans attendre. Les deux suppositions véhiculaient des stéréotypes qui rabaissaient les plaignants (dont la plupart étaient de sexe féminin) et ne tenaient pas compte des réalités de l’existence. Il était insensé de laisser entendre qu’il fallait présumer des victimes d’un crime traumatisant comme l’agression sexuelle qu’elles réagissent toutes de la même façon et qu’elles fassent une plainte spontanée (*R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122, à la page 136 [...]) De fait, cette supposition est aujourd’hui si erronée qu’il est difficile de s’imaginer qu’elle a déjà été reconnue dans la common law.

By removing the doctrine of recent complaint, Parliament sought to eliminate a rule which treated complainants in sexual assault cases as second-class persons. In addition, Parliament sought to dispel an assumption which had a real potential to mislead the trier of fact and distort the search for the truth. The abrogation of the rule struck a blow for both equality and the truth-finding function of the criminal trial process.

[38] The same stereotypical assumptions underlie the Member's line of questioning about what Mr. Rezmuvés believed and his conclusions regarding Ms. Rezmuvés' credibility.

[39] Indeed, in proceeding in this fashion, the Member ignored the Gender Guidelines. They provide in relevant part that:

Women refugee claimants face special problems in demonstrating that their claims are credible and trustworthy. Some of the difficulties may arise because of cross-cultural misunderstandings. For example:

1. Women from societies where the preservation of one's virginity or marital dignity is the cultural norms may be reluctant to disclose their experiences of sexual violence in order to keep their "shame" to themselves and not dishonour their family or community

[40] While the Gender Guidelines are not binding on the RPD, this Court has often set aside decisions where the RPD failed to apply the principles enshrined in the Guidelines. For example, in *Evans v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 444, my colleague, Justice Mosley, reviewed another decision by Member Robinson, in which the Member had found that the applicant had undertaken an "elaborate scheme of fabrication based on exaggerations and embellishments to bolster her claim for refugee status". Justice Mosley concluded that the Member's credibility findings were made in a perverse and capricious manner [at paragraphs 17–18]:

At paragraph 18 of its decision, the Board made the following implausibility finding, impugning the applicant's credibility:

En révoquant la règle de la plainte spontanée, le législateur a voulu éliminer une règle qui traitait les plaignants d'agressions sexuelles comme des citoyens de seconde classe. De plus, le Parlement a également voulu écarter une présomption qui risquait vraiment d'induire le juge des faits en erreur et de dénaturer la quête de la vérité. L'abrogation de la règle a été très favorable aussi bien à l'égalité qu'à la quête de la vérité à laquelle les tribunaux sont tenus.

[38] Les mêmes stéréotypes sous-tendent les questions que le commissaire a posées à M. Rezmuvés au sujet de son opinion sur M^{me} Rezmuvés et des conclusions qu'il a tirées quant à la crédibilité de cette dernière.

[39] De fait, en procédant de cette façon, le commissaire n'a pas fait cas des Directives concernant la persécution fondée sur le sexe, lesquelles disposent de ce qui suit :

Les femmes qui revendiquent le statut de réfugié font face à des problèmes particuliers lorsque vient le moment de démontrer que leur revendication est crédible et digne de foi. Certaines difficultés peuvent survenir à cause des différences culturelles. Ainsi,

1. Les femmes provenant de sociétés où la préservation de la virginité ou la dignité de l'épouse constitue la norme culturelle peuvent être réticentes à parler de la violence sexuelle dont elles ont été victimes afin de garder leur sentiment de « honte » pour elles-mêmes et de ne pas déshonorer leur famille ou leur collectivité.

[40] Si les Directives concernant la persécution fondée sur le sexe ne lient pas la SPR, la Cour a souvent annulé des décisions où la SPR a omis d'appliquer les principes qui sont énoncés dans les Directives. Par exemple, dans la décision *Evans c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 444, mon collègue, le juge Mosley, a contrôlé une autre décision du commissaire Robinson selon lequel la demanderesse usait « d'un stratagème complexe de fabrications fondées sur des exagérations et sur une version embellie de son histoire pour étayer sa demande d'asile ». Le juge Mosley a conclu que les conclusions du commissaire quant à la crédibilité de la demanderesse avaient été tirées de manière abusive et arbitraire [aux paragraphes 17 et 18] :

Au paragraphe 18 de sa décision, la Commission a émis la conclusion quant à la vraisemblance suivante, portant atteinte à la crédibilité de la demanderesse :

The panel also looked at the claimant's testimony that she was not allowed to have friends and even sit outside of the house because that meant to her husband that she was looking for other men to be exaggerations and embellishments. For example, this is the same man who would force her to have sex with other men while he watches. As such the panel finds that the claimant's husband was hardly the kind of person to confine the claimant because of jealousy.

This reasoning fails to appreciate the psychological dimensions of abuse and the many forms in which abuse manifests in an abuser. It wrongly assumes that someone who is jealous or controlling would not subject another to demeaning sexual acts. Forcing the applicant to perform sex acts with his friends and business associates was another way for Mr. Evans to assert control of her. Jealousy and controlling behaviour can coexist. Both are rooted in control and a lack of regard for the individual and her body. The logic of the Board on this issue demonstrates both an insensitivity to the applicant's situation and a lack of awareness to the broader issue of domestic abuse and sexual assault. As such, this finding of credibility was made in a perverse and capricious manner.

[41] A similar conclusion pertains in this case.

[42] Thus, for these reasons, the Member's decision must be set aside.

Certified Question

[43] The applicants submit the following question for certification under section 74 of the IRPA [*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27]:

What is the applicable standard of review for an alleged error in failing to disjoin claims before the IRB?

[44] Paragraph 74(d) of the IRPA provides that "an appeal to the Federal Court of Appeal may be made only if, in rendering judgment, the judge certifies that a serious question of general importance is involved and states the question." The case law establishes three criteria for

Le tribunal a également considéré que le témoignage de la demandeur d'asile, selon lequel il lui était interdit d'avoir des amis, voire de s'asseoir à l'extérieur de la maison, parce que ces gestes signifieraient pour son époux qu'elle cherchait d'autres hommes, était constitué d'exagérations et d'embellissements. Par exemple, il s'agit du même homme qui aurait forcé la demanderesse d'asile à avoir des relations sexuelles avec d'autres hommes alors qu'il regardait. Le tribunal estime donc que l'époux de la demanderesse d'asile pouvait difficilement être le genre d'homme à enfermer son épouse parce qu'il était jaloux.

Les aspects psychologiques de l'agression ainsi que les diverses formes sous lesquelles les agressions et sévices peuvent se présenter chez l'agresseur ne sont pas reconnus dans ce raisonnement. Ce raisonnement considère, à tort, qu'une personne jalouse ou qui brime son conjoint ne peut forcer une personne à se soumettre à des activités sexuelles dégradantes. M. Evans soumettait sa conjointe à des activités sexuelles avec ses amis et collègues de travail et cela constituait pour lui un autre moyen d'assurer sa dominance sur sa conjointe. La jalousie et la domination peuvent coexister. Les deux attitudes découlent de la volonté d'exercer son pouvoir sur une autre personne et du manque de respect envers l'autre personne et son corps. La logique de la Commission sur ce point démontre tant une insensibilité envers la situation de la demanderesse qu'un manque de vigilance quant à l'ensemble de la problématique de la violence conjugale et de l'agression sexuelle. À la lumière de ces éléments, la Cour estime que la présente conclusion au sujet de la crédibilité fut tirée de manière abusive et arbitraire.

[41] Nous appliquons le même jugement en l'espèce.

[42] Par conséquent, pour ces motifs, la décision du commissaire doit être annulée.

Question certifiée

[43] Les demandeurs demandent de certifier la question suivante en application de l'article 74 de la LIPR [*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27] :

Quelle norme de contrôle s'applique lorsque l'erreur alléguée consiste à avoir omis de séparer les demandes devant la SPR?

[44] L'alinéa 74d) de la LIPR dispose que « le jugement consécutif au contrôle judiciaire n'est susceptible d'appel en Cour d'appel fédérale que si le juge certifie que l'affaire soulève une question grave de portée générale et énonce celle-ci ». La jurisprudence a établi trois

such a question, namely, that it must transcend the interest of the parties, must concern issues of broad significance or general application and must be determinative of the appeal (*Liyanagamage v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 176 N.R. 4 (F.C.A.); *Zazai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FCA 89, 36 Imm. L.R. (3d) 167, at paragraph 11; *Di Bianca v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCT 935, 224 F.T.R. 168, at paragraph 22; and *Zhang v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FCA 168, 446 N.R. 382, at paragraphs 9–10).

