



---

**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2016, Vol. 4, Part 2**

**2016, Vol. 4, 2<sup>e</sup> fascicule**

Cited as [2016] 4 F.C.R., {<sup>157-374</sup><sub>D-5-D-8</sub>

Renvoi [2016] 4 R.C.F., {<sup>157-374</sup><sub>F-5-F-9</sub>

---



## EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

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

## ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

SUZANNE THIBAudeau, Q.C./c.r.  
LORNE WALDMAN, Waldman & Associates

---

### LEGAL EDITORS

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

### PRODUCTION STAFF

Production and Publication Manager  
LINDA BRUNET

### Legal Research Editors

LYNNE LEMAY  
NATHALIE LALONDE

### Production Coordinator

SARAH EL-SALIBY

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.

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2017.

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 and digests of cases not selected for full-text publication.*

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

### 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

### Coordonnatrice, production

SARAH EL-SALIBY

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

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2017.

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 et les fiches analytiques des décisions qui n'ont pas été retenues pour publication intégrale.*

*Les demandes de permission de reproduire ces éléments du Recueil doivent être adressées à : L'arrêtiŕte 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.*

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

*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: Production and Publication Manager, Federal Courts Reports, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 1E3, telephone 613-992-2934.*

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

## CONTENTS

Appeals noted .....	I
Judgments .....	157–374
Digests .....	D-5–D-8

### **Brown v. Canada (F.C.A.) .....** 208

Patents—Appeal from Federal Court decision granting in part Crown’s motion for summary judgment in patent invalidity claim pursuant to *Patent Act*, s. 53—Underlying proceedings brought by appellants Brown, Nor Environmental International (NOR) (appellants) against Crown, HDT Tactical Systems (HDT) for infringement of Canadian Patent No. 2285748 ('748 patent)—Crown seeking dismissal of appellants’ claim, summary judgment for invalidation of Brown’s ‘748 patent on basis Brown member of Canadian Forces when filing patent; as such, breaching statutory obligations under *Public Servants Inventions Act* (PSIA), s. 4 by failing to disclose public servant status—Federal Court finding that Brown public servant for purposes of PSIA when applying for patent at issue; failing to disclose public servant status as required pursuant to PSIA, s. 4—Finding that omission constituting untrue allegation—Whether Federal Court erring in concluding that Brown’s failure to disclose public servant status at time filing application for ‘748 patent constituting untrue, material allegation pursuant to *Patent Act*, s. 53—Federal Court correctly noting that present matter raising novel issue of relationship between PSIA, s. 4, *Patent Act*, s. 53 in specific context of voiding patent under *Patent Act*, s. 53 as result of contravention of PSIA, s. 4—However, failing to properly conduct analysis of interaction between PSIA, s. 4, *Patent Act*, s. 53—Brown using required form specified under *Patent Rules* (Rules) when filing application for ‘748 patent but form silent on disclosure of public servant status—Comparison of forms under

*Continued on next page*

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

*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 : Gestionnaire, production et publication, Recueil des décisions des Cours fédérales, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 1E3, téléphone 613-992-2934.*

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

## SOMMAIRE

Appels notés .....	I
Jugements .....	157–374
Fiches analytiques .....	F-5–F-9

### **Brown c. Canada (C.A.F.) .....** 208

Brevets—Appel d’une décision par laquelle la Cour fédérale a accueilli en partie une requête en jugement sommaire présentée par la Couronne dans une action en nullité de brevet en vertu de l’art. 53 de la *Loi sur les brevets*—La requête a été présentée dans l’action intentée par les appelants, M. Brown et Nor Environmental International (NOR) (les appelants), contre la Couronne et HDT Tactical Systems (HDT) pour contrefaçon du brevet canadien n° 2285748 (le brevet ‘748)—La Couronne a répondu en cherchant à obtenir le rejet de la demande des appelants et en demandant un jugement sommaire en annulation du brevet ‘748 de M. Brown au motif qu’il était membre des Forces canadiennes au moment où il a déposé la demande de brevet et, par conséquent, qu’il a manqué aux obligations qui lui incombait en vertu de l’art. 4 de la *Loi sur les inventions des fonctionnaires* (LIF), en omettant de révéler sa qualité de fonctionnaire—La Cour fédérale a conclu que M. Brown était un fonctionnaire au sens de la LIF quand il a déposé la demande de brevet en cause sans révéler sa qualité de fonctionnaire comme l’exigeait explicitement l’art. 4 de la Loi—Elle a conclu que cette omission constituait une allégation non conforme à la vérité—Il s’agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en concluant que l’omission de M. Brown de révéler sa qualité de fonctionnaire au moment où il a déposé sa demande pour le brevet ‘748 était une allégation importante non conforme à la vérité aux termes de l’art. 53 de la *Loi sur les brevets*—C’est avec raison que la Cour a souligné que l’affaire soulevait la question nouvelle de

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Rules, forms under *Public Servants Inventions Regulations* revealing lack of consistency; thus conflict existing regarding required forms given that forms under Rules not referring to obligation to disclose public servant status whereas obligation existing under *Public Servants Inventions Regulations*—Pursuant to *Patent Act*, s. 12(2), Rules having same force, effect as if enacted in *Patent Act* itself whereas PSIA containing no similar provision; Regulations thereof thus to be considered subordinate legislation—Therefore, Rules carrying greater weight, prevailing over *Public Servants Inventions Regulations*, supporting conclusion that failure to disclose one's status as public servant not invalidating patent given that such disclosure not required under either *Patent Act* or Rules—Thus, Federal Court erring in concluding Brown's failure to disclose public servant status when filing application for '748 patent constituting untrue, material allegation pursuant to *Patent Act*, s. 53(1); failure thereof could not affect validity of '748 patent—Appeal allowed; cross-appeal dismissed.

Public Service—Crown seeking summary judgment in patent invalidity claim pursuant to *Patent Act*, s. 53—Motion arising in proceedings appellants Brown, Nor Environmental International (NOR) (appellants) bringing against Crown, HDT Tactical Systems (HDT) for patent infringement—Crown claiming Brown's patent invalid on basis Brown member of Canadian Forces when filing patent; as such, breaching statutory obligations under *Public Servants Inventions Act* (PSIA), s. 4 by failing to disclose public servant status—Federal Court granting motion in part—Whether Federal Court erring in concluding that Brown public servant within meaning of PSIA, s. 2 when filing application for '748 patent—Federal Court properly concluding that Brown, as member of Supplementary Reserve, “public servant” within meaning of PSIA when applying for patent—Conducting bilingual review of term “public servant” as used in PSIA,

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

l'interaction entre l'art. 4 de la LIF et l'art. 53 de la *Loi sur les brevets* dans le contexte précis de l'annulation d'un brevet en vertu de l'art. 53 de la *Loi sur les brevets* à la suite d'une contravention à l'art. 4 de la LIF—Elle n'a toutefois pas mené correctement son analyse de l'interaction entre l'art. 4 de la LIF et l'art. 53 de la *Loi sur les brevets*—M. Brown avait utilisé la formule exigée par les *Règles sur les brevets* (Règles) lorsqu'il a déposé sa demande pour le brevet '748, mais celle-ci est silencieuse sur l'obligation de divulguer sa qualité de fonctionnaire—Une comparaison des formules en vertu des Règles et des formules en vertu du *Règlement sur les inventions des fonctionnaires* a révélé un manque de cohérence et, partant, un conflit concernant les formes prescrites puisque les formules ne mentionnent aucune obligation de révéler la qualité de fonctionnaire, alors que le *Règlement sur les inventions des fonctionnaires* exige expressément que la qualité de fonctionnaire du demandeur soit révélée—Aux termes de l'art. 12(2) de la *Loi sur les brevets*, les Règles ont la même force et le même effet que si elles avaient été édictées dans la *Loi sur les brevets* elle-même, tandis que la LIF ne contient aucune disposition semblable et son règlement doit donc être considéré comme un texte d'application—Par conséquent, les Règles ont plus de poids et prévalent sur le *Règlement sur les inventions des fonctionnaires*, étayant ainsi la conclusion selon laquelle l'omission de divulguer la qualité de fonctionnaire n'invalidé pas un brevet, étant donné qu'une telle divulgation n'est pas requise en vertu de la *Loi sur les brevets* ou de ses règles—La Cour fédérale a donc commis une erreur lorsqu'elle a conclu que l'omission de M. Brown de révéler sa qualité de fonctionnaire au moment où il a déposé sa demande pour le brevet '748 était une allégation importante non conforme à la vérité aux termes de l'art. 53(1) de la *Loi sur les brevets*; cette omission ne pouvait pas avoir d'effet sur la validité du brevet '748—Appel accueilli; appel incident rejeté.

Fonction publique—La Couronne a présenté une requête en jugement sommaire dans une action en nullité de brevet en vertu de l'art. 53 de la *Loi sur les brevets*—La requête a été présentée dans l'action intentée par les appelants, M. Brown et Nor Environmental International (NOR) (les appelants), contre la Couronne et HDT Tactical Systems (HDT) pour contrefaçon de brevet—La Couronne a allégué que le brevet de M. Brown était invalide, car M. Brown était membre des Forces canadiennes au moment où il a déposé la demande de brevet et, par conséquent, qu'il a manqué aux obligations qui lui incombait en vertu de l'art. 4 de la *Loi sur les inventions des fonctionnaires* (LIF), en omettant de révéler sa qualité de fonctionnaire—La Cour fédérale a accueilli la requête en partie—Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en concluant que M. Brown était fonctionnaire au sens de l'art. 2 de la LIF au moment où il a déposé sa demande pour

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

s. 2—Language of PSIA, s. 2 evidencing Parliament’s intention to extend definition of “public servant” to more than members of Canadian Forces “actively employed”—Federal Court right in holding that wording in s. 2 sufficiently clear in both languages to support finding—Consequently, for purpose of PSIA, all members of Canadian Forces “public servants”, whether they are in Regular Force or Reserve Force—No reason to interfere with Federal Court’s conclusion thereon—PSIA, s. 4 imposing on public servant-inventors duty to disclose inventions to appropriate minister—*Public Servants Inventions Regulations* setting forth forms to be completed by public servant filing patent application—As public servant, Brown having to fill out forms referred to therein to fulfill obligations under PSIA when applying for his patent—Because obliged to disclose public servant status under PSIA, s. 4(2), Brown becoming subject to penalties thereunder given failure to do so—However, such obligation not existing under *Patent Act*; therefore validity of patent thereof not affected.