[45] Here, the respondent opposes certification of the question as it submits that the law is settled and the appropriate standard is that of reasonableness. I, however, have found precisely the opposite and believe the issue has not been canvassed in any degree in the case law. I also believe that the issue will arise in other cases as disjoinder applications are bound to reoccur, as will applications for judicial review in respect of them. I accordingly determine that the question as posed by the applicants is appropriate for certification.

JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. This application for judicial review is granted and the Member's decision dated June 13, 2012 is set aside;

2. The applicants' claims shall be remitted to the RPD for re-determination by a different RPD member;

3. The following question of general importance is certified:

What is the applicable standard of review for an alleged error in failing to disjoin claims before the IRB?; and

4. There is no order as to costs.

critères à cet égard, à savoir que la question doit transcender les intérêts des parties, qu'elle doit être de portée ou d'importance générale et qu'elle doit être déterminante de l'issue de l'appel (*Liyanagamage c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 1637 (C.A.) (QL); *Zazai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CAF 89, au paragraphe 11; *Di Bianca c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CFPI 935, au paragraphe 22; et *Zhang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CAF 168, aux paragraphes 9 et 10).

[45] En l'espèce, le défendeur s'oppose à la certification de la question, soutenant que la loi est bien établie et que la norme de contrôle applicable est celle du caractère raisonnable. Toutefois, je pense exactement le contraire et estime que la question n'a pas été vraiment débattue dans la jurisprudence. J'estime également que cette question sera soulevée à nouveau dans l'avenir car d'autres demandes de séparation se présenteront certainement, tout comme les demandes de contrôle judiciaire des décisions rendues à leur égard. Je conclus par conséquent que la question posée par les demandeurs doit être certifiée.

JUGEMENT

LA COUR STATUE que :

1. La présente demande de contrôle judiciaire est accueillie et la décision du commissaire datée du 13 juin 2012 est annulée.

2. Les demandes d'asile sont renvoyées à la SPR pour être examinées par un tribunal différemment constitué.

3. La question d'importance générale suivante est certifiée :

Quelle norme de contrôle s'applique lorsque l'erreur alléguée consiste à avoir omis de séparer les demandes devant la SPR?

4. Aucuns dépens ne sont adjugés.

A-487-12
2013 FCA 284

A-487-12
2013 CAF 284

Hyundai Heavy Industries Co., Ltd and Hyundai Canada Inc. (*Applicants*)

Hyundai Heavy Industries Co., Ltd et Hyundai Canada Inc. (*demandereses*)

v.

c.

ABB Inc., CG Power Systems Canada Inc., Remington Sales Co., Hyosung Corporation, Hico America Sales and Technology, Inc. and Attorney General of Canada (*Respondents*)

ABB Inc., CG Power Systems Canada Inc., Remington Sales Co., Hyosung Corporation, Hico America Sales and Technology, Inc. et Procureur général du Canada (*défenderesses*)

INDEXED AS: *HYUNDAI HEAVY INDUSTRIES CO., LTD. v. ABB INC.*

RÉPERTORIÉ : *HYUNDAI HEAVY INDUSTRIES CO., LTD. c. ABB INC.*

Federal Court of Appeal, Mainville, Webb and Near J.J.A.—Ottawa, November 5 and December 6, 2013.

Cour d'appel fédérale, juges Mainville, Webb et Near, J.C.A.—Ottawa, 5 novembre et 6 décembre 2013.

Anti-dumping — Judicial review pursuant to Special Import Measures Act, s. 96.1 of Canada Border Services Agency (CBSA) decision making final determination of dumping under Act, s. 41(1)(a) in relation to certain power transformers originating in or exported from Republic of Korea — One applicant (Hyundai Heavy Industries Co., Ltd (HHI)) producing, selling power transformers in Korea; also exporting said goods to Canada — Since normal value of transformers could not be determined under Act, s. 15, normal value herein determined under s. 19(b) — As to export price, CBSA finding that export price determined under Act, s. 24 unreliable; therefore applying provisions of s. 25(1)(d) to calculate price — Main issue herein related to determination of export price of power transformers by CBSA — Only item in dispute in present case being amount determined for profit for purposes of Act, s. 25(1)(d)(i) — Special Import Measures Regulations setting out directions to assist in determining amount for profit — CBSA having difficulty in obtaining information regarding amount to be used for profit of importer of power transformers; using profit amounts of manufacturer, manufacturer/importer — Applicants submitting amount of profit of two complainants (ABB Inc., CG Power Systems of Canada Inc.) having to be adjusted to factor in both manufacturing, selling operations thereof — In present case, normal value under Act, 19(b) calculated by adding to cost of production for HHI, Ltd certain amounts, including reasonable amount for profit, thereby increasing normal value — Amount for profit attributable to manufacturing function actually counted twice—once in calculating normal value for HHI, Ltd, again in determining export price for other applicant (Hyundai Canada Inc.) — No indication adjustment made to amount for profit of two complainants before respective amounts for profit used to

Antidumping — Contrôle judiciaire conformément à l'art. 96.1 de la Loi sur les mesures spéciales d'importation d'une décision de l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) dans le cadre de laquelle elle rendait une décision définitive de dumping en vertu de l'art. 41(1)a de la Loi concernant certains transformateurs de puissance originaires ou exportés de la République de Corée — Une des demandereses (Hyundai Heavy Industries Co., Ltd (HHI)) produit et vend des transformateurs de puissance en République de Corée et en exporte au Canada — Comme il n'était pas possible de déterminer les valeurs normales des transformateurs conformément à l'art. 15 de la Loi, les valeurs normales devaient être établies conformément à l'art. 19b) — Quant au prix à l'exportation, l'ASFC a déterminé en vertu de l'art. 24 de la Loi qu'il était sujet à caution, et il a en conséquence appliqué les dispositions de l'art. 25(1)d) de la Loi pour le calculer — La question principale à trancher dans le cadre de la présente demande concernait la détermination du prix à l'exportation des transformateurs de puissance par l'ASFC — Le seul point en litige en l'espèce concernait le montant établi au titre des bénéfices pour l'application de l'art. 25(1)d)(i) de la Loi — Le Règlement sur les mesures spéciales d'importation contient des instructions pour déterminer le montant des bénéfices — L'ASFC a eu du mal à obtenir des renseignements se rapportant aux montants destinés au calcul des bénéfices de l'importateur de transformateurs de puissance et a utilisé les bénéfices réalisés par le fabricant et le fabricant/importateur — Les demandereses ont soutenu que les bénéfices réalisés par deux plaignantes (ABB Inc. et CG Power Systems of Canada Inc.) auraient dû être rectifiés pour tenir compte des opérations de fabrication et de vente de celles-ci — En l'espèce, la valeur normale aux termes de

determine export price for Hyundai Canada Inc. — No rationale provided explaining why no adjustment made — Not reasonable or correct here to both increase normal value by including amount for profit attributable to manufacturing function, decrease export price by deducting amount for profit attributable to manufacturing function — Application allowed.

This was an application for judicial review pursuant to section 96.1 of the *Special Import Measures Act*, of a decision of the Canada Border Services Agency (CBSA) making a final determination of dumping under paragraph 41(1)(a) thereof made in relation to certain power transformers which originated in or were exported from the Republic of Korea.

Goods imported into Canada are “dumped” when the normal value of the goods exceeds the export price of such goods. The margin of dumping is defined in subsection 2(1) of the Act as the difference between these two amounts. One of the applicants, Hyundai Heavy Industries Co., Ltd. (HHI), produces and sells power transformers in the Republic of Korea and also exports these goods to Canada. The importers of these transformers are Hyundai Canada Inc. (HC) and Remington Sales Co. Since it was not possible to determine the normal value of the goods pursuant to section 15 of the Act for a number of reasons, the normal value was determined pursuant to paragraph 19(b) of the Act. This was based on an aggregate of the cost of production, a reasonable amount for administrative, selling and other costs, and a reasonable amount for profits. As to the export price, the CBSA found that the export price determined under section 24 of the Act (i.e. the lesser of the exporter’s sale price of the goods and the importer’s purchase price of those goods) was unreliable and therefore applied the provisions of paragraph 25(1)(d) to calculate it. Under paragraph 25(1)(d), the export price is determined by deducting from the price at which the importer sells the goods in question to a person who is not associated with the importer, certain amounts as set out in subparagraphs 25(1)(d)(i) to (v) of the Act.

l’art. 19b) de la Loi a été calculée en ajoutant au coût de production de HHI certains montants, notamment une somme raisonnable pour les bénéfices, augmentant ainsi la valeur normale — Le montant des bénéfices raisonnablement attribuables à une fonction de fabrication a été pris en compte deux fois, une fois pour calculer la valeur normale pour HHI, et aussi pour calculer le prix à l’exportation pour l’autre demanderesse (Hyundai Canada Inc.) — Rien n’indiquait que le montant des bénéfices des deux plaignantes ait été rectifié avant de servir à déterminer le prix à l’exportation pour Hyundai Canada Inc. — Aucune raison n’a été fournie pour expliquer cette omission — Il ne paraissait pas raisonnable (ni correct) dans la présente affaire d’augmenter la valeur normale en incluant un montant de bénéfices attribuables à la fonction de fabrication, et de réduire en même temps le prix à l’exportation en déduisant ce même montant — Demande accueillie.