### **Canada (Attorney General) v. Association of Justice Counsel (F.C.A.) ..... 349**

Public Service—Labour Relations—Judicial review of decision by grievance adjudicator allowing policy grievance from respondent against Immigration Law Directorate, Department of Justice (Directorate) directive imposing standby duty on counsel without compensation—Directorate compensating employees only for hours actually worked while on standby, imposing requirement that all counsel be on call on rotational basis—Invoking management rights under *Financial Administration Act*, ss. 7, 11.1, as reproduced in collective agreement, Art. 5—Adjudicator concluding directive not reasonable—Whether adjudicator reasonably interpreted collective agreement, Art. 5—Adjudicator’s decision unreasonable in analysis of employer’s justifications—Adjudicator’s role in interpreting Art. 5 to question whether employer acted reasonably, fairly, in good faith—Here, adjudicator not only imposing excessive burden on employer to

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

le brevet '748—C’est à bon droit que la Cour fédérale a conclu que M. Brown, en sa qualité de membre de la Réserve supplémentaire, était un « fonctionnaire » au sens de la LIF au moment où il a déposé sa demande de brevet—La Cour a fait un examen bilingue du terme « fonctionnaire » tel qu’il est utilisé à l’art. 2 de la LIF—Le libellé de l’art. 2 de la LIF établit clairement l’intention du législateur d’étendre la définition du terme « fonctionnaire » au-delà des membres des Forces canadiennes qui sont « des employés actifs »—La Cour fédérale a eu raison d’affirmer que le libellé de l’art. 2 est suffisamment clair dans les deux langues pour appuyer sa conclusion—En conséquence, pour l’application de la LIF, tous les membres du personnel des Forces canadiennes sont des « fonctionnaires », qu’ils soient dans la Force régulière ou dans la Force de réserve—Il n’y avait aucune raison de modifier la conclusion de la Cour fédérale à cet égard—L’art. 4 de la LIF impose aux fonctionnaires inventeurs l’obligation de divulguer leurs inventions au ministre compétent—Le *Règlement sur les inventions des fonctionnaires* établit un nombre de formules qui doivent être utilisées par un fonctionnaire qui présente une demande de brevet—En tant que fonctionnaire, M. Brown aurait dû utiliser ces formules pour remplir son obligation en vertu de la LIF lorsqu’il a présenté sa demande pour le brevet '748—Comme M. Brown avait l’obligation de révéler sa qualité de fonctionnaire en vertu de l’art. 4(2) de la LIF, en omettant de le faire, il est devenu passible des peines prévues à la Loi—Cependant, il n’avait pas une telle obligation en vertu de la *Loi sur les brevets*; cette omission ne pouvait donc pas avoir d’effet sur la validité du brevet.

### **Canada (Procureur général) c. Association des juristes de Justice (C.A.F.) ..... 349**

Fonction publique—Relations du travail—Contrôle judiciaire d’une décision par laquelle un arbitre de grief a accueilli un grief de principe de la défenderesse à l’encontre d’une directive de la Direction du droit de l’immigration du ministère de la Justice (la Direction), qui impose aux juristes l’obligation d’être disponibles, sans indemnisation—La Direction ne rémunérait les employés que pour les heures réellement travaillées lors d’une période de garde et leur imposait l’obligation d’être disponibles, à tour de rôle—L’employeur a invoqué le droit de direction que lui reconnaissent les art. 7 et 11.1 de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, tel que repris à l’art. 5 de la convention collective—L’arbitre a conclu que la directive n’était pas raisonnable—Il s’agissait de savoir si l’arbitre a raisonnablement interprété l’art. 5 de la convention collective—La décision de l’arbitre était déraisonnable dans l’analyse qu’il a faite des justifications présentées par

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

demonstrate reasonableness of directive, but also ignoring evidence—Application allowed.

Constitutional Law—Charter of Rights—Life, Liberty and Security—Grievance adjudicator allowing policy grievance from respondent against Immigration Law Directorate, Department of Justice (Directorate) directive imposing standby duty on counsel without compensation—Directorate compensating employees only for hours actually worked while on standby, imposing requirement that all counsel be on call on rotational basis—Adjudicator concluding directive infringing on right to privacy protected under Charter, s. 7—Whether directive violating Charter, s. 7—Adjudicator erring in concluding that directive on standby duty infringing on right to liberty, private life—Several of activities counsel deprived of because of standby duty going far beyond what case law considering to be choices inherently related to individual's personal, fundamental autonomy—Duty not to travel far, to be available a few weeknights, weekends per year not infringing on rights of parents to raise, support their children—Accepting contrary argument trivializing rights constitutional instrument like Charter aiming to protect—Adjudicator also erring in using case law pertaining to Quebec Charter of Human Rights and Freedoms to interpret Charter, s. 7.

### **Canada (Information Commissioner) v. Canada (Transport) (F.C.) ..... 281**

Access to Information—Judicial review of decision by Transport Canada's Access to Information and Privacy (ATIP) Director (ATIP Director or decision maker) not to disclose number of persons or number of Canadian citizens on Specified Persons List (SPL)—ATIP Director invoking exemption found in *Access to Information Act*, s. 15(1)(c) to justify refusal to disclose—In 2010, applicant Cameron, journalist, filing two ATIP requests with Transport Canada to obtain number of Canadian citizens, total number of individuals included on SPL for period from 2006-2010 inclusive under Transport Canada's Passenger Protect Program (PPP)—In response, Transport Canada's ATIP Director refusing to provide

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

l'employeur—Lorsque l'arbitre est appelé à interpréter l'art. 5, son rôle est de se demander si l'employeur a agi de façon raisonnable, équitable et de bonne foi—En l'occurrence, l'arbitre a non seulement imposé à l'employeur un fardeau excessif pour démontrer le caractère raisonnable de sa directive, mais il a également fait fi de la preuve—Demande accueillie.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Vie, liberté et sécurité—Un arbitre de grief a accueilli un grief de principe de la défenderesse à l'encontre d'une directive de la Direction du droit de l'immigration du ministère de la Justice (la Direction), qui impose aux juristes l'obligation d'être disponibles, sans indemnisation—La Direction ne rémunérait les employés que pour les heures réellement travaillées lors d'une période de garde et leur imposait l'obligation d'être disponibles, à tour de rôle—L'arbitre a conclu que la directive portait atteinte au droit à la vie privée protégé par l'art. 7 de la Charte—Il s'agissait de savoir si la directive porte atteinte à l'art. 7 de la Charte—L'arbitre a erré en concluant que la directive sur le temps de garde contrevient au droit à la liberté et à la vie privée—Plusieurs des activités que les juristes ne peuvent exercer pendant leur période de garde semblent aller bien au-delà de ce que la jurisprudence a considéré comme des choix intrinsèquement reliés à l'autonomie personnelle et fondamentale d'un individu—L'obligation de ne pas s'éloigner de sa résidence et d'être disponible quelques soirs et fins de semaine par année ne remet pas en question les droits qu'ont les parents d'éduquer leurs enfants et de prendre soin de leur développement—Prétendre le contraire ne pourrait que banaliser les droits que vise à protéger un instrument constitutionnel comme la Charte—L'arbitre a également eu tort de s'inspirer de la jurisprudence découlant de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec pour interpréter l'art. 7 de la Charte.

### **Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Transports) (C.F.) ..... 281**

Accès à l'information—Contrôle judiciaire d'une décision prise par le directeur de l'Accès à l'information et protection des renseignements personnels (AIPRP) de Transports Canada (directeur de l'AIPRP ou décideur) de ne pas divulguer le nombre de personnes ainsi que le nombre de citoyens canadiens sur la Liste des personnes précises (LPP)—Le directeur de l'AIPRP a invoqué l'exception trouvée à l'art. 15(1)c) de la *Loi sur l'accès à l'information* afin de justifier son refus de divulguer—En 2010, la demanderesse Cameron, journaliste, a logé deux demandes d'accès à l'information auprès de Transports Canada visant l'obtention du nombre de citoyens canadiens et de personnes sur la LPP pour les années 2006 à

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

requested information—Applicant Cameron filing complaint with Office of Information Commissioner regarding decision—Commissioner beginning investigation, issuing recommendations but those recommendations rejected by ATIP Director—Whether decision maker reasonably qualifying information sought as falling under Act, s. 15(1) allowing him to invoke exemptions to general rule requiring disclosure of information—If decision maker making proper qualification, whether respondent's representative exercising reasonable discretion in refusing to disclose information after Commissioner's recommendations—PPP screening measure used to ensure safety of passengers travelling to/from Canada by plane—SPL unique screening measure essential to ensuring safety of passengers, crews, aircraft—PPP working well as designed, implemented; meeting flight safety objectives for which created—Decision maker explaining in reasonable manner reason for denying request—Explanation provided not speculation or hypothetical—Disclosing requested confidential information (RCI) would create reasonable risk of probable harm—As for reasonableness of decision maker's exercise of discretion, when decision maker stating reasons for decision, never addressing or barely addressing arguments raised by applicants—Therefore, ATIP Director's discretion not reasonably exercised—Some of decision maker's arguments supported by little or no evidence or having almost no grounds—Application allowed in part.

### **Huruglica v. Canada (Citizenship and Immigration)** **(F.C.A.) ..... 157**

Citizenship and Immigration—Immigration Practice—Immigration and Refugee Board, Refugee Appeal Division (RAD)—RAD's role on appeal—Appeal from Federal Court decision allowing respondents' judicial review of RAD decision dismissing appeal from Refugee Protection Division (RPD) decision rejecting respondents' refugee claim—RAD determining that reasonableness standard of review applying to appeal from RPD's decision—On judicial review, Federal Court holding that RAD's conclusion as to role on appeal reviewable on standard of correctness—Also holding that RAD erring in applying standard of reasonableness to review RPD's decision—Federal Court certifying question as to

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

2010 inclusivement en vertu du Programme de protection des passagers de Transports Canada (le PPP)—En réponse à ces demandes, le directeur de l'AIPRP de Transports Canada a refusé de communiquer les renseignements demandés—La demanderesse Cameron a déposé une plainte auprès du Commissariat à l'information relativement à cette décision—La commissaire a commencé à mener une enquête et a formulé des recommandations, mais celles-ci ont été rejetées par le directeur de l'AIPRP—Il s'agissait de savoir si le décideur a raisonnablement qualifié l'information comme appartenant à l'art. 15(1) de la Loi, lui permettant d'invoquer les exceptions à la règle générale voulant que l'information soit divulguée—Dans l'affirmative, il s'agissait de déterminer si l'exercice de la discrétion du représentant du défendeur de refuser la divulgation des informations suite aux recommandations de la commissaire était raisonnable—Le PPP est l'une des mesures de contrôle qui assure la protection des passagers voyageant du ou vers le Canada par avion—Il s'agit d'une mesure de contrôle unique et essentielle afin d'assurer la sécurité des passagers, des équipages et des aéronefs—Le PPP, tel que conçu et mis en vigueur, fonctionne bien et semble rencontrer les objectifs de sécurité aérienne pour lesquels il fut créé—Le décideur a expliqué de façon raisonnable les motifs de son refus—L'explication fournie n'était pas de la spéculation ou une hypothèse—Divulguer l'information confidentielle recherchée (ICR) créerait un risque vraisemblable de préjudice probable—Quant à la raisonabilité de l'exercice de la discrétion effectué par le décideur, lorsqu'il a motivé sa décision, il n'a pas répondu ou n'a presque pas répondu aux arguments soulevés par les demanderesse—Par conséquent, l'exercice de la discrétion du directeur de l'AIPRP n'a pas été effectué de façon raisonnable—Certains arguments mis de l'avant par le décideur n'étaient supportés par aucune, ou presque aucune preuve, ou encore presque aucun motif—Demande accueillie en partie.

### **Huruglica c. Canada (Citoyenneté et Immigration)** **(C.A.F.) ..... 157**

Citoyenneté et Immigration—Pratique en matière d'immigration—Section d'appel des réfugiés (la SAR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié—Rôle de la SAR en appel—Appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale qui a accueilli la demande de contrôle judiciaire des intimés de la décision de la SAR ayant rejeté leur appel interjeté à l'encontre de la décision de la Section de la protection des réfugiés (la SPR) de rejeter la demande d'asile des intimés—La SAR a jugé que la norme de contrôle appropriée dans l'appel interjeté à l'encontre de la décision de la SPR était celle de la décision raisonnable—Lors du contrôle judiciaire, la Cour fédérale a décidé que la conclusion de la SAR quant à

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

scope of RAD's review when considering appeal of RPD decision—Issues: (1) standard of review to be applied herein, particularly regarding certified question; (2) standard of review Federal Court should have applied to issue before it; (3) whether Federal Court properly applying standard, i.e. whether RAD making reviewable error in defining scope of review when considering appeal of RPD decision—Supreme Court of Canada confirming in *Kanhasamy v. Canada (Citizenship and Immigration)* that despite fact question certified under *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 74(d) may be of general importance to refugee law system, not a type of question that falls within the exceptions to the application of the standard of reasonableness—For standard applied to certified questions to be changed, necessary for legislator to amend Act—Federal Court Judge choosing wrong standard of review; misconstruing limited exceptions where standard of correctness may be applied—RAD properly finding that neither Act, ss. 110, 111 nor legislation as whole pointing to need to show deference to RPD's findings of fact—RAD's role being to intervene when RPD wrong in law, in fact or in fact, law, i.e. correctness standard of review—RAD required to carry out own analysis of record to determine whether RPD erring—Only when RAD cannot provide final determination without hearing oral evidence presented to RPD that matter can be referred back to RPD for redetermination—In present case, RAD erring by applying standard of reasonableness to RPD's analysis—Appeal dismissed.