Il s’agissait d’une demande de contrôle judiciaire conformément à l’article 96.1 de la *Loi sur les mesures spéciales d’importation* d’une décision de l’Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) dans le cadre de laquelle elle rendait une décision définitive de dumping, en vertu de l’alinéa 41(1)a) de la Loi, concernant certains transformateurs de puissance originaires ou exportés de la République de Corée.

Les marchandises importées au Canada font l’objet d’un « dumping » lorsque leur valeur normale dépasse leur prix à l’exportation. Le paragraphe 2(1) de la Loi définit la marge de dumping comme la différence entre ces deux montants. L’une des demanderesse, Hyundai Heavy Industries Co., Ltd. (HHI), produit et vend des transformateurs de puissance en République de Corée et en exporte au Canada. Hyundai Canada Inc. (HC) et Remington Sales Co. en sont les importatrices. Comme il n’a pas été possible de déterminer les valeurs normales conformément à l’article 15 de la Loi pour un certain nombre de raisons, la valeur normale a été calculée conformément à l’alinéa 19b) de la Loi. Ce calcul a été obtenu en faisant la somme des coûts de production des marchandises, d’un montant raisonnable pour les frais, notamment les frais administratifs et les frais de vente, et d’un montant raisonnable pour les bénéfices. Quant au prix à l’exportation, l’ASFC a conclu que le prix qui est déterminé en vertu de l’article 24 de la Loi (qui correspond au moindre de ces deux montants : le prix auquel l’exportateur a vendu les marchandises et le prix auquel l’importateur les a achetées) était sujet à caution, et il a en conséquence appliqué l’alinéa 25(1)d) de la Loi pour le calculer. Aux termes de l’alinéa 25(1)d) de la Loi, le prix à l’exportation est fixé en déduisant du prix auquel l’importateur vend les marchandises en question à une personne qui ne lui est pas associée certains montants énoncés aux sous-alinéas 25(1)d)(i) à (v) de la Loi.

The main issue herein was related to the determination of the export price of the power transformers by the CBSA.

Held, the application should be allowed.

The only item in dispute in this application was the amount determined for profit for the purposes of paragraph 25(1)(d)(i) of the Act, which provides that an amount for profit is to be deducted from the selling price of the goods in question. Directions are set out in the *Special Import Measures Regulations* to assist in determining the amount for profit. Based on the record, the CBSA had difficulty in obtaining information regarding the amount that should be used for profit and it used only the profit amounts for three companies rather than an amount representative of the average industry profit in Canada as required by the Regulations. The three companies were ABB Inc. and CG Power Systems of Canada Inc, which were the two complainants, and HC. The applicants submitted that the amount of profit realized by the two complainants had to be adjusted so as not to reflect profit from both the manufacturing and selling operation thereof since both complainants sold power transformers that they manufactured and one sold those goods that it manufactured and also imported into Canada. The CBSA used the profit amounts of the manufacturer and the manufacturer/importer to determine the amount that should be used for the profit of the importer of the power transformers essentially because it considered manufacturers and distributors at the same level of trade. The amount calculated under section 25 of the Act is meant to be a reasonable estimate of the amount that the importer would have paid for the product if the importer would not have been associated with the exporter. In calculating this estimated amount, care should be taken in determining whether the amount for profit of a company that both manufactures and sells to end users should be used to determine the amount for profit of a company that only imports and sells to end users. There is nothing in section 25 of the Act or sections 21 and 22 of the Regulations that would suggest that profit should mean anything other than what would be determined by ordinary commercial principles and therefore profit, for the purposes of these sections, would be the amount determined by subtracting expenses from revenues. The use of an amount for profit, without any adjustment, of a company that manufactures and sells to end users in determining the profit of a company that simply imports and sells a product to end-users is not justified if the only rationale for using such amount for profit (without any adjustment) is that both companies are competing for the same customers. By focusing only on the customers to whom products are sold, the expense component of the profit equation was not explicitly considered.

La question principale à trancher en l'espèce concernait la détermination du prix à l'exportation des transformateurs de puissance par l'ASFC.

Jugement : la demande doit être accueillie.

Le seul point en litige en l'espèce concernait le montant établi au titre des bénéfices réalisés sur la vente pour l'application du sous-alinéa 25(1)d(i) de la Loi, qui prévoit qu'un montant pour les bénéfices réalisés sur la vente soit déduit du prix de vente des marchandises en question. Le *Règlement sur les mesures spéciales d'importation* contient des instructions permettant de déterminer le montant des bénéfices. D'après le dossier, l'ASFC a eu du mal à obtenir des renseignements se rapportant aux montants destinés au calcul des bénéfices et seuls les bénéfices réalisés par trois sociétés, au lieu du montant représentatif des bénéfices moyens de la branche de production nationale tel que l'exige le Règlement, ont effectivement été pris en compte. Ces trois sociétés sont les deux plaignantes, ABB Inc. et CG Power Systems of Canada Inc., et HC. Les demanderesse ont fait valoir que les bénéfices réalisés par les deux plaignantes auraient dû être rectifiés pour ne pas représenter les bénéfices issus des opérations de fabrication et de vente, attendu que les deux plaignantes vendaient des transformateurs de puissance qu'elles fabriquaient, et que l'autre vend des transformateurs de puissance qu'elle fabrique au Canada ou bien qu'elle importe au pays. L'ASFC s'est servie des bénéfices réalisés par le fabricant et le fabricant/importateur pour établir le montant devant être utilisé au titre des bénéfices de l'importateur des transformateurs de puissance parce qu'elle considérait essentiellement les fabricants et les distributeurs comme étant au même niveau du circuit de distribution. Le montant établi en vertu de l'article 25 de la Loi doit représenter une estimation raisonnable de ce que l'importateur aurait eu à payer pour la marchandise s'il n'avait pas été associé à l'exportateur. Pour calculer ce montant estimatif, il faut prendre soin de déterminer si les bénéfices d'une société qui fabrique la marchandise et la vend à des utilisateurs finaux devraient servir à établir ceux que réalise la société qui se contente de l'importer pour la vendre à ces derniers. Rien dans l'article 25 de la Loi ou les articles 21 et 22 du Règlement ne donne à penser que les bénéfices désignent autre chose que le montant qui serait établi suivant les principes commerciaux habituels; par conséquent, les bénéfices, pour l'application de ces dispositions, correspondent à la différence entre les dépenses et les revenus. On ne saurait utiliser les bénéfices d'une société qui fabrique et vend des marchandises à des utilisateurs finaux, sans aucune rectification, pour déterminer ceux de la société qui importe simplement les marchandises en question pour les vendre aux utilisateurs finaux pour la seule raison que ces deux sociétés se disputent les mêmes clients. En ne mettant l'accent que sur les clients à qui les produits sont vendus, la composante dépense n'est pas explicitement prise en compte.

In this case, the normal value under paragraph 19(b) of the Act was calculated by adding to the cost of production for HHI certain amounts, including a reasonable amount for profit. Thus, an amount for profit attributable to the manufacturing function was included in the normal value and increased said value. If an amount for profit that would reasonably be attributable to a manufacturing function is also deducted in determining the export price for HC, then the amount for profit attributable to the manufacturing function would be counted twice—once in calculating the normal value for HHI and again in determining the export price for HC. There was no indication that any adjustment was made to the amount for profit of the two complainants before their respective amounts for profit were used to determine the export price for HC nor was any rationale provided to explain why no adjustment was made. The only explanation that was provided as to why these amounts for profit were used was that the companies were competing for the same customers.