### **Philipos v. Canada (Attorney General) (F.C.A.) . . . 268**

Practice—Principles, criteria governing granting of leave to resurrect, continue discontinued proceeding—Minister of Transport cancelling appellant's transportation security clearance—Federal Court finding decision reasonable—Appellant appealing decision but discontinuing appeal soon afterward—Subsequently bringing motion seeking to resurrect, continue discontinued appeal—Whether motion should be granted—Only fundamental event striking at root of decision to discontinue warranting resurrection, continuation of discontinued proceeding—Court having to be satisfied that discontinued

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

son rôle en appel était susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte—Elle a également conclu que la SAR a commis une erreur en examinant la décision de la SPR selon la norme de la raisonabilité—La Cour fédérale a certifié une question quant à la portée de l'examen de la SAR lors d'un appel d'une décision de la SPR—Il s'agissait de savoir 1) quelle était la norme de contrôle qui devait être appliquée en l'espèce, notamment en ce qui concerne la question certifiée; 2) quelle norme de contrôle la Cour fédérale devait appliquer en ce qui concerne la question qu'elle devait trancher; 3) si la Cour fédérale a correctement appliqué cette norme, c'est-à-dire, si la SAR a commis une erreur susceptible de contrôle lorsqu'elle a défini la portée de son examen lorsqu'elle examine un appel d'une décision de la SPR—La Cour suprême du Canada a confirmé dans l'arrêt *Kanhasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)* que même si une question certifiée en vertu de l'art. 74d) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* peut fort bien être d'importance générale pour le régime du droit des réfugiés, il ne s'agit pas du genre de question qui relève des exceptions à la norme de la décision raisonnable—Pour modifier la norme appliquée aux questions certifiées, le législateur doit modifier la Loi—Le juge de la Cour fédérale a retenu la mauvaise norme de contrôle; il a mal interprété les exceptions limitées à l'égard desquelles la norme de la décision correcte peut être appliquée—La SAR a conclu à bon droit qu'il ne ressort ni des art. 110 et 111, ni de la loi dans son ensemble qu'il faille déférer aux conclusions de fait de la SPR—La SAR doit intervenir quand la SPR a commis une erreur de droit, de fait, ou une erreur mixte de fait et de droit, soit la norme de contrôle de la décision correcte—La SAR doit effectuer sa propre analyse du dossier afin de décider si la SPR a bel et bien commis une erreur—L'affaire ne peut être renvoyée à la SPR pour réexamen que si la SAR conclut qu'elle ne peut rendre une décision définitive sans entendre les témoignages de vive voix présentés à la SPR—En l'espèce, la SAR a commis une erreur en appliquant la norme de la décision raisonnable à l'analyse de la SPR—Appel rejeté.

### **Philipos c. Canada (Procureur général) (C.A.F.) . . . 268**

Pratique—Principes et critères régissant la délivrance d'une autorisation de faire revivre et de poursuivre une procédure ayant fait l'objet d'un désistement—Le ministre des Transports a annulé l'habilitation de sécurité en matière de transport de l'appellant—La Cour fédérale a conclu que la décision était raisonnable—L'appellant a interjeté appel, mais peu après, il s'est désisté—L'appellant a présenté par la suite une requête visant à faire revivre et à poursuivre son appel—Il s'agissait de savoir si la requête devrait être accordée—Seul un événement d'une importance fondamentale qui touche

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

proceeding sought to be resurrected having reasonable prospect of success—Prejudice resulting from resurrected proceeding also needing to be considered—Appellant failing to show fundamental event striking at root of decision to discontinue; that appeal having reasonable prospect of success—Appeal destined to fail—Motion dismissed.

### **Singh v. Canada (Citizenship and Immigration)** **(F.C.A.) ..... 230**

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Convention Refugees and Persons in Need of Protection—Appeal from Federal Court decision allowing respondent’s judicial review of Refugee Appeal Division (RAD) decision regarding respondent’s claim for refugee protection dismissed by Refugee Protection Division (RPD)—Respondent’s documents seized at port of entry—RPD finding that respondent failed to establish his identity—On appeal, RAD refusing to allow copy of seized diploma to be admitted into evidence—Interpreting *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 110(4) in light of case law developed around Act, s. 113(a), on basis of *Raza v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*—Federal Court concluding, *inter alia*, unreasonable for RAD to strictly apply *Raza* criteria in interpreting s. 110(4) given distinctive roles of PRRA (pre-removal risk assessment) officer, RAD—Finding factors in *Raza* not transferable in context of appeal before RAD—Whether test in *Raza* for interpretation of s. 113(a) applying to s. 110(4)—No valid reason not to apply implicit criteria established in *Raza* to s. 110(4)—Explicit conditions set out in s. 110(4) inescapable, leaving no discretion for RAD—Crux of issue whether implied conditions of admissibility identified in context of s. 113(a) in *Raza* also applicable to s. 110(4)—Different roles of RAD, PRRA officer not calling for distinctive analysis—Presumably, Parliament relying on courts’ interpretation when using same wording in different provisions—*Raza* criteria flowing implicitly from s. 113(a), applicable in context of s. 110(4)—Differing roles of PRRA, RAD not sufficient to set aside presumption that Parliament intended to defer to courts’ interpretation of legislative text when choosing to repeat same essential points in other provision—Parliament favouring restrictive approach to admissibility of new evidence on appeal—Decision not to admit new evidence on appeal not necessarily affecting respondent’s right not to be deprived of life, liberty, security—Not necessary to interpret ss. 110(4), 113(a) differently—RAD

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

à l’essence de la décision de mettre fin à la procédure peut justifier qu’une procédure ayant fait l’objet d’un désistement revive et qu’elle suive son cours—La Cour doit être d’avis que la partie qui s’est désistée et qui cherche à faire revivre la procédure a des chances raisonnables d’avoir gain de cause—Il faut tenir compte du préjudice que pourrait causer la réouverture d’une affaire—L’appelant n’a pas établi qu’un événement d’une importance fondamentale a touché à l’essence de la décision de mettre fin à la procédure et qu’il avait des chances raisonnables d’avoir gain de cause en appel—L’appel était voué à l’échec—Requête rejetée.

### **Singh c. Canada (Citoyenneté et Immigration)** **(C.A.F.) ..... 230**

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger—Appel interjeté à l’encontre d’une décision de la Cour fédérale qui a accueilli la demande de contrôle judiciaire de l’intimé à l’encontre d’une décision de la Section d’appel des réfugiés (SAR) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié du Canada concernant sa demande d’asile ayant été refusée par la Section de la protection des réfugiés (SPR)—Des documents appartenant à l’intimé ont été saisis au point d’entrée—La SPR a conclu que l’intimé n’avait pas établi son identité—En appel, la SAR a refusé d’admettre la copie du diplôme saisi en preuve—L’art. 110(4) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* a été interprété à la lumière de la jurisprudence qui s’est développée autour de l’art. 113a) de la Loi, et notamment de l’arrêt *Raza c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*—La Cour fédérale a estimé, entre autres, qu’il était déraisonnable de la part de la SAR d’appliquer les critères développés dans le contexte de l’art. 113a) pour interpréter l’art. 110(4) compte tenu des rôles distincts de l’agent d’ERAR (d’examen des risques avant renvoi) et de la SAR—La Cour fédérale a conclu que les facteurs établis par l’arrêt *Raza* ne sauraient être transposés dans le contexte d’un appel devant la SAR—Il s’agissait de savoir s’il fallait appliquer les critères énoncés dans l’arrêt *Raza* pour l’interprétation de l’art. 113a) de la Loi à l’art. 110(4) de cette loi—Il n’y a aucune raison valable de ne pas appliquer les critères implicites dégagés dans l’arrêt *Raza* dans le cadre de l’art. 110(4)—Les conditions explicites établies à l’art. 110(4) sont incontournables et ne laissent place à aucune discrétion de la part de la SAR—Le véritable nœud du problème consistait à déterminer si les conditions implicites d’admissibilité déduites de l’art. 113a) dans l’arrêt *Raza* sont également applicables dans le cadre de l’art. 110(4)—Les rôles de la SAR et de l’agent d’ERAR ne commandaient pas une analyse distincte—Il faut présumer que le législateur entend s’en remettre à l’interprétation des

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

not erring in using *mutatis mutandis* implicit criteria from *Raza* to interpret s. 110(4)—Appeal allowed.

### **Thamotharampillai v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.) ..... 331**

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Convention Refugees and Persons in Need of Protection—Judicial review of immigration officer decision dismissing applicant's pre-removal risk assessment (PRRA)—Applicant, Sri Lankan, found inadmissible for serious criminality—Deported after application for permanent residence on humanitarian, compassionate grounds, PRRA refused—Applicant re-entering Canada but not eligible to make refugee claim—Applicant's second, third PRRAs refused—PRRA officer noting that applicant's request for protection limited to grounds set out in *Immigration and Refugee Protection Act* (Act), s. 97—Stating that new evidence rule contained in Act, s. 113(a) not applicable, evidence submitted to be considered with respect to issue estoppel—PRRA officer concluding insufficient evidence to demonstrate recent changes in Sri Lanka would result in Act, s. 97 risk to applicant—Whether PRRA officer's decision reasonable—Court in *Aboud v. Canada (Citizenship and Immigration)* applying s. 113(a) to limit admissibility of evidence submitted in subsequent PRRA applications—No reason not to apply same reasoning herein—PRRA officer conflating concept of issue estoppel with admissibility of evidence—Principle of issue estoppel applying to question of whether same risks previously considered, decided, not to admissibility of new evidence—Manner in which PRRA officer applied issue estoppel not improper, conclusion reasonable—However, PRRA officer's conclusion no change in country conditions since second PRRA not reasonable in light of additional documentary evidence submitted by applicant—Some of applicant's submissions post-dating second PRRA—No reference to or analysis of documents post-dating second PRRA in PRRA officer's decision—Even if attempting to

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

tribunaux—Les critères dégagés dans l'arrêt *Raza* qui découlent implicitement de l'art. 113a) trouvent application dans le cadre de l'art. 110(4)—Le rôle différent de l'ERAR et de la SAR ne suffit pas pour écarter la présomption voulant que le législateur entende s'en remettre à l'interprétation qu'ont faite les tribunaux d'un texte législatif lorsqu'il choisit d'en reprendre les éléments essentiels dans une autre disposition—Le législateur préconise une approche restrictive quant à l'admissibilité de nouvelles preuves en appel—La décision de ne pas accepter une nouvelle preuve dans le cadre d'un appel ne fait pas nécessairement intervenir le droit de ne pas se voir privé de sa vie, de sa sécurité ou de sa liberté—Il n'y a pas lieu d'interpréter différemment les art. 110(4) et 113a)—La SAR n'a pas erré en utilisant *mutatis mutandis* les critères implicites dégagés dans l'arrêt *Raza* pour interpréter l'art. 110(4)—Appel accueilli.

### **Thamotharampillai c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.) ..... 331**

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger—Contrôle judiciaire d'une décision d'un agent d'immigration qui a rejeté la demande d'examen des risques avant renvoi (ERAR) du demandeur—Le demandeur, un Sri Lankais, a été déclaré interdit de territoire pour grande criminalité—Il a été expulsé après que sa demande de résidence permanente pour des motifs d'ordre humanitaire et sa demande d'ERAR ont été rejetées—Le demandeur est entré de nouveau au Canada, mais il a été inadmissible à faire une demande d'asile—Les deuxième et troisième demandes d'ERAR du demandeur ont été refusées—L'agent d'ERAR a noté que la demande de protection du demandeur était restreinte aux motifs énoncés à l'art. 97 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la Loi)—L'agent d'ERAR a indiqué que la règle concernant les nouveaux éléments de preuve énoncée à l'art. 113a) de la Loi ne s'applique pas et que les éléments de preuve ont été soumis selon le principe de l'irrecevabilité reconnu en droit administratif—L'agent d'ERAR a conclu que les preuves n'étaient pas suffisantes pour démontrer que les changements récents au Sri Lanka entraîneraient vraisemblablement un risque visé à l'art. 97 pour le demandeur—Il s'agissait de savoir si la décision de l'agent d'ERAR était raisonnable—La Cour dans la décision *Aboud c. Canada (Citoyenneté et Immigration)* a appliqué l'art. 113a) de manière à limiter l'admissibilité des éléments de preuve produits dans le cadre des demandes d'ERAR subséquentes—Il n'y a aucune raison pour laquelle ce raisonnement ne s'appliquerait pas aussi en l'espèce—L'agent d'ERAR a confondu le concept de préclusion découlant d'une question déjà tranchée et la recevabilité de la preuve—Le principe de préclusion découlant d'une question déjà tranchée

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

limit PRRA based on issue estoppel, PRRA officer did not re-examine prior evidence in comparison to applicant's further submissions to determine if any new risk or changes to risk had occurred since determination in second PRRA—Not possible to determine whether PRRA officer alive to content of documents post-dating second PRRA—Application allowed.

## SOMMAIRE (Fin)

s'applique à la question de savoir si les mêmes risques ont déjà été pris en considération et ont fait l'objet d'une décision, et pas à la recevabilité des nouveaux éléments de preuve—La manière dont l'agent d'ERAR a appliqué la préclusion découlant d'une question déjà tranchée n'était pas illégitime et sa conclusion était raisonnable—Cependant, la conclusion de l'agent d'ERAR selon laquelle la situation du pays n'a pas changé depuis la deuxième demande d'ERAR n'était pas raisonnable vu les autres documents présentés par le demandeur—Certains des documents soumis par le demandeur sont postérieurs au deuxième ERAR—Il n'y a aucune référence dans la décision de l'agent d'ERAR aux nombreux documents postérieurs au deuxième ERAR ni aucune analyse de ces documents—Même s'il tentait de limiter l'ERAR en se fondant sur la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, l'agent d'ERAR n'a pas réexaminé les éléments de preuve antérieurs comparativement aux autres éléments soumis par le demandeur pour déterminer si de nouveaux risques ou des changements étaient survenus depuis la décision rendue dans la deuxième demande d'ERAR—Il était impossible de déterminer si l'agent d'ERAR était conscient de la teneur des documents postérieurs au deuxième ERAR—Demande accueillie.

## APPEALS NOTED

### FEDERAL COURT OF APPEAL

*Pfizer Canada Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2014 FC 1243, [2015] 4 F.C.R. 235, has been reversed on appeal (A-27-15, A-28-15, A-143-15, A-172-15, 2016 FCA 248). The reasons for judgment, handed down October 12, 2016, will be published in the *Federal Courts Reports*.

*Rrotaj v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 152, [2016] 3 F.C.R. 409, has been affirmed on appeal (A-79-16, 2016 FCA 292), reasons for judgment handed down November 21, 2016.

*Siddiqui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, A-205-15, 2016 FCA 134, has been varied in regard to the issue of costs (A-205-15, 2016 FCA 237), reasons for judgment handed down September 23, 2016. Both decisions will be published in the *Federal Courts Reports*.

### SUPREME COURT OF CANADA

#### *Applications for leave to appeal*

*Amgen Canada Inc. v. Apotex Inc.*, A-501-15, 2016 FCA 196, Stratas J.A., order dated July 15, 2016, leave to appeal to S.C.C. refused October 27, 2016.

*Canada (Aboriginal Affairs and Northern Development) v. Williams Lake Indian Band*, A-168-14, 2016 FCA 63, Near J.A., judgment dated February 29, 2016, leave to appeal to S.C.C. granted October 13, 2016.

*Laforest v. Canada*, A-251-15, Nadon, Pelletier and Boivin J.J.A., order dated February 8, 2016, leave to appeal to S.C.C. refused October 6, 2016.

*Olumide v. Canada*, 16-A-20, 2016 FCA 171, Gleason J.A., order dated June 7, 2016, leave to appeal to S.C.C. refused October 6, 2016.

*Turmel v. Canada*, A-342-14, 2016 FCA 9, Stratas J.A., judgment dated January 13, 2016, leave to appeal to S.C.C. refused October 20, 2016.

*Wise v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, A-521-14, 2016 FCA 105, Stratas J.A., judgment dated April 6, 2016, leave to appeal to S.C.C. refused October 6, 2016.

## APPELS NOTÉS

### COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Pfizer Canada Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2014 CF 1243, [2015] 4 R.C.F. 235, a été infirmée en appel (A-27-15, A-28-15, A-143-15, A-172-15, 2016 CAF 248). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 12 octobre 2016, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

La décision *Rrotaj c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 152, [2016] 3 R.C.F. 409, a été confirmée en appel (A-79-16, 2016 CAF 292), les motifs du jugement ayant été prononcés le 21 novembre 2016.

L'arrêt *Siddiqui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, A-205-15, 2016 CAF 134, a été modifiée quant aux dépens (A-205-15, 2016 CAF 237), les motifs du jugement ayant été prononcés le 23 septembre 2016. Les deux décisions seront publiées dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

### COUR SUPRÊME DU CANADA

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

*Amgen Canada Inc. c. Apotex Inc.*, A-501-15, 2016 CAF 196, le juge Stratas, J.C.A., ordonnance en date du 15 juillet 2016, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 27 octobre 2016.

*Canada (Affaires autochtones et Développement du Nord) c. Bande indienne de Williams Lake*, A-168-14, 2016 CAF 63, le juge Near, J.C.A., jugement en date du 29 février 2016, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée le 13 octobre 2016.

*Laforest c. Canada*, A-251-15, les juges Nadon, Pelletier et Boivin, J.C.A., ordonnance en date du 8 février 2016, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 6 octobre 2016.

*Olumide c. Canada*, 16-A-20, 2016 CAF 171, la juge Gleason, J.C.A., ordonnance en date du 7 juin 2016, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 6 octobre 2016.

*Turmel c. Canada*, A-342-14, 2016 CAF 9, le juge Stratas, J.C.A., jugement en date du 13 janvier 2016, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 20 octobre 2016.

*Wise c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, A-521-14, 2016 CAF 105, le juge Stratas, J.C.A., jugement en date du 6 avril 2016, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 6 octobre 2016.



**Federal Courts  
Reports**

**2016, Vol. 4, Part 2**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2016, Vol. 4, 2<sup>e</sup> fascicule**





A-470-14  
2016 FCA 93

A-470-14  
2016 CAF 93

**The Minister of Citizenship and Immigration**  
(*Appellant*)

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

v.

c.

**Bujar Huruglica, Hanife Huruglica, Sadije Ramadani**  
(*Respondents*)

**Bujar Huruglica, Hanife Huruglica, Sadije Ramadani**  
(*intimés*)

and

et

**Canadian Association of Refugee Lawyers and  
Canadian Council For Refugees** (*Intervenors*)

**L'Association canadienne des avocats et avocates  
en droit des réfugiés et le Conseil canadien pour les  
réfugiés** (*intervenants*)

**INDEXED AS: HURUGLICA v. CANADA (CITIZENSHIP AND  
IMMIGRATION)**

**RÉPERTORIÉ : HURUGLICA c. CANADA (CITOYENNETÉ ET  
IMMIGRATION)**

Federal Court of Appeal, Gauthier, Webb and Near  
J.J.A.—Toronto, September 29, 2015; Ottawa, March 29,  
2016.

Cour d'appel fédérale, juges Gauthier, Webb et Near,  
J.C.A.—Toronto, 29 septembre 2015; Ottawa, 29 mars  
2016.

*Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Immigration and Refugee Board, Refugee Appeal Division (RAD) — RAD's role on appeal — Appeal from Federal Court decision allowing respondents' judicial review of RAD decision dismissing appeal from Refugee Protection Division (RPD) decision rejecting respondents' refugee claim — RAD determining that reasonableness standard of review applying to appeal from RPD's decision — On judicial review, Federal Court holding that RAD's conclusion as to role on appeal reviewable on standard of correctness — Also holding that RAD erring in applying standard of reasonableness to review RPD's decision — Federal Court certifying question as to scope of RAD's review when considering appeal of RPD decision — Issues: (1) standard of review to be applied herein, particularly regarding certified question; (2) standard of review Federal Court should have applied to issue before it; (3) whether Federal Court properly applying standard, i.e. whether RAD making reviewable error in defining scope of review when considering appeal of RPD decision — Supreme Court of Canada confirming in *Kanthasamy v. Canada* (Citizenship and Immigration) that despite fact question certified under Immigration and Refugee Protection Act, s. 74(d) may be of general importance to refugee law system, not a type of question that falls within the exceptions to the application of the standard of reasonableness — For standard applied to certified questions to be changed, necessary for legislator to amend Act — Federal Court Judge choosing wrong standard*

*Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Section d'appel des réfugiés (la SAR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié — Rôle de la SAR en appel — Appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale qui a accueilli la demande de contrôle judiciaire des intimés de la décision de la SAR ayant rejeté leur appel interjeté à l'encontre de la décision de la Section de la protection des réfugiés (la SPR) de rejeter la demande d'asile des intimés — La SAR a jugé que la norme de contrôle appropriée dans l'appel interjeté à l'encontre de la décision de la SPR était celle de la décision raisonnable — Lors du contrôle judiciaire, la Cour fédérale a décidé que la conclusion de la SAR quant à son rôle en appel était susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte — Elle a également conclu que la SAR a commis une erreur en examinant la décision de la SPR selon la norme de la raisonabilité — La Cour fédérale a certifié une question quant à la portée de l'examen de la SAR lors d'un appel d'une décision de la SPR — Il s'agissait de savoir 1) quelle était la norme de contrôle qui devait être appliquée en l'espèce, notamment en ce qui concerne la question certifiée; 2) quelle norme de contrôle la Cour fédérale devait appliquer en ce qui concerne la question qu'elle devait trancher; 3) si la Cour fédérale a correctement appliqué cette norme, c'est-à-dire, si la SAR a commis une erreur susceptible de contrôle lorsqu'elle a défini la portée de son examen lorsqu'elle examine un appel d'une décision de la SPR — La Cour suprême du Canada a confirmé dans*

*of review; misconstruing limited exceptions where standard of correctness may be applied — RAD properly finding that neither Act, ss. 110, 111 nor legislation as whole pointing to need to show deference to RPD's findings of fact — RAD's role being to intervene when RPD wrong in law, in fact or in fact, law, i.e. correctness standard of review — RAD required to carry out own analysis of record to determine whether RPD erring — Only when RAD cannot provide final determination without hearing oral evidence presented to RPD that matter can be referred back to RPD for redetermination — In present case, RAD erring by applying standard of reasonableness to RPD's analysis — Appeal dismissed.*

This was an appeal from a decision of the Federal Court allowing the respondents' application for judicial review wherein the respondents were contesting the validity of the decision of the Refugee Appeal Division (RAD) of the Immigration and Refugee Board. The RAD dismissed the respondents' appeal from a Refugee Protection Division (RPD) decision rejecting their refugee claim.