Since the margin of dumping is the difference between the normal value and the export price, it would not be a reasonable (nor a correct) result in this case, without any further explanation, to both increase the normal value by including an amount for profit attributable to the manufacturing function and also decrease the export price by deducting an amount for profit attributable to the manufacturing function.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Special Import Measures Act, R.S.C., 1985, c. S-15, ss. 2(1) “dumped”, 15–31, 38(1), 39(1), 41, 96.1.
Special Import Measures Regulations, SOR/84-927, ss. 21, 22.

CASES CITED

APPLIED:

Canderel Ltd. v. Canada, [1998] 1 S.C.R. 147, (1998), 155 D.L.R. (4th) 257.

CONSIDERED:

Certain top-mount electric refrigerators, electric household dishwashers, and gas or electric laundry dryers, CDA-USA-2000-1904-03, online: <<http://www.sice.oas.org/dispute/nafta/english/CaUS000403e.asp>>.

APPLICATION for judicial review of a decision (Canada Border Services Agency, AD/1395, online:

En l'espèce, la valeur normale aux termes de l'alinéa 19b) de la Loi a été calculée en ajoutant au coût de production de HHI certains montants, notamment une somme raisonnable pour les bénéfices. Par conséquent, un montant représentant les profits attribuables à la fonction de fabrication a donc été inclus dans la valeur normale (et l'a ainsi augmentée). Si le montant des bénéfices raisonnablement attribuables à une fonction de fabrication était également déduit pour établir le prix à l'exportation pour HC, il serait pris en compte deux fois — pour calculer la valeur normale pour HHI, et aussi pour calculer le prix à l'exportation pour HC. Rien n'indiquait que le montant des bénéfices des deux plaignantes ait été rectifié avant de servir à déterminer le prix à l'exportation pour HC, et aucune raison n'a été fournie pour expliquer cette omission. La seule justification donnée pour avoir recours à ces montants est que les sociétés se disputaient les mêmes clients.

Étant donné que la marge de dumping correspond à la différence entre la valeur normale et le prix à l'exportation, il ne paraît pas raisonnable (ni correct) dans la présente affaire d'augmenter la valeur normale en incluant un montant de bénéfices attribuables à la fonction de fabrication, et de réduire en même temps le prix à l'exportation en déduisant ce même montant, sans autre explication.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur les mesures spéciales d'importation, L.R.C. (1985), ch. S-15, art. 2(1) « dumping », 15 à 31, 38(1), 39(1), 41, 96.1.
Règlement sur les mesures spéciales d'importation, DORS/84-927, art. 21, 22.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Canderel Ltée c. Canada, [1998] 1 R.C.S. 147.

DÉCISION EXAMINÉE :

Certains réfrigérateurs électriques avec compartiment de congélation dans la partie supérieure, lave-vaisselle électriques de type ménager et sècheuses au gaz ou électriques, CDA-USA-2000-1904-03, en ligne : <<https://www.nafta-sec-alena.org/Accueil/R%C3%A8glement-des-diff%C3%A9rends/D%C3%A9cisions-et-rapports>>.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision (Agence des services frontaliers du Canada, AD/1395,

<<http://www.cbsa-asfc.gc.ca/sima-lmsi/i-e/ad1395/ad1395-i12-fd-eng.pdf>>) of the Canada Border Services Agency making a final determination of dumping under paragraph 41(1)(a) of the *Special Import Measures Act* in relation to certain power transformers which originated in or were exported from the Republic of Korea. Application allowed.

en ligne : <<http://www.cbsa-asfc.gc.ca/sima-lmsi/i-e/ad1395/ad1395-i12-fd-fra.pdf>>) de l'Agence des services frontaliers du Canada dans le cadre de laquelle elle rendait une décision définitive de dumping, en vertu de l'alinéa 41(1)a) de la *Loi sur les mesures spéciales d'importation* concernant certains transformateurs de puissance originaires ou exportés de la République de Corée. Demande accueillie.

APPEARANCES

Jesse I. Goldman and *George W. H. Reid* for applicants.

Christopher J. Kent, *Andrew M. Lanouette* and *Marc McLaren-Caux* for respondents ABB Inc., and CG Power Systems Canada Inc.

No one appearing for respondent Remington Sales Co.

No one appearing for respondents Hyosung Corporation, Hico America Sales and Technology, Inc.

No one appearing for respondent Attorney General of Canada.

ONT COMPARU

Jesse I. Goldman et *George W. H. Reid* pour les demandereses.

Christopher J. Kent, *Andrew M. Lanouette* et *Marc McLaren-Caux* pour les défenderesses ABB Inc., et CG Power Systems Canada Inc.

Personne n'a comparu pour la défenderesse Remington Sales Co.

Personne n'a comparu pour les défenderesses Hyosung Corporation et Hico America Sales and Technology, Inc.

Personne n'a comparu pour le défendeur le procureur général du Canada.

SOLICITORS OF RECORD

Bennett Jones LLP for applicants.

Cassidy Levy Kent (Canada) LLP for respondents ABB Inc., and CG Power Systems Canada Inc.

Borden Ladner Gervais LLP for respondents Hyosung Corporation, Hico America Sales and Technology, Inc.

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

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Bennett Jones LLP pour les demandereses.

Cassidy Levy Kent (Canada) LLP pour les défenderesses ABB Inc., et CG Power Systems Canada Inc.

Borden Ladner Gervais LLP pour les défenderesses Hyosung Corporation et Hico America Sales and Technology, Inc.

Sous-procureur général du Canada pour le défendeur le procureur général du Canada.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

[1] WEBB J.A.: On October 22, 2012, the President of the Canada Border Services Agency made a final determination of dumping under paragraph 41(1)(a) of the *Special Import Measures Act*, R.S.C., 1985, c. S-15 (SIMA). This determination was made in relation to certain power transformers (Power Transformers) which are described in paragraph 26 of the decision of the President [Canada Border Services Agency, AD/1395] as follows:

[1] LE JUGE WEBB, J.C.A. : Le 22 octobre 2012, le président de l'Agence des services frontaliers du Canada rendait une décision définitive de dumping, en vertu de l'alinéa 41(1)a) de la *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, L.R.C. (1985), ch. S-15 (LMSI). Cette décision concernait certains transformateurs de puissance (les transformateurs de puissance) ainsi décrits au paragraphe 26 de sa décision [Agence des services frontaliers du Canada, AD/1395] :

Liquid dielectric transformers having a top power handling capacity equal to or exceeding 60,000 kilovolt amperes (60 megavolt amperes), whether assembled or unassembled, complete or incomplete, originating in or exported from the Republic of Korea.

This is an application made under section 96.1 of SIMA for judicial review of this decision. In particular the issues raised in the application for judicial review relate to the determination of the export price by the President.

[2] The parties in this application did not agree on the standard of review. However, as set out in the analysis below, nothing in this application turns on the standard of review. There is consequently no need to address this issue further. Indeed, I would reach the same conclusion regardless of whether the standard of review is reasonableness or correctness.

[3] Goods imported into Canada are “dumped” (as defined in subsection 2(1) of SIMA) when the normal value of the goods exceeds the export price of such goods. The margin of dumping is defined in subsection 2(1) of SIMA as the difference between these two amounts. The normal value is determined in accordance with the provisions of sections 15 to 23.1 and 30 of SIMA and the export price is determined in accordance with the provisions of sections 24 to 28 and 30 of SIMA. If the normal value or export price cannot be determined in accordance with these provisions, such amount is determined in the manner specified by the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (section 29 of SIMA).

[4] Hyundai Heavy Industries Co., Ltd. (HHI) produces and sells Power Transformers in the Republic of Korea and also exports Power Transformers to Canada. The importers of these goods are Hyundai Canada Inc. (HC) and Remington Sales Co.

[5] In paragraph 71 of the decision of the President, it is noted that:

The subject goods produced by HHI are also custom-made, produced to the specific needs of each of its customers and therefore, there are no domestic sales of like goods. As such, it was not possible to determine normal values pursuant to section 15 of SIMA based on domestic sales of like goods. Normal

Transformateurs à liquide diélectrique avec une puissance admissible maximale égale ou supérieure à 60 000 kilovolts ampères (60 mégavolts ampères), assemblés ou non, complets ou incomplets, originaires ou exportés de la République de Corée.

La Cour est saisie d’une demande de contrôle judiciaire de cette décision, fondée sur l’article 96.1 de la LMSI; elle concerne en particulier la détermination du prix à l’exportation par le président.