The respondents, citizens of Kosovo and Muslim, claimed that their lives were threatened by an Islamic extremist group and that the local police were unresponsive to their requests for help. The RPD rejected their refugee claim on the basis that, among other things, they had not satisfied their burden of providing clear and convincing evidence to rebut the presumption that state protection would be forthcoming to them in Kosovo. As for the RAD, it found that there was no need to deal with the alleged error in the assessment of the respondents' credibility since in its view the decision of the RPD regarding state protection was reasonably open thereto and was sufficient to dismiss the respondents' claims. To reach its conclusion, the RAD determined the standard of review that applied to the appeal from the RPD's decision, concluding that the appropriate standard of review was that of reasonableness.

On judicial review, the Federal Court held that the RAD's conclusion as to its role on appeal was reviewable on the standard of correctness. It also held that the RAD had erred in

*l'arrêt Kanthasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration) que même si une question certifiée en vertu de l'art. 74d) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés peut fort bien être d'importance générale pour le régime du droit des réfugiés, il ne s'agit pas du genre de question qui relève des exceptions à la norme de la décision raisonnable — Pour modifier la norme appliquée aux questions certifiées, le législateur doit modifier la Loi — Le juge de la Cour fédérale a retenu la mauvaise norme de contrôle; il a mal interprété les exceptions limitées à l'égard desquelles la norme de la décision correcte peut être appliquée — La SAR a conclu à bon droit qu'il ne ressort ni des art. 110 et 111, ni de la loi dans son ensemble qu'il faille déférer aux conclusions de fait de la SPR — La SAR doit intervenir quand la SPR a commis une erreur de droit, de fait, ou une erreur mixte de fait et de droit, soit la norme de contrôle de la décision correcte — La SAR doit effectuer sa propre analyse du dossier afin de décider si la SPR a bel et bien commis une erreur — L'affaire ne peut être renvoyée à la SPR pour réexamen que si la SAR conclut qu'elle ne peut rendre une décision définitive sans entendre les témoignages de vive voix présentés à la SPR — En l'espèce, la SAR a commis une erreur en appliquant la norme de la décision raisonnable à l'analyse de la SPR — Appel rejeté.*

Il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale qui a accueilli la demande de contrôle judiciaire des intimés de la décision de la Section d'appel des réfugiés (SAR) dans laquelle les intimés contestaient la validité de la décision de la SAR de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié. La SAR a rejeté l'appel des intimés interjeté à l'encontre de la décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) de rejeter la demande d'asile des intimés.

Les intimés, qui sont citoyens du Kosovo et musulmans, ont soutenu que leur vie a été menacée par un groupe extrémiste islamique et que la police locale avait été insensible à leurs demandes d'aide. La SPR a rejeté leur demande d'asile au motif que, entre autres, ils ne s'étaient pas acquittés de leur fardeau de produire des preuves claires et convaincantes pour réfuter la présomption selon laquelle ils pourraient se prévaloir de la protection de l'État au Kosovo. Quant à la SAR, elle a conclu qu'il n'était pas nécessaire de remédier à cette prétendue erreur dans l'évaluation de la crédibilité des intimés puisque, à son avis, il lui était raisonnablement loisible de tirer une conclusion quant à la protection de l'État et cette conclusion était suffisante pour rejeter les thèses des intimés. Pour tirer sa conclusion, la SAR a déterminé la norme de contrôle qui s'appliquait à l'appel de la décision de la SPR, concluant que la norme de contrôle appropriée était celle de la décision raisonnable.

Lors de la demande de contrôle judiciaire, la Cour fédérale a décidé que la conclusion de la SAR quant à son rôle en appel était susceptible de contrôle selon la norme de la

applying the standard of reasonableness to its review of the RPD's decision. It added that the RAD is required to conduct a hybrid appeal: it must review all aspects of the RPD's decision and come to an independent assessment as to whether the claimant is a Convention refugee or person in need of protection. Where its assessment departs from that of the RPD, the RAD must substitute its own decision. The Federal Court Judge (Judge) certified the question as to what is the scope of the RAD's review when considering an appeal of an RPD decision.

The issues were: what was the standard of review to be applied herein, particularly regarding the certified question; what was the proper standard of review to be applied by the Federal Court Judge to the issue before him; and whether the Judge properly applied this standard, that is, whether the RAD made a reviewable error in defining the scope of its review when considering an appeal of an RPD decision.

*Held*, the appeal should be dismissed.

The Court focussed on the RAD's decision to determine if the Judge chose the appropriate standard of review on judicial review for the issue before him and if he applied it correctly. The Court's decision in *Kanthisamy v. Canada (Citizenship and Immigration)* was relied on to argue that the Court should give the correct answer to questions that have been certified under subsection 74(d) of the *Immigration and Refugee Protection Act*; however, the decision was reversed by the Supreme Court of Canada, which confirmed that despite the fact that a certified question may be of general importance to the refugee law system, it is not a type of question that falls within the exceptions to the application of the standard of reasonableness. While the legislator is empowered to set the standard of review that it wants to see applied to questions certified pursuant to subsection 74(d) of the Act, this must be done very clearly. Thus, should the legislator wish to continue the system that was in place before *Kanthisamy*, it would be required to amend the Act and clarify its intention that certified questions be reviewed on a standard of correctness.

The Federal Court Judge chose the wrong standard of review and misconstrued the limited exceptions where the standard of correctness may be applied. It could not be concluded that a question of law involving the interpretation of an administrative body's home statute so as to determine its appellate role has any precedential value outside of the specific administrative regime in question. Defining the scope of

décision correcte. Elle a également conclu que la SAR a commis une erreur lorsqu'elle a examiné la décision de la SPR selon la norme de la décision raisonnable. Elle a ajouté que la SAR doit instruire l'affaire comme une procédure d'appel hybride. Elle doit examiner tous les aspects de la décision de la SPR et en arriver à sa propre conclusion quant à savoir si le demandeur d'asile a qualité de réfugié au sens de la Convention ou qualité de personne à protéger. Lorsque ses conclusions diffèrent de celles de la SPR, la SAR doit y substituer sa propre décision. Le juge de la Cour fédérale (le juge) a certifié la question de savoir quelle est la portée de l'examen de la SAR lors d'un appel d'une décision de la SPR.

Il s'agissait de savoir quelle était la norme de contrôle qui devait être appliquée en l'espèce, notamment en ce qui concerne la question certifiée; quelle norme de contrôle la Cour fédérale devait appliquer en ce qui concerne la question qu'elle devait trancher; et si le juge a correctement appliqué cette norme, c'est-à-dire, si la SAR a commis une erreur susceptible de contrôle lorsqu'elle a défini la portée de son examen lorsqu'elle examine un appel d'une décision de la SPR.

*Arrêt* : l'appel doit être rejeté.

La Cour s'est penchée sur la décision de la SAR pour rechercher si le juge a retenu la norme de contrôle appropriée à l'égard de la question qu'il était appelé à trancher et s'il l'a appliquée correctement. Les intervenants se sont appuyés sur la décision de la Cour dans *Kanthisamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)* pour faire valoir que la Cour doit donner la réponse correcte aux questions qui ont été certifiées conformément à l'alinéa 74d) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*; toutefois, la Cour suprême a infirmé cette décision et elle a confirmé que, même si une question certifiée peut fort bien être d'importance générale pour le régime du droit des réfugiés, il ne s'agit pas du genre de question qui relève des exceptions à la norme de la décision raisonnable. Bien que le législateur soit habilité à définir la norme de contrôle qu'il souhaite voir appliquer aux questions certifiées conformément à l'alinéa 74d) de la Loi, il lui faut faire preuve d'une grande clarté. Par conséquent, si le législateur souhaite maintenir le système qui était en vigueur avant l'arrêt *Kanthisamy*, il lui sera nécessaire de modifier le régime de la Loi et de clarifier son intention selon laquelle les questions certifiées doivent être examinées selon la norme de la décision correcte.

Le juge de la Cour fédérale a retenu la mauvaise norme de contrôle et a mal interprété les exceptions limitées à l'égard desquelles la norme de la décision correcte peut être appliquée. La Cour ne pouvait tout simplement pas conclure qu'une question de droit touchant l'interprétation de la loi constitutive d'un organisme administratif déterminant son rôle en tant que juridiction d'appel fasse autorité au-delà du

the RAD's appellate function (or its standard of review) must be within the RAD's expertise. The issue before the Federal Court Judge was not a question of true *vires*. Moreover, the Supreme Court made it clear in *Kanthisamy* that a question of general importance to the refugee law system does not fall under any of the other exceptions to the standard of reasonableness set out in *Dunsmuir v. New Brunswick*. Therefore, the Federal Court Judge erred in his selection of the standard of review applicable to the case before him. The proper standard should have been that of reasonableness.

A statutory interpretation analysis was conducted to determine whether the RAD made a reviewable error in defining the scope of its review in this appeal from the RPD's decision. Sections 110 and 111 of the Act deal with appeals from the RPD to the RAD. The RAD properly found that neither section 110 or 111 nor the legislation as a whole point to the need to show deference to the RPD's findings of fact. Rather, they evidence the legislator's intent that the RAD bring finality to the refugee claims' determination process. Paragraph 111(2)(a) indicates in particular that the RAD does not need to defer for factual findings and it does not distinguish between errors of law, fact or mixed fact and law. It simply requires that the RPD's decision be "wrong in law, in fact or in mixed law and fact" (in French, "*erronée en droit, en fait ou en droit et en fait*"). As for paragraph 111(2)(b) of the Act, it provides that once an error has been identified (paragraph 111(2)(a)), the RAD may refer the matter back for redetermination with the directions it considers appropriate only in certain stipulated situations wherein it is unable to make a determination about the RPD's decision without hearing the evidence presented to the RPD. This possibility acknowledges the fact that in some cases where oral testimony is critical or determinative in the RAD's opinion, the RAD may not be in a position to confirm or substitute its own determination to that of the RPD. There was no indication in the wording of the Act, read in the context of the legislative scheme and its objectives, that supported the application of a standard of reasonableness or of palpable and overriding error to RPD findings of fact or mixed fact and law. The RAD's role is to intervene when the RPD is wrong in law, in fact or in fact and law. This translates into an application of the correctness standard of review. If there is an error, the RAD can still confirm the RPD's decision on another basis. It can also set it aside, substituting its own determination of the claim unless it is satisfied that it cannot do either without hearing the evidence presented to the RPD (Act, paragraph 111(2)(b)). Also, an appeal before the RAD is not a true *de novo* proceeding, wherein the second decision-maker starts anew.

régime administratif particulier en question. La définition de la portée de la fonction d'appel de la SAR (ou sa norme de contrôle) doit relever de la compétence de la SAR. La question que le juge devait trancher ne touchait pas véritablement à la compétence. De plus, la Cour suprême a précisé dans l'arrêt *Kanthisamy* qu'une question d'importance générale pour le régime du droit des réfugiés ne relève pas de l'une ou l'autre des exceptions à l'application de la norme de la décision raisonnable consacrées par l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*. Par conséquent, le juge n'a pas retenu la norme de contrôle correcte dans l'affaire dont il était saisi, à savoir celle de la décision raisonnable.

Une analyse de l'interprétation législative a été menée afin de déterminer si la SAR a commis une erreur susceptible de contrôle lorsqu'elle a défini la portée de son examen dans le cadre du présent appel de la décision de la SPR. Les articles 110 et 111 de la Loi visent les appels interjetés auprès de la SAR à l'égard de décisions de la SPR. La SAR a conclu à bon droit qu'il ne ressort ni des articles 110 et 111, ni de la loi dans son ensemble qu'il faille déférer aux conclusions de fait de la SPR. Ces dispositions témoignent plutôt de l'intention du législateur d'habiliter la SAR à assurer le règlement définitif des demandes de protection des réfugiés. Plus particulièrement, l'alinéa 111(2)a) de la Loi dispose que la SAR n'est pas tenue d'user de déférence à l'égard des conclusions de fait et qu'il n'opère pas de distinction entre les erreurs de droit, les erreurs de fait, ou les erreurs mixtes de fait et de droit. Il exige simplement que la décision de la SPR soit « *erronée en droit, en fait ou en droit et en fait* » (en anglais : « *wrong in law, in fact or in mixed law and fact* »). Quant à l'alinéa 111(2)b), il dispose que si une erreur a été relevée (alinéa 111(2)a)), la SAR peut renvoyer l'affaire pour réexamen, selon les instructions qu'elle juge appropriées, seulement dans certaines circonstances stipulées où elle ne peut confirmer ou casser la décision rendue par la SPR sans réexamen des éléments de preuve qui ont été présentés à celle-ci. Cette possibilité est offerte parce qu'il peut arriver que, dans certaines affaires mettant en cause des témoignages de vive voix cruciaux ou déterminants aux yeux de la SAR, celle-ci ne soit pas en mesure de confirmer une décision de la SPR ou d'y substituer la sienne. Si l'on interprète en fonction du régime législatif et de ses objectifs, il n'y avait rien dans la Loi qui justifiait le recours à une norme du caractère raisonnable ou de l'erreur manifeste et dominante pour analyser les conclusions de fait, ou les conclusions mixtes de fait et de droit de la SPR. Le rôle de la SAR est d'intervenir quand la SPR a commis une erreur de droit, de fait, ou une erreur mixte de fait et de droit. Dans la pratique, cela signifie qu'elle doit appliquer la norme de contrôle de la décision correcte. Si une erreur a été commise, la SAR peut confirmer la décision de la

Based on an analysis of the Act's legislative evolution and history, the RAD was essentially viewed as the safety net that would catch all mistakes made by the RPD, be it on the law or the facts, which confirmed the conclusion that the legislator intended the RAD to review the RPD decisions on the standard of correctness.

In conclusion, on the basis of this statutory analysis, with respect to findings of fact (and mixed fact and law), such as the one involved in this case, which raised no issue of credibility of oral evidence, the RAD is to review RPD decisions applying the correctness standard. Thus, after carefully considering an RPD's decision, the RAD carries out its own analysis of the record to determine whether the RPD erred. Having done this, the RAD must then provide a final determination either by confirming the RPD's decision or setting it aside and substituting its own determination of the merits of the refugee claim. It is only when the RAD is of the opinion that it cannot provide such a final determination without hearing the oral evidence presented to the RPD that the matter can be referred back to the RPD for redetermination. No other interpretation of the relevant statutory provisions is reasonable. Therefore, in this case, the RAD erred by applying the reasonableness standard to the RPD's analysis of the objective evidence regarding state protection and to its conclusion thereon.

SPR sur un autre fondement. La SAR peut aussi casser une décision et y substituer la sienne eu égard à une demande, sauf si elle conclut qu'elle ne peut y arriver sans examiner les éléments de preuve présentés à la SPR (alinéa 111(2)b de la Loi). En outre, l'appel auprès de la SAR ne constitue pas un véritable processus *de novo*, où le décideur repart à zéro.

Selon une analyse de l'évolution législative et de l'histoire de la Loi, la SAR devait essentiellement servir de filet de sécurité puisqu'elle devait rattraper les erreurs de droit ou de fait de la SPR, ce qui confirmait la conclusion quant à l'intention du législateur de confier à la SAR la mission d'examiner les décisions de la SPR en fonction de la norme de la décision correcte.

En conclusion, au terme de cette analyse des dispositions législatives, concernant les conclusions de fait (ainsi que les conclusions mixtes de fait et de droit) comme celle dont il était question en l'espèce, laquelle ne soulevait pas la question de la crédibilité des témoignages de vive voix, la SAR doit examiner les décisions de la SPR en appliquant la norme de la décision correcte. Ainsi, après examen attentif d'une décision de la SPR, la SAR doit effectuer sa propre analyse du dossier afin de décider si la SPR a bel et bien commis une erreur. Après cette étape, la SAR doit alors statuer sur l'affaire de manière définitive, soit en confirmant la décision de la SPR, soit en cassant celle-ci et en y substituant sa propre décision sur le fond de la demande d'asile. L'affaire ne peut être renvoyée à la SPR pour réexamen que si la SAR conclut qu'elle ne peut rendre une décision définitive sans entendre les témoignages de vive voix présentés à la SPR. Nulle autre interprétation des dispositions législatives pertinentes ne serait raisonnable. Par conséquent, en l'espèce, la SAR a commis une erreur en appliquant la norme de la décision raisonnable à l'analyse de la SPR concernant la preuve objective de la protection de l'État et à sa conclusion afférente.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Balanced Refugee Reform Act*, S.C. 2010, c. 8.  
 Bill C-280, *An Act to Amend the Immigration and Refugee Protection Act (coming into force of sections 110, 111 and 171)*, 39th Parl., 2nd sess., 2007.  
*Commissioner's Standing Orders (Grievances and Appeals)*, SOR/2014-289, ss. 18, 33.  
*Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, s. 147(5).  
*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 67–69.1.  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(2), 25, 67, 72, 74, 110, 111, 153(4), 162, 165, 170, 171, 175(1).  
*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, art. 159.91.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Consignes du commissaire (griefs et appels)*, DORS/2014-289, art. 18, 33.  
*Loi sur des mesures de réforme équitables concernant les réfugiés*, L.C. 2010, ch. 8.  
*Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. R-10.  
*Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20, art. 147(5).  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 67–69.1.  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 3(2), 25, 67, 72, 74, 110, 111, 153(4), 162, 165, 170, 171, 175(1).  
*Loi visant à protéger le système d'immigration du Canada*, L.C. 2012, ch. 17.

*Protecting Canada's Immigration System Act*, S.C. 2012, c. 17.  
*Refugee Appeal Division Rules*, SOR/2012-257, r. 3(3)(g).  
*Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C., 1985, c. R-10.

Projet de loi C-280, *Loi modifiant la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (entrée en vigueur des articles 110, 111 et 171)*, 39<sup>e</sup> lég., 2<sup>e</sup> sess., 2007.  
*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 159.91.  
*Règles de la Section d'appel des réfugiés*, DORS/2012-257, règle 3(3)(g).

## CASES CITED

## APPLIED:

*Kanthisamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 909, revg 2014 FCA 113, [2015] 1 F.C.R. 335; *Spasoja v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 913, 464 F.T.R. 160.

## CONSIDERED:

*Newton v. Criminal Trial Lawyers' Association*, 2010 ABCA 399 (CanLII), 493 A.R. 89; *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Tran*, 2015 FCA 237, [2016] 2 F.C.R. 459; *BC Society for the Prevention of Cruelty to Animals v. British Columbia (Farm Industry Review Board)*, 2013 BCSC 2331, 67 Admin. L.R. (5th) 152; *Cartier v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCA 384, [2003] 2 F.C.R. 317.

## REFERRED TO:

*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; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Halifax (Regional Municipality) v. United Gulf Developments Ltd.*, 2009 NSCA 78, 280 N.S.R. (2d) 350; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135; *Alvarez v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 702; *Yetma v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 858, 463 F.T.R. 128; *Bahta v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 1245, 32 Imm. L.R. (4th) 173; *Sow v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 295, 472 F.T.R. 303; *Bellingy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 1252; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *Djossou v. Canada*

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Kanthisamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909, infirmant 2014 CAF 113, [2015] 1 R.C.F. 335; *Spasoja c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 913.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Newton v. Criminal Trial Lawyers' Association*, 2010 ABCA 399 (CanLII), 493 A.R. 89; *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Tran*, 2015 CAF 237, [2016] 2 R.C.F. 459; *BC Society for the Prevention of Cruelty to Animals v. British Columbia (Farm Industry Review Board)*, 2013 BCSC 2331, 67 Admin. L.R. (5th) 152; *Cartier c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 384, [2003] 2 R.C.F. 317.

## DÉCISIONS CITÉES :

*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; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Halifax (Regional Municipality) v. United Gulf Developments Ltd.*, 2009 NSCA 78, 280 N.S.R. (2d) 350; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *McLean c. Colombie-Britannique (Commission des valeurs mobilières)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135; *Alvarez c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 702; *Yetma c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 858; *Bahta c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 1245; *Sow c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 295; *Bellingy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 1252; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Djossou c. Canada (Citoyenneté*

(*Citizenship and Immigration*), 2014 FC 1080, [2015] 3 F.C.R. 664; *Akuffo v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 1063, 86 Admin. L.R. (5th) 112; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Singh*, 2016 FCA 96, [2016] 4 F.C.R. 230.

## AUTHORS CITED

- Atkinson, Ken. *The Refugee Appeal Division: Presentation to the Toronto Regional Consultative Committee*, February 5, 2014 [unpublished].
- Canada. Parliament. *House of Commons Debates*, 39th Parl., 1st Sess., Vol. 141, No. 122 (March 2, 2007).
- Canada. Parliament. *House of Commons Debates*, 40th Parl., 3rd Sess., Vol. 145, No. 033 (April 26, 2010).
- Canada. Parliament. *House of Commons Debates*, 41st Parl., 1st Sess., Vol. 146, No. 090 (March 6, 2012).
- Canada. Parliament. *House of Commons Debates*, 41st Parl., 1st Sess., Vol. 146, No. 094 (March 12, 2012).
- Canada. Parliament. House of Commons. Standing Committee on Citizenship and Immigration. *Evidence*, 37th Parl., 1st Sess., No. 5 (March 20, 2001), online: <<http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Mode=1&Parl=37&Ses=1&DocId=1040609&Language=E>>.
- Canada. Parliament. House of Commons. Standing Committee on Citizenship and Immigration. *Evidence*, 37th Parl., 1st Sess., No. 22 (May 8, 2001), online: <<http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Mode=1&Parl=37&Ses=1&DocId=696136&Language=E>>.
- Canada. Parliament. House of Commons. Standing Committee on Citizenship and Immigration. *Evidence*, 37th Parl., 1st Sess., No. 27 (May 17, 2001), online: <<http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Language=e&Mode=1&Parl=37&Ses=1&DocId=1040838&File=0>>.
- Canada. Parliament. House of Commons. Standing Committee on Citizenship and Immigration. *Evidence*, 40th Parl., 3rd Sess., No. 012 (May 4, 2010), online: <<http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Mode=1&Parl=40&Ses=3&DocId=4495456&Language=E>>.
- Canada. Parliament. Senate. *Proceedings of the Standing Senate Committee on Social Affairs, Science and Technology*, 37th Parl., 1st Sess., No. 29 (October 4, 2001), online: <[http://www.parl.gc.ca/Content/SEN/Committee/371/soci/29ev-e.htm?Language=E&Parl=37&Ses=1&comm\\_id=47](http://www.parl.gc.ca/Content/SEN/Committee/371/soci/29ev-e.htm?Language=E&Parl=37&Ses=1&comm_id=47)>.
- Canada. Parliament. Senate. *Proceedings of the Standing Senate Committee on Social Affairs, Science and Technology*, 40th Parl., 3rd Sess., No. 11 (June 22, 2010), online: <[http://www.parl.gc.ca/Content/SEN/Committee/403/soci/11cv-e.htm?Language=E&Parl=40&Ses=3&comm\\_id=47](http://www.parl.gc.ca/Content/SEN/Committee/403/soci/11cv-e.htm?Language=E&Parl=40&Ses=3&comm_id=47)>.