[2] Les parties intéressées ne s’entendent pas sur la norme de contrôle applicable. Cependant, comme le démontre l’analyse qui suit, cette question ne porte aucunement à conséquence dans la présente affaire, et il n’y a donc pas lieu de s’y attarder davantage. Je serais d’ailleurs parvenu à la même conclusion, que la norme de contrôle applicable soit celle du caractère raisonnable ou de la décision correcte.

[3] Les marchandises importées au Canada font l’objet d’un « dumping » (au sens du paragraphe 2(1) de la LMSI) lorsque leur valeur normale dépasse leur prix à l’exportation. Le paragraphe 2(1) définit la marge de dumping comme la différence entre ces deux montants. La valeur normale est déterminée conformément aux articles 15 à 23.1 et 30 de la LMSI, et le prix à l’exportation suivant les articles 24 à 28 et 30. Si la valeur normale ou le prix à l’exportation ne peuvent être établis selon ces dispositions, ils le sont selon les modalités fixées par le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (article 29 de la LMSI).

[4] Hyundai Heavy Industries Co., Ltd. (HHI) produit et vend des transformateurs de puissance en République de Corée et en exporte au Canada. Hyundai Canada Inc. (HC) et Remington Sales Co. en sont les importatrices.

[5] Au paragraphe 71 de la décision du président, il est noté que :

Les marchandises en cause fabriquées par HHI sont faites aussi sur mesure, d’après les besoins particuliers de chacun de ces clients. Par conséquent, il n’y a pas de ventes intérieures de marchandises similaires. Il n’a donc pas été possible de déterminer les valeurs normales conformément à l’article 15 de la

values were, however, determined pursuant to paragraph 19(b) of SIMA, based on an aggregate of the cost of production, a reasonable amount for administrative, selling and other costs, and a reasonable amount for profits.

[6] The applicants do not raise any issues in relation to the determination of the normal value by the President.

[7] The issue in this application is related to the determination of the export price by the President. Section 24 of SIMA provides that the export price is the lesser of the exporter's sale price (subject to certain adjustments) of the goods and the importer's purchase price (subject to certain adjustments) of those goods. If the President determines that this amount is unreliable for the reasons as set out in paragraph 25(1)(b) of SIMA, the export price is to be determined as provided in paragraphs 25(1)(c), (d), or (e) of SIMA. In this case the President found that the export price determined under section 24 of SIMA was unreliable and therefore applied the provisions of paragraph 25(1)(d) of SIMA to calculate the export price. The applicants do not challenge the finding that the export price as determined under section 24 of SIMA was unreliable, nor do they submit that paragraph 25(1)(d) of SIMA was not the correct paragraph to use to calculate the export price.

[8] Under paragraph 25(1)(d) of SIMA, the export price is determined by deducting from the price at which the importer sells the goods in question to a person who is not associated with the importer, certain amounts as set out in subparagraphs 25(1)(d)(i) to (v) of SIMA. The only item in dispute in this application is the amount determined for profit for the purposes of subparagraph 25(1)(d)(i) of SIMA. This subparagraph provides that the following amount is to be deducted from the selling price of the goods in question:

Special
rules to
determine
export price

25. ...

(i) an amount for profit on the sale of the assembled, packaged or otherwise further manufactured goods or of the goods into which the imported goods have been incorporated,

LMSI, selon les ventes intérieures de marchandises similaires. Il a été toutefois possible d'établir les valeurs normales conformément à l'alinéa 19b) de la LMSI, en faisant la somme des coûts de production des marchandises, d'un montant raisonnable pour les frais, notamment les frais administratifs et les frais de vente, et d'un montant raisonnable pour les bénéfices.

[6] Les demanderesse ne contestent aucunement la détermination de la valeur normale par le président.

[7] La question à trancher dans le cadre de la présente demande concerne la détermination du prix à l'exportation par le président. Aux termes de l'article 24 de la LMSI, le prix à l'exportation correspond au moindre de ces deux montants : le prix auquel l'exportateur a vendu les marchandises (moyennant certaines rectifications) et le prix auquel l'importateur les a achetées (moyennant certaines rectifications). Si le président estime que ce montant est sujet à caution pour un motif énoncé à l'alinéa 25(1)b) de la LMSI, le prix à l'exportation doit alors être fixé conformément aux alinéas c), d) ou e) de cette disposition. En l'espèce, le président a estimé que le prix à l'exportation déterminé en vertu de l'article 24 de la LMSI était sujet à caution, et il a en conséquence appliqué l'alinéa 25(1)d) de la LMSI pour le calculer. Les demanderesse ne contestent pas la conclusion selon laquelle le prix à l'exportation établi suivant l'article 24 de la LMSI est sujet à caution, et ne soutiennent pas non plus que l'alinéa 25(1)d) n'était pas la disposition pertinente pour le calculer.

[8] Aux termes de l'alinéa 25(1)d) de la LMSI, le prix à l'exportation est fixé en déduisant du prix auquel l'importateur vend les marchandises en question à une personne qui ne lui est pas associée certains montants énoncés aux sous-alinéas 25(1)d)(i) à (v) de la LMSI. Le seul point en litige en l'espèce concerne le montant établi au titre des bénéfices réalisés sur la vente pour l'application du sous-alinéa 25(1)d)(i) de la LMSI. Cette disposition exige que le montant suivant soit déduit du prix de vente des marchandises en question :

25. [...]

d) si les marchandises sont importées pour une étape ultérieure de fabrication, pour montage ou pour conditionnement au Canada ou comme biens entrant dans la fabrication ou la production au Canada d'autres marchandises,

Règles
particulières

[9] Sections 21 and 22 of the *Special Import Measures Regulations*, SOR/84-927 provide directions to assist the President in determining this amount for profit. These sections provide that:

21. For the purpose of subparagraph 25(1)(d)(i) of the Act, the expression “an amount for profit”, in relation to any assembled, packaged or otherwise further manufactured goods or any goods into which imported goods have been incorporated, means the amount of profit that would be made in the ordinary course of trade on the sale of the goods.

22. For the purposes of sections 20 and 21, the amount of profit that would be made in the ordinary course of trade on the sale of the goods is

(a) the amount of profit that generally results from sales of like goods in Canada by vendors who are at the same or substantially the same trade level as the importer to purchasers in Canada who are not associated with those vendors;

(b) where the amount described in paragraph (a) cannot be determined, the amount of profit that generally results from sales of goods of the same general category in Canada by vendors who are at the same or substantially the same trade level as the importer to purchasers in Canada who are not associated with those vendors; or

(c) where the amounts described in paragraphs (a) and (b) cannot be determined, the amount of profit that generally results from sales of goods that are of the group or range of goods that is next largest to the category referred to in paragraph (b), by vendors in Canada who are at the same or substantially the same trade level as the importer, to purchasers in Canada who are not associated with those vendors.

[10] In this case it is clear from the decision of the President and from the record that the President was having difficulty in obtaining information in relation to

leur prix de vente après ces opérations, ou le prix de vente des marchandises dans la fabrication desquelles elles ont été incorporées, à une personne à laquelle le vendeur n'est pas associé au moment de la vente, moins un montant égal à la somme des montants suivants :

(i) un montant pour les bénéfices réalisés sur la vente,

[9] Les articles 21 et 22 du *Règlement sur les mesures spéciales d'importation*, DORS/84-927, contiennent des instructions à l'intention du président appelé à déterminer le montant des bénéfices. Ces dispositions prévoient :

21. Pour l'application du sous-alinéa 25(1)d(i) de la Loi, « un montant pour les bénéfices » s'entend d'un montant égal aux bénéfices qui seraient réalisés dans le cours ordinaire des affaires lors de la vente des marchandises montées, conditionnées ou ayant fait l'objet d'une étape ultérieure de fabrication, ou des marchandises dans la fabrication desquelles des marchandises importées ont été incorporées.

22. Pour l'application des articles 20 et 21, le montant des bénéfices réalisés lors de la vente des marchandises dans le cours ordinaire des affaires est, selon le cas :

a) le montant des bénéfices qui découlent généralement de la vente de marchandises similaires au Canada par des vendeurs se situant au même niveau ou presque du circuit de distribution que l'importateur, à des acheteurs se trouvant au Canada et qui ne sont pas associés à ces vendeurs;

b) s'il est impossible de déterminer le montant visé à l'alinéa a), le montant des bénéfices qui découlent généralement de la vente de marchandises de la même catégorie générale au Canada par des vendeurs se situant au même niveau ou presque du circuit de distribution que l'importateur, à des acheteurs se trouvant au Canada et qui ne sont pas associés à ces vendeurs;

c) s'il est impossible de déterminer les montants visés aux alinéas a) et b), le montant des bénéfices qui découlent généralement de la vente de marchandises qui sont de la gamme ou du groupe suivant qui comprend la catégorie visée à l'alinéa b), par des vendeurs au Canada se situant au même niveau — ou presque — du circuit de distribution que l'importateur, à des acheteurs se trouvant au Canada et qui ne sont pas associés à ces vendeurs.