*et Immigration*), 2014 CF 1080, [2015] 3 R.C.F. 664; *Akuffo c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 1063; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Singh*, 2016 CAF 96, [2016] 4 R.C.F. 230.

## DOCTRINE CITÉE

- Atkinson, Ken. *The Refugee Appeal Division : Presentation to the Toronto Regional Consultative Committee*, 5 février 2014 [non publiée].
- Canada. Parlement. Chambre des communes. Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration. *Témoignages*, 37<sup>e</sup> lég., 1<sup>re</sup> sess., n<sup>o</sup> 5 (20 mars 2001), en ligne : <<http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Mode=1&Parl=37&Ses=1&DocId=1040609&Language=F>>.
- Canada. Parlement. Chambre des communes. Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration. *Témoignages*, 37<sup>e</sup> lég., 1<sup>re</sup> sess., n<sup>o</sup> 22 (8 mai 2001), en ligne : <<http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Mode=1&Parl=37&Ses=1&DocId=696136&Language=F>>.
- Canada. Parlement. Chambre des communes. Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration. *Témoignages*, 37<sup>e</sup> lég., 1<sup>re</sup> sess., n<sup>o</sup> 27 (17 mai 2001), en ligne : <<http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Mode=1&Parl=37&Ses=1&DocId=1040838&File=0&Language=F>>.
- Canada. Parlement. Chambre des communes. Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration. *Témoignages*, 40<sup>e</sup> lég., 3<sup>e</sup> sess., n<sup>o</sup> 012 (4 mai 2010), en ligne : <<http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Mode=1&Parl=40&Ses=3&DocId=4495456&Language=F>>.
- Canada. Parlement. *Débats de la Chambre des communes*, 39<sup>e</sup> lég., 1<sup>re</sup> sess., vol. 141, n<sup>o</sup> 122 (2 mars 2007).
- Canada. Parlement. *Débats de la Chambre des communes*, 40<sup>e</sup> lég., 3<sup>e</sup> sess., vol. 145, n<sup>o</sup> 033 (26 avril 2010).
- Canada. Parlement. *Débats de la Chambre des communes*, 41<sup>e</sup> lég., 1<sup>re</sup> sess., vol. 146, n<sup>o</sup> 090 (6 mars 2012).
- Canada. Parlement. *Débats de la Chambre des communes*, 41<sup>e</sup> lég., 1<sup>re</sup> sess., vol. 146, n<sup>o</sup> 094 (12 mars 2012).
- Canada. Parlement. Sénat. *Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires sociales, des sciences et de la technologie*, 37<sup>e</sup> lég., 1<sup>re</sup> sess., n<sup>o</sup> 29 (4 octobre 2001), en ligne : <[http://www.parl.gc.ca/Content/SEN/Committee/371/soci/29ev-f.htm?Language=E&Parl=37&Ses=1&comm\\_id=47](http://www.parl.gc.ca/Content/SEN/Committee/371/soci/29ev-f.htm?Language=E&Parl=37&Ses=1&comm_id=47)>.
- Canada. Parlement. Sénat. *Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires sociales, des sciences et de la technologie*, 40<sup>e</sup> lég., 3<sup>e</sup> sess., n<sup>o</sup> 11 (22 juin 2010), en ligne : <[http://www.parl.gc.ca/Content/SEN/Committee/403/soci/11cv-f.htm?Language=E&Parl=40&Ses=3&comm\\_id=47](http://www.parl.gc.ca/Content/SEN/Committee/403/soci/11cv-f.htm?Language=E&Parl=40&Ses=3&comm_id=47)>.

Daly, Paul. “*Les appels administratifs au Canada*” (2015), 93 *Can. Bar Rev.* 71.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

*Nouveau Petit Robert: Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. Paris: Dictionnaires Le Robert, 2006, “erroné”.

*Oxford English Dictionary*, 3d ed. Oxford University Press, “wrong”.

Thomas, Robert. *Administrative Justice and Asylum Appeals: A Study of Tribunal Adjudication*. Oxford: Hart Publishing, 2011.

United Nations High Commission for Refugees. *UNHCR Submission on Bill C-31: Protecting Canada’s Immigration System Act*, May 2012, online: <<http://www.unhcr.ca/newsroom/publications/>>.

Daly, Paul. « Les appels administratifs au Canada » (2015), 93 *R. du B. can.* 71.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2<sup>e</sup> éd. Toronto : Butterworths, 1983.

Haut-Commissariat des Nations Unies aux réfugiés. *Commentaires du HCR sur le projet de loi C-31 : Loi visant à protéger le système d’immigration au Canada*, mai 2012, en ligne : <<http://www.unhcr.ca/fr/download-app/publications/>>.

*Nouveau Petit Robert : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. Paris : Dictionnaires Le Robert, 2006, « erroné ».

*Oxford English Dictionary*, 3<sup>e</sup> éd. Oxford University Press, « wrong ».

Thomas, Robert. *Administrative Justice and Asylum Appeals : A Study of Tribunal Adjudication*. Oxford : Hart Publishing, 2011.

APPEAL from a decision of the Federal Court (2014 FC 799, [2014] 4 F.C.R. 811) allowing the respondents’ application for judicial review of a decision of the Refugee Appeal Division (*X (Re)*, 2013 CanLII 84910) of the Immigration and Refugee Board dismissing their appeal from a decision of the Refugee Protection Division rejecting their refugee claim. Appeal dismissed.

APPEL d’une décision de la Cour fédérale (2014 CF 799, [2014] 4 R.C.F. 811) qui a accueilli la demande de contrôle judiciaire des intimés de la décision de la Section d’appel des réfugiés (*X (Re)*, 2013 CanLII 84910) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié qui a rejeté leur appel interjeté à l’encontre de la décision de la Section de la protection des réfugiés de rejeter leur demande d’asile. Appel rejeté.

#### APPEARANCES

*Tamrat Gebeyehu, Nina Chandy and Amy King* for appellant.

*Cheryl Robinson* for respondents.

*Audrey Macklin and Anthony Navaneelan* for intervenors.

#### ONT COMPARU

*Tamrat Gebeyehu, Nina Chandy et Amy King* pour l’appellant.

*Cheryl Robinson* pour les intimés.

*Audrey Macklin et Anthony Navaneelan* pour les intervenants.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.

*Chantal Desloges Professional Corporation*, Toronto, for respondents.

*Audrey Macklin, LL.M., LL.B.*, Faculty of Law, University of Toronto, and *Mamann, Sandaluk & Kingwell LLP*, Toronto, for intervenors.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Le sous-procureur général du Canada* pour l’appellant.

*Chantal Desloges, société professionnelle*, Toronto, pour les intimés.

*Audrey Macklin, LL.M., LL.B.*, faculté de droit, Université de Toronto, et *Mamann, Sandaluk & Kingwell LLP*, Toronto, pour les intervenants.

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

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



[1] GAUTHIER J.A.: The Minister of Citizenship and Immigration (the appellant or the Minister) appeals from the decision of Justice Michael L. Phelan of the Federal Court allowing the three respondents' application for judicial review: 2014 FC 799, [2014] 4 F.C.R. 811. In their application, the respondents were contesting the validity of the decision of the Refugee Appeal Division (RAD) of the Immigration and Refugee Board (I.R.B.) [*X (Re)*, 2013 CanLII 84910], which dismissed their appeal from the Refugee Protection Division (RPD).

[2] Pursuant to paragraph 74(d) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA or the Act), the Judge certified the following question:

What is the scope of the Refugee Appeal Division's review when considering an appeal of a decision of the Refugee Protection Division?

[3] The respondents, who are citizens of Kosovo and Muslim, claim that their lives were threatened by an Islamic extremist group, the Wahhabis, and that the local police were unresponsive to their requests for help. The RPD rejected their claim on the basis that, among other things, they had not satisfied their burden of providing clear and convincing evidence to rebut the presumption that state protection would be forthcoming to them in Kosovo. The Canadian Association of Refugee Lawyers and the Canadian Council for Refugees were granted intervenor status to support the respondents' position.

[4] For the reasons that follow, I would dismiss the appeal.

### I. Background

[5] Mr. Bujar Huruglica is married to Ms. Hanife Huruglica. Sadije Ramadanani is Ms. Huruglica's mother. As mentioned, the respondents are all citizens of Kosovo and Muslim. Following Mr. Huruglica's and

[1] LA JUGE GAUTHIER, J.C.A. : Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (l'appelant ou le ministre) interjette appel de la décision du juge Michael L. Phelan de la Cour fédérale qui a accueilli la demande de contrôle judiciaire des trois intimés : 2014 CF 799, [2014] 4 R.C.F. 811. Par leur demande, les intimés ont contesté la validité de la décision de la Section d'appel des réfugiés (la SAR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la C.I.S.R.) [*X (Re)*, 2013 CanLII 84910], qui a rejeté leur appel interjeté à l'encontre de la décision de la Section de la protection des réfugiés (la SPR).

[2] Conformément à l'alinéa 74d) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR ou la Loi), le juge a certifié la question suivante :

Quelle est la portée de l'examen de la Section d'appel des réfugiés lors d'un appel d'une décision de la Section de la protection des réfugiés?

[3] Les intimés, qui sont citoyens du Kosovo et musulmans, soutiennent que leur vie a été menacée par un groupe extrémiste islamique, les wahhabites, et que la police locale avait été insensible à leurs demandes d'aide. La SPR a rejeté leur demande au motif que, entre autres, ils ne s'étaient pas acquittés de leur fardeau de produire des preuves claires et convaincantes pour réfuter la présomption selon laquelle ils pourraient se prévaloir de la protection de l'État au Kosovo. L'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés, et le Conseil canadien pour les réfugiés se sont vu accorder la qualité d'intervenant afin d'appuyer la position des intimés.

[4] Par les motifs exposés ci-dessous, je rejetterais l'appel.

### I. Faits et procédures

[5] M. Bujar Huruglica est marié à M<sup>me</sup> Hanife Huruglica. Sadije Ramadanani est la mère de M<sup>me</sup> Huruglica. Comme nous l'avons signalé, les intimés sont tous citoyens du Kosovo et musulmans. Suivant l'embauche

Ms. Ramadani's employment by U.S. government contractors, they and their families were allegedly threatened in Kosovo by Islamic extremists. They testified that the Kosovar police were not responsive to their concerns and that their attempts to complain about the threats they received were not taken seriously. The respondents fled Kosovo in January 2013. They traveled through the U.S., where they stayed on a visitor's visa, and subsequently entered Canada, where they made their refugee claims in March 2013.

[6] Although the respondents testified in a straightforward manner, and the RPD did not note any significant inconsistencies or omissions in their testimony, the RPD rejected their claims on the basis that the respondents' failure to make asylum claims while in the U.S. diminished the credibility that they had subjective fear. The country conditions documentary evidence before the RPD was found not to support the respondents' allegation that they could not get adequate state protection in Kosovo. The RPD also noted that this documentation did not support the presence and power of Islamic extremists in Kosovo. As such, there was no persuasive evidence to establish that extremist Wahhabis—or any other extremists—had any significant influence over the police or other state institutions in Kosovo.

[7] Before the RAD, the respondents did not submit new evidence or seek an oral hearing. The respondents argued that the RPD's credibility assessment was flawed, in that the RPD had failed to consider their explanation for not seeking protection in the U.S., and that it had ignored objective evidence of Islamic extremism in Kosovo. They further submitted that the RPD's state protection analysis was deficient, as it ignored evidence of widespread corruption at all levels of government and of police inadequacy and misconduct.

de M. Huruglica et de M<sup>me</sup> Ramadani par des entrepreneurs retenus par le gouvernement américain, ils auraient été, eux et les membres de leur famille, menacés par des extrémistes islamiques au Kosovo. Ils ont témoigné que les policiers kosovars n'avaient pas été attentifs à leurs préoccupations et que leurs tentatives de se plaindre des menaces qu'ils avaient reçues n'avaient pas été prises au sérieux. Les intimés ont fui le Kosovo en janvier 2013. Ils se sont rendus aux États-Unis, où ils ont séjourné grâce à un visa de visiteur, et ils sont par la suite entrés au Canada, où ils ont présenté leurs demandes d'asile en mars 2013.

[6] Bien que les intimés aient témoigné avec franchise, et que la SPR n'ait pas relevé d'importantes incohérences ou des omissions dans leur témoignage, la SPR a rejeté leurs demandes au motif que le défaut des intimés d'avoir présenté des demandes d'asile alors qu'ils se trouvaient aux États-Unis avait diminué leur crédibilité quant à leur crainte subjective. Il a été conclu que la preuve documentaire devant la SPR concernant la situation du pays en cause n'allait pas dans le sens de l'allégation des intimés portant qu'ils ne pouvaient pas se prévaloir d'une protection de l'État adéquate au Kosovo. La SPR a également noté que cette preuve documentaire n'établissait pas la présence et la puissance des extrémistes islamiques au Kosovo. À ce titre, il n'y avait pas d'éléments de preuve convaincants dont il ressortait que les wahhabites — ou autres extrémistes — avaient exercé une influence importante sur la police ou d'autres institutions de l'État au Kosovo.

[7] Devant la SAR, les intimés n'ont pas présenté de nouveaux éléments de preuve ou demandé une audience. Les intimés ont soutenu que l'appréciation de la SPR quant à la crédibilité était erronée, en ce sens que la SPR avait omis de tenir compte de leur explication justifiant pourquoi ils n'avaient pas demandé l'asile aux États-Unis et qu'elle avait omis de tenir compte des éléments de preuve objectifs relatifs à la manifestation d'un extrémisme islamique au Kosovo. Ils ont fait valoir en outre que l'analyse de la SPR sur la protection de l'État était également déficiente, puisqu'elle ne tenait pas compte de la preuve d'une corruption répandue dans tous les ordres de gouvernement, ni de l'inconduite et du caractère inadéquat de la police.

[8] The RAD indicated that there was no need to deal with the alleged error in the assessment of the respondents' credibility, since in its view, the decision of the RPD in respect of state protection was reasonably open to the RPD and was sufficient to dismiss the respondents' claims.

[9] To reach its conclusion, the RAD determined the standard of review that applied to the appeal from the RPD's decision. The respondents had made no submissions in that respect.

[10] The RAD used the framework developed in *Newton v. Criminal Trial Lawyers' Association*, 2010 ABCA 399 (CanLII), 493 A.R. 89 (*Newton*) in its standard of review analysis. It found that the so-called *Newton* factors were better suited to the task than those set out in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), given that the RAD is an administrative appeal body rather than a reviewing court. The *Newton* factors are the following [at paragraph 43]:

- (a) the respective roles of the tribunal of first instance and the appellate tribunal, as determined by interpreting the enabling legislation;
- (b) the nature of the question in issue;
- (c) the interpretation of the statute as a whole;
- (d) the expertise and advantageous position of the tribunal of first instance, compared to that of the appellate tribunal;
- (e) the need to limit the number, length and cost of appeals;
- (f) preserving the economy and integrity of the proceedings in the tribunal of first instance; and
- (g) other factors that are relevant in the particular context.

[11] First, after a brief summary of some of the provisions dealing with the RPD and the RAD, the RAD concluded that (RAD reasons, at paragraph 13):

[8] La SAR a signalé qu'il n'était pas nécessaire de remédier à cette prétendue erreur dans l'évaluation de la crédibilité des intimés puisque, à son avis, il était raisonnablement loisible à la SPR de tirer une conclusion quant à la protection de l'État et cette conclusion était suffisante pour rejeter les thèses des intimés.

[9] Pour tirer sa conclusion, la SAR a déterminé la norme de contrôle qui s'appliquait à l'appel de la décision de la SPR. Les intimés n'avaient fait aucune observation à cet égard.

[10] La SAR a utilisé la grille consacrée par l'arrêt *Newton v. Criminal Trial Lawyers' Association*, 2010 ABCA 399 (CanLII), 493 A.R. 89 (*Newton*) dans son analyse de la norme de contrôle. Elle a conclu que ce qui est convenu d'appeler les critères de l'arrêt *Newton* étaient mieux adaptés à la situation que ceux consacrés par l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*) étant donné que la SAR est un organisme administratif d'appel plutôt qu'une cour de révision. Les critères de l'arrêt *Newton* sont les suivants [au paragraphe 43] :

[TRADUCTION]

- a) les rôles respectifs du tribunal de première instance et du tribunal d'appel, tels qu'ils ont été établis par suite de l'interprétation de la loi habilitante;
- b) la nature de la question à trancher;
- c) l'interprétation de la loi dans son ensemble;
- d) l'expertise et la position privilégiée du tribunal de première instance, par comparaison avec celles du tribunal d'appel;
- e) la nécessité de limiter le nombre, la durée et le coût des appels;
- f) la protection de l'économie et de l'intégrité de la procédure devant le tribunal de première instance;
- g) les autres facteurs qui sont pertinents dans le contexte particulier.

[11] Tout d'abord, après avoir fait un bref résumé de certaines des dispositions visant la SPR et la SAR, la SAR a conclu (motifs de la SAR, au paragraphe 13) :

... these respective roles suggest deference is owed to findings of fact, or findings of mixed fact and law, that can be traced back to evidence given at the RPD hearing. Where the RAD has new evidence before it, either through documents or from an oral hearing, less deference may be owed, as the RPD will not have considered this evidence.

[12] Second, the RAD noted that the issues before it were factual, and that these questions were generally reviewed on a deferential standard in both appellate courts and judicial review contexts: *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraph 89.

[13] Third, the RAD held that the purpose and provisions of the IRPA suggest that the RAD is empowered to bring finality to the refugee protection process, and that it may be entitled to show less deference to the RPD in order to do so. In particular, the RAD drew from paragraph 111(1)(b) and subsection 111(2), paragraph 171(c) and subsection 162(2) of the IRPA.

[14] Turning to the expertise and advantageous position of the RPD versus that of the RAD, the RAD underlined that the RPD always has the advantage of seeing and questioning refugee claimants, while the RAD will unfrequently have this opportunity. This “suggests that the RAD show deference to the RPD on findings of fact and particularly in respect to credibility, other than in situations where the RAD holds an oral hearing and therefore has opportunity to consider evidence first hand” [footnote omitted]: RAD reasons, at paragraph 20.

[15] The last factor considered by the RAD was the need to limit the number, length and cost of appeals and preserve the economy and integrity of RPD proceedings. This, in the RAD’s view, was the factor that outweighed the others and suggested a deferential approach to questions of fact, especially when added to the fact that the RPD has the advantage of hearing witnesses. In this respect, the RAD adopted the Alberta Court of Appeal’s

[...] ces rôles respectifs laissent entendre qu’il faut faire preuve de déférence à l’égard des conclusions de fait ou des conclusions mixtes de fait et de droit qui peuvent découler des éléments de preuve présentés à l’audience devant la SPR. Lorsque la SAR est saisie de nouveaux éléments de preuve, présentés sous forme de documents ou de témoignages dans le cadre d’une audience, elle peut démontrer une déférence moindre puisque la SPR n’aura pas examiné ces éléments de preuve.

[12] Deuxièmement, la SAR a relevé que les questions dont elle était saisie concernaient les faits, et que ces questions étaient généralement examinées selon la norme de contrôle empreinte de déférence, tant dans le cadre d’un appel que d’une procédure de contrôle judiciaire : *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, au paragraphe 89.

[13] Troisièmement, la SAR a conclu qu’il ressort de l’objet et des dispositions de la LIPR que la SAR a le pouvoir d’assurer le règlement définitif des demandes de protection des réfugiés et ainsi, avoir le droit de faire preuve de moins de déférence envers la SPR pour y arriver. En particulier, la SAR s’est inspirée du paragraphe 111(1) et du paragraphe 111(2), de l’alinéa 171c) et du paragraphe 162(2) de la LIPR.

[14] S’agissant de l’expertise et de la position privilégiée de la SPR par rapport à celle de la SAR, la SAR a rappelé que la SPR a toujours cet avantage de voir et d’interroger les demandeurs d’asile, tandis que la SAR a rarement cette possibilité. Cela « porte à croire que la SAR doit faire preuve de déférence en ce qui concerne les conclusions de fait de la SPR, particulièrement en ce qui concerne la crédibilité, lorsqu’elle ne tient pas d’audience et n’a pas la possibilité d’examiner elle-même les éléments de preuve » [note en bas de page omise] : motifs de la SAR, au paragraphe 20.

[15] Le dernier critère examiné par la SAR était la nécessité de limiter le nombre, la durée et le coût des appels et d’assurer la protection de l’économie et de l’intégrité de la procédure de la SPR. De l’avis de la SAR, c’est ce critère qui l’emportait sur les autres et il appelait une approche qui commandait la retenue en ce qui concerne les questions de fait, particulièrement lorsque, en outre, la SPR a l’avantage d’entendre les

conclusion in *Newton* “that it is ‘singularly inefficient’ for a first-level hearing to be repeated at the appellate tribunal”: RAD reasons, at paragraph 21. The RAD so held despite the fact that its interpretation of the legislation as a whole would lead to the conclusion that little or no deference was to be shown to the RPD findings: RAD reasons, at paragraph 22.

[16] Having so concluded, the RAD therefore determined that the appropriate standard of review in this appeal was that of reasonableness, as defined in *Dunsmuir and Newfoundland and Labrador Nurses’ Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708 (*Newfoundland Nurses*). The RAD did not consider other alternatives, including the standard of palpable and overriding error set out in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235 (*Housen*).

[17] In its decision on the merits of the appeal, the RAD closely examined the reasoning offered by the RPD, as well as the arguments presented by the respondents. The RAD noted that in addition to the objective evidence cited by the RPD, there was further objective evidence supporting the RPD’s conclusion on the adequacy of state protection. It noted that the objective evidence before the RPD was “mixed”, in that it set out deficiencies in the functioning of government institutions, but also reported on steps taken to improve the quality of law enforcement which had concrete results. This documentation also showed that the Kosovar population trusted its national police service and was largely satisfied with the police’s work.

[18] Having noted that local failures to provide effective policing do not amount to a lack of state protection unless such failures are situated by documentary evidence within a broader pattern of state inability or refusal to extend protection, the RAD reviewed the actual efforts made by the respondents with their local

témoins. À cet égard, la SAR a suivi la conclusion de la Cour d’appel de l’Alberta tirée dans l’arrêt *Newton* portant « qu’il est [TRADUCTION] “particulièrement inefficace” de répéter une audience de première instance au tribunal d’appel » : motifs de la SAR, au paragraphe 21. La SAR a conclu en ce sens malgré le fait que son interprétation de la Loi dans son ensemble mènerait à la conclusion qu’il fallait faire preuve de peu de déférence, voire aucune, à l’égard des conclusions de la SPR : motifs de la SAR, au paragraphe 22.

[16] Ayant tiré cette conclusion, la SAR a donc jugé que la norme de contrôle appropriée dans le présent appel était celle de la décision raisonnable, telle qu’elle est définie par la jurisprudence : *Dunsmuir et Newfoundland and Labrador Nurses’ Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708 (*Newfoundland Nurses*). La SAR n’a pas envisagé d’autres solutions, notamment la norme de l’erreur manifeste et dominante consacrée par l’arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235 (*Housen*).

[17] Dans sa décision sur le fond de l’appel, la SAR a examiné de près le raisonnement de la SPR, ainsi que l’argumentation des intimés. La SAR a noté qu’en plus