[10] En l'espèce, il appert clairement du dossier et de la décision du président que ce dernier a eu du mal à obtenir des renseignements se rapportant aux montants

the amount that should be used for profit. Although the President stated in the decision at paragraph 74 that:

The paragraph 25(1)(d) export prices were based on ... an amount representative of the average industry profit in Canada pursuant to paragraph 22(c) of the SIMR.

in Appendix 2 to the decision, the President stated that only the profit amounts for three companies were actually used. The three companies were the two complainants and HC.

[11] The applicants submit that the amount of profit realized by ABB Inc. and CG Power Systems of Canada Inc. (the two complainants) should not have been used without adjustments because one of these companies only sells Power Transformers that it manufactures in Canada and the other company sells Power Transformers that it manufactures in Canada and also sells Power Transformers that it imports into Canada. The applicants submit that the profit of these two companies would reflect profit from the manufacturing operation as well as from the selling operation. HC only sells Power Transformers that it imports into Canada.

[12] The amount that is to be determined is the “profit on the sale of the ... goods” (subparagraph 25(1)(d)(i) of SIMA). The justification of the President for using the profit amounts of the manufacturer and the manufacturer / importer to determine the amount that should be used for the profit of the importer of the Power Transformers is set out in Appendix 2 to the decision:

In the Canadian Power Transformer market, the CBSA considers the functions performed by manufacturers in selling to the end-users are the same or substantially the same as the functions performed by distributors in selling to the end-users. In effect, manufacturers and distributors are considered at the same level of trade as they both compete directly for the same customers.

[13] Although there is no reference to the SIMA Handbook, language very similar to that used by the President appears in that Handbook. The SIMA Handbook is the President’s internal policy statement on the investigative and decision-making process in anti-

destinés au calcul des bénéfiques. Bien qu’il ait déclaré au paragraphe 74 de sa décision que :

Les prix à l’exportation selon l’alinéa 25(1)d) étaient basés sur [...] le montant représentatif des bénéfiques moyens de la branche de production nationale, conformément à l’alinéa 22c) du RMSI.

le président a précisé à l’annexe 2 de celle-ci que seuls les bénéfiques réalisés par trois sociétés ont effectivement été pris en compte. Ces trois sociétés sont les deux plaignantes et HC.

[11] Les demanderesse font valoir que les bénéfiques réalisés par ABB Inc. et CG Power Systems of Canada Inc. (les deux plaignantes) n’auraient pas dû être utilisés sans rectifications, attendu que l’une de ces sociétés ne vend que des transformateurs de puissance qu’elle fabrique au Canada, et que l’autre vend des transformateurs de puissance qu’elle fabrique au Canada ou bien qu’elle importe au pays. Les demanderesse avancent que les profits réalisés par ces deux sociétés représentent les bénéfiques issus des opérations de fabrication et de vente. HC ne vend que des transformateurs de puissance qu’elle importe au Canada.

[12] Le montant à déterminer est celui des « bénéfiques réalisés sur la vente » (sous-alinéa 25(1)d)(i) de la LMSI). Le président explique à l’annexe 2 de sa décision pourquoi il s’est servi des bénéfiques réalisés par le fabricant et le fabricant/importateur pour établir le montant devant être utilisé au titre des bénéfiques de l’importateur des transformateurs de puissance :

Au sein du marché des transformateurs de puissance au Canada, l’ASFC considère les fonctions exercées par les fabricants qui vendent le produit à l’utilisateur final comme étant les mêmes, ou presque, que les fonctions exercées par les distributeurs qui vendent le produit à l’utilisateur final. C’est pourquoi les fabricants et les distributeurs sont considérés comme étant au même niveau du circuit de distribution, puisqu’ils sont en concurrence directe pour les mêmes clients.

[13] Bien qu’il ne soit fait aucune mention du Guide LMSI, le président s’est servi d’une terminologie très analogue qui est utilisée dans ce document. Le Guide LMSI est l’énoncé de politique interne du président sur les processus d’examen et de prise de décision

dumping and subsidy investigations under SIMA. Beginning on page 314 of the SIMA Handbook, under the heading “Trade Level”, the Handbook provides that:

Trade Level

In considering the terms “same” or “substantially the same trade level” a firm should not arbitrarily be dismissed from the data base simply because of its designation, i.e. distributor or manufacturer. Rather, care should be taken to examine the functions performed in that industry, particularly those relating to sales and distribution. In most industries, it would be appropriate to utilize data from both manufacturers and importers in that their sales and distribution functions will likely have significant similarities. It is recognized that, in some cases, it may be reasonable for firms at different trade levels to anticipate different profit levels. For instance, a manufacturer who performs its own distribution function, (as opposed to a distributor who purchases from the manufacturer and then resells the goods), could reasonably expect a larger profit margin than a distributor since part of the profit could reasonably be attributed to the manufacturing operation.

Nevertheless, it may still be appropriate to include such a manufacturer and hold that the manufacturer is at substantially the same trade level as a distributor/importer based on the actual functions performed. Companies in Canada are generally considered to be at “substantially the same trade level” when they sell to the same customers and compete directly in the marketplace for the same customers. In any case where the above trade level considerations exist, the file should clearly explain the rationale for the decision.

[14] The respondents argue that the above passage was approved by a decision of a Binational Panel conducting a review pursuant to the North American Free Trade Agreement and dated April 15, 2002 in the matter of *Certain top-mount electric refrigerators, electric household dishwashers, and gas or electric laundry dryers*, CDA-USA-2000-1904-03. While the Binational panel did quote the above passage (except the last sentence of the first paragraph and the first sentence of the second paragraph) in its decision, there is no explicit indication that this panel approved the parts of this passage that it did quote. Immediately

concernant les enquêtes sur les mesures antidumping et les subventions au titre de la LMSI. On peut y lire, à partir de la page 314, sous le titre « Circuit de distribution » :

Circuit de distribution

Lorsque nous prenons en considération l’expression « même niveau ou presque du circuit de distribution », il ne faudrait pas éliminer une entreprise de la base de données de façon arbitraire, simplement à cause de sa désignation, par exemple « distributeur » ou « fabricant ». Il faudrait plutôt examiner attentivement les activités qu’exerce cette entreprise dans l’industrie, tout particulièrement en ce qui a trait à la vente et à la distribution. Dans la majorité des industries, il conviendrait d’utiliser des données tant des fabricants que des importateurs, car leurs ventes et fonctions de distribution auront vraisemblablement des similitudes marquées. Nous reconnaissons que, dans certains cas, il est raisonnable que des entreprises de différents niveaux du circuit de distribution s’attendent à des bénéfices de niveaux différents. Par exemple, un fabricant qui effectue lui-même les fonctions de distribution (comparativement à un distributeur qui achète d’un manufacturier et qui revend les marchandises) peut probablement s’attendre à une marge bénéficiaire supérieure à celle du distributeur étant donné qu’une partie des bénéfices peut raisonnablement être attribuée à l’opération de fabrication.

Il pourrait néanmoins avoir lieu d’inclure un tel fabricant et de le considérer au même niveau ou presque dans le circuit de distribution que l’importateur ou le distributeur, vu les fonctions réellement remplies. Les sociétés au Canada sont généralement considérées au même niveau ou presque dans le circuit de distribution lorsqu’elles font des ventes aux mêmes clients et se disputent, en concurrence directe, les mêmes clients sur le marché. Lorsque les considérations ci-dessus touchant le niveau dans le circuit de distribution existent, le dossier doit expliquer clairement les motifs de la décision.

[14] Les défendeurs font valoir que le passage ci-dessus a été approuvé dans la décision d’un groupe binational ayant effectué, au titre de l’Accord de libre-échange nord-américain, un examen en date du 15 avril 2002 relatif à *Certains réfrigérateurs électriques avec compartiment de congélation dans la partie supérieure, lave-vaisselle électriques de type ménager et sécheuses au gaz ou électriques*, CDA-USA-2000-1904-03. Bien que le groupe binational ait cité dans sa décision le passage susmentionné (à l’exception de la dernière phrase du premier paragraphe et de la première phrase du second), rien n’indique explicitement qu’il en a

before quoting the excerpt from this passage the panel stated that [at pages 11–12]:

As to whether the sales that were taken into account were made by vendors at substantially the same trade level, to purchasers not associated with the companies investigated, the Commission explained that it sought to obtain profit information from numerous Canadian sources during the course of the investigation, and that the resulting profit figure used was based on the best information available. In this context, the SIMA Handbook, part 5.10.2.3, stipulates that...

[15] Immediately following the quoted extract, the Panel stated that [at page 12]:

The Commissioner has argued that all the companies investigated sold to the same customers and competed for the same market; consequently, they should be considered of the same trade level. This Panel was not directed to any evidence on the record, and it is the Commissioner's submission that it had no evidence before it at the investigation stage which would indicate that the sales made were to associated companies. This Panel is not convinced of Camco's arguments in this matter. If the sales contested by Camco were those made by Camco to associated purchasers, then it should have pointed that fact out to the Commissioner at an earlier stage. Instead, Camco provided the Commissioner with figures, only to complain about the use of those figures following the Final Determination.

[16] The argument in that case was related to whether certain amounts should be used because the sales were made to associated persons. There is no indication that any challenge was made to the use of the amount for profit for a company that manufactures and sells to end users in determining the amount for profit of an importer who only distributes the product.

[17] The amount that the President is attempting to determine in this case is the amount for profit of the importer, which amount is used to calculate the export price. The export price is only determined by calculating an amount based on the importer's selling price, profit and costs (as set out in section 25 of SIMA) if the export price determined under section 24 of SIMA is unreliable. The export price under section 24 of SIMA is the lesser of the exporter's selling price (subject to certain

approuvé la teneur. Immédiatement avant de citer l'extrait de ce passage, le groupe déclare [à la page 13]:

S'agissant de la question de savoir si les ventes prises en compte ont été effectuées par des vendeurs se situant presque au même niveau du circuit de distribution, à des acheteurs qui ne sont pas associés aux sociétés faisant l'objet de l'enquête, le commissaire a expliqué qu'il a cherché à obtenir de l'information sur les bénéfices auprès de nombreuses sources canadiennes au cours de son enquête et que le chiffre de bénéfices obtenu était fondé sur la meilleure information disponible. Dans ce contexte, le Guide LMSI indique, au point 5.10.2.3 :

[15] Le groupe ajoute, immédiatement après l'extrait cité [à la page 14] :

Le commissaire a fait valoir que toutes les sociétés faisant l'objet de l'enquête vendaient aux mêmes clients et se faisaient concurrence pour le même marché; par conséquent, elles devraient être considérées comme se situant au même niveau du circuit de distribution. On n'a pas indiqué au groupe spécial de preuve contenue dans le dossier et le commissaire a déclaré qu'il n'avait pas de preuve, au stade de l'enquête, indiquant que les ventes ont été effectuées à des sociétés associées. Le groupe spécial n'est pas convaincu du bien-fondé des arguments de Camco sur ce point. Si les ventes contestées par Camco étaient des ventes effectuées par Camco à des acheteurs associés, elle devrait avoir signalé ce fait au commissaire à un stade antérieur. Camco a fourni des chiffres au commissaire, pour se plaindre ensuite de l'utilisation de ces chiffres après la décision définitive.

[16] Dans cette affaire, la question était de savoir si certains montants devaient être pris en compte du fait que les ventes avaient été faites à des personnes associées. Rien n'indique qu'il y a eu contestation du fait que les bénéfices d'une société fabriquant et vendant les marchandises aux utilisateurs finaux ont été utilisés pour établir le montant des bénéfices réalisés par un importateur qui se contente de les distribuer.

[17] Le montant que le président a cherché à déterminer en l'espèce est celui des bénéfices réalisés par l'importateur, qui est utilisé pour calculer le prix à l'exportation. Celui-ci est établi selon un calcul basé sur le prix de vente, les bénéfices et les coûts de l'importateur (comme le prévoit l'article 25 de la LMSI) seulement si le prix à l'exportation calculé selon l'article 24 de la LMSI est sujet à caution. D'après cette disposition, ce prix correspond au moindre des deux montants suivants :

adjustments) and the importer's purchase price (subject to certain adjustments). The amount calculated under section 25 of SIMA is, therefore, meant to be a reasonable estimate of the amount that the importer would have paid for the product if the importer would not have been associated with the exporter. It seems to me that in calculating this estimated amount care should be taken in determining whether the amount for profit of a company that both manufactures and sells to end users should be used to determine the amount for profit of a company that only imports and sells to end users.

[18] In *Canderel Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 147, Justice Iacobucci, writing on behalf of the Supreme Court of Canada, stated that (at paragraph 30):

What, then, is the true nature of "profit" for tax purposes? While the concept has been variously expressed, perhaps the clearest and most concise articulation of the term is to be found in the oft-quoted decision of this Court in *M.N.R. v. Irwin*, [1964] S.C.R. 662, at p. 664, where profit in a year was taken to consist of "the difference between the receipts from the trade or business *during such year* ... and the expenditure laid out to earn those receipts" (emphasis in original). This definition was echoed by Jackett P. in *Associated Investors of Canada Ltd. v. M.N.R.*, [1967] 2 Ex. C.R. 96, where he stated at p. 102:

Ordinary commercial principles dictate, according to the decisions, that the annual profit from a business must be ascertained by setting against the revenues from the business for the year, the expenses incurred in earning such revenues.

[19] There is nothing in section 25 of SIMA or sections 21 and 22 of the *Special Import Measures Regulations* that would suggest that profit should mean anything other than what would be determined by ordinary commercial principles and therefore profit, for the purposes of these sections, would be the amount determined by subtracting expenses from revenues. The use of an amount for profit, without any adjustment, of a company that manufactures and sells to end users in determining the profit of a company that simply imports and sells a product to end-users is not justified if the

le prix de vente de l'exportateur (moyennant certaines rectifications) et le prix d'achat de l'importateur (moyennant certaines rectifications). Le montant établi en vertu de l'article 25 de la LMSI doit donc représenter une estimation raisonnable de ce que l'importateur aurait eu à payer pour la marchandise s'il n'avait pas été associé à l'exportateur. Il me semble que, pour calculer ce montant estimatif, il faut prendre soin de déterminer si les bénéficiaires d'une société qui fabrique la marchandise et la vend à des utilisateurs finaux devraient servir à établir ceux que réalise la société qui se contente de l'importer pour la vendre à ces derniers.

[18] Dans l'arrêt *Canderel Ltée c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 147, le juge Iacobucci, s'exprimant au nom de la Cour suprême du Canada, a déclaré (au paragraphe 30) que :

Par conséquent, quelle est la véritable nature du « bénéfice » aux fins de l'impôt? Bien que cette notion ait été exprimée de diverses manières, la formulation la plus claire et la plus concise de ce terme a peut-être été donnée dans l'arrêt souvent cité de notre Cour *M.N.R. c. Irwin*, [1964] R.C.S. 662, à la p. 664, où les bénéfices d'une année ont été décrits comme étant constitués de [TRADUCTION] « la différence entre les recettes du commerce ou de l'entreprise encaissées *pendant cette même année* [...] et les dépenses effectuées pour réaliser ces recettes » (en italique dans l'original). Cette définition a été reprise par le président Jackett dans la décision *Associated Investors of Canada Ltd. c. M.N.R.*, [1967] 2 R.C. de l'É. 96, où il a déclaré ceci, à la p. 102 :

[TRADUCTION] Les principes commerciaux ordinaires prescrivent, suivant les décisions, qu'il faut déterminer le profit annuel d'une entreprise en défalquant des revenus de cette dernière pour l'année les dépenses engagées en vue de tirer lesdits revenus.

[19] Rien dans l'article 25 de la LMSI ou les articles 21 et 22 du *Règlement sur les mesures spéciales d'importation* ne donne à penser que les bénéficiaires désignent autre chose que le montant qui serait établi suivant les principes commerciaux habituels; par conséquent, les bénéficiaires, pour l'application de ces dispositions, correspondent à la différence entre les dépenses et les revenus. On ne saurait utiliser les bénéfices d'une société qui fabrique et vend des marchandises à des utilisateurs finaux, sans aucune rectification, pour déterminer ceux de la société qui

only rationale for using such amount for profit (without any adjustment) is that both companies are competing for the same customers. By focusing only on the customers to whom products are sold (and hence on the revenue component of profit), the expense component of the profit equation (which is also important) is not explicitly considered. While the functions related to the sale of goods may well be similar, the company that also manufactures goods is carrying on the manufacturing function that the company that is only importing the goods that it sells, is not. A further explanation that addresses the reasons why it would be appropriate to use the profit of the company that manufactures and sells in such circumstances would be required to justify the use of such an amount in determining the amount for profit of a company that only imports the products that it sells. The SIMA Handbook provides for this in the last sentence of the excerpt referred to above as it states that “[i]n any case where the above trade level considerations exist, the file should clearly explain the rationale for the decision”.

[20] In this case, as noted above, the President calculated the normal value under paragraph 19(b) of SIMA by adding to the cost of production for HHI certain amounts, including a reasonable amount for profit. Therefore an amount for profit attributable to the manufacturing function was included in the normal value (and increased the normal value). If an amount for profit that would reasonably be attributable to a manufacturing function is also deducted in determining the export price for HC, then the amount for profit attributable to the manufacturing function would be counted twice—once in calculating the normal value for HHI and again in determining the export price for HC. There is no indication that any adjustment was made to the amount for profit of the two complainants (both of which manufactured Power Transformers) before their respective amounts for profit were used to determine the export price for HC, nor was any rationale provided to explain why no adjustment was made. The only explanation that was provided as to why these amounts for profit were used was that the companies were competing for the same customers.

importe simplement les marchandises en question pour les vendre aux utilisateurs finaux pour la seule raison que ces deux sociétés se disputent les mêmes clients. En ne mettant l’accent que sur les clients à qui les produits sont vendus (et donc sur la composante revenu des bénéfiques), la composante dépense (qui est également importante) n’est pas explicitement prise en compte. Il se peut très bien que les fonctions liées à la vente de marchandises soient très similaires, mais la société qui fabrique aussi ces marchandises exerce une fonction qui n’est pas celle de la société qui ne fait que les importer pour les vendre. Dans de telles circonstances, il faudrait justifier autrement que les bénéfiques d’une société qui fabrique et vend des marchandises servent à établir ceux d’une société qui ne fait qu’importer les produits qu’elle vend. C’est justement ce qu’envisage le Guide LMSI dans la dernière phrase de l’extrait reproduit plus haut : « [I]orsque les considérations ci-dessus touchant le niveau dans le circuit de distribution existent, le dossier doit expliciter clairement les motifs de la décision. »

[20] En l’espèce, comme nous l’avons déjà indiqué, le président a calculé la valeur normale aux termes de l’alinéa 19b) de la LMSI en ajoutant au coût de production de HHI certains montants, notamment une somme raisonnable pour les bénéfiques. Un montant représentant les profits attribuables à la fonction de fabrication a donc été inclus dans la valeur normale (et l’a ainsi augmentée). Si le montant des bénéfiques raisonnablement attribuables à une fonction de fabrication était également déduit pour établir le prix à l’exportation pour HC, il serait pris en compte deux fois — pour calculer la valeur normale pour HHI, et aussi pour calculer le prix à l’exportation pour HC. Rien n’indique que le montant des bénéfiques des deux plaignantes (qui fabriquent toutes deux des transformateurs de puissance) ait été rectifié avant de servir à déterminer le prix à l’exportation pour HC, et aucune raison n’a été fournie pour expliquer cette omission. La seule justification donnée pour avoir recours à ces montants est que les sociétés se disputaient les mêmes clients.

[21] Since the margin of dumping is the difference between the normal value and the export price, it does not seem to me that it would be a reasonable (nor a correct) result in this case, without any further explanation, to both increase the normal value by including an amount for profit attributable to the manufacturing function and also decrease the export price by deducting an amount for profit attributable to the manufacturing function.

[22] It should also be noted that only three amounts were used to determine the average profit amount. One of the amounts represented the profit realized by a company that only sells Power Transformers that it manufactures in Canada and another represented the profit realized by a company that sells Power Transformers that it manufactures in Canada and Power Transformers that it imports into Canada. Therefore, two thirds of the samples used to determine the amount for profit of a company that only sells Power Transformers that it imports into Canada would presumably reflect an amount for profit attributable to a manufacturing function.

[23] The applicants also raised certain issues with respect to the procedures followed by the President. I would note that while the applicants only referred to the President not obtaining segregated profit information from one of the complainants in their notice of application, other issues were also raised in the applicants' memorandum of fact and law. Since I would refer the matter back to the President for determination, I will not address these issues related to the procedures followed by the President.

[24] It should be noted, however, that SIMA sets out strict time limits within which the amounts must be determined by the President. Under subsection 38(1) of SIMA, the President must make a preliminary determination of dumping within the 30-day period that commences 60 days after the initiation of an investigation under section 31 of SIMA (unless the President extends the time by 45 days as provided in subsection 39(1) of SIMA for the reasons as set out in that subsection). Within 90 days after the preliminary

[21] Étant donné que la marge de dumping correspond à la différence entre la valeur normale et le prix à l'exportation, il ne me paraît pas raisonnable (ni correct) dans la présente affaire d'augmenter la valeur normale en incluant un montant de bénéfices attribuables à la fonction de fabrication, et de réduire en même temps le prix à l'exportation en déduisant ce même montant, sans autre explication.

[22] Il faut d'ailleurs noter que seulement trois montants ont été utilisés pour déterminer les bénéfices moyens. L'un de ces montants représentait les profits réalisés par une société qui vend seulement des transformateurs de puissance qu'elle fabrique au Canada, et l'autre des bénéfices réalisés par une société vendant des transformateurs de puissance qu'elle fabrique au Canada ou qu'elle importe au pays. Par conséquent, les deux tiers des valeurs employées pour déterminer le montant des bénéfices d'une société, qui vend seulement les transformateurs de puissance qu'elle importe au Canada, représenteraient vraisemblablement le montant des bénéfices attribuables à la fonction de fabrication.

[23] Les demandresses ont également soulevé certaines questions concernant la procédure suivie par le président. Il convient de noter que ce n'est que dans leur avis de demande qu'elles ont relevé que le président n'a pas obtenu de l'une des plaignantes des renseignements précis concernant les bénéfices, mais qu'elles ont soulevé d'autres points dans leur mémoire des faits et du droit. Comme je suis d'avis de renvoyer l'affaire au président pour qu'il la réexamine, je ne traiterai pas des questions relatives à la procédure qu'il a suivie.

[24] Il faut signaler toutefois que la LMSI prévoit des délais stricts à l'intérieur desquels le président doit déterminer les montants. Aux termes du paragraphe 38(1) de la LMSI, le président doit rendre une décision provisoire de dumping dans un délai de 30 jours qui commence à courir 60 jours après le lancement d'une enquête au titre de l'article 31 (à moins qu'il ne proroge ce délai de 45 jours comme l'y autorise le paragraphe 39(1) pour les motifs prévus dans cette disposition). Dans les 90 jours suivant la décision

determination of dumping is made under subsection 38(1) of SIMA, the President must make the final determination of dumping under section 41 of SIMA. Since the President has strict deadlines to meet, the President must be given considerable discretion to determine how best to obtain the necessary information within these relatively short time limits.

[25] As a result I would allow the application for judicial review, with costs, set aside the final determination of dumping, and refer the matter back to the President for determination in accordance with these reasons.

MAINVILLE J.A.: I agree.

NEAR J.A.: I agree.

provisoire de dumping rendue en vertu du paragraphe 38(1) de la LMSI, le président doit rendre une décision définitive de dumping aux termes de l'article 41. Comme il doit respecter des délais stricts, le président doit bénéficier d'un pouvoir discrétionnaire considérable pour déterminer le meilleur moyen d'obtenir les renseignements nécessaires à l'intérieur de ces échéances relativement courtes.

[25] Par conséquent, j'accueillerais la demande de contrôle judiciaire, avec dépens, j'annulerais la décision définitive de dumping, et je renverrais l'affaire au président pour qu'il rende une décision conforme aux présents motifs.

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

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

If undelivered, return to:
Federal Courts Reports
Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada
99 Metcalfe Street, 8th floor
Ottawa, Ontario, Canada K1A 1E3

En cas de non-livraison, retourner à :
Recueil des décisions des Cours fédérales
Commissariat à la magistrature fédérale Canada
99, rue Metcalfe, 8e étage
Ottawa (Ontario), Canada K1A 1E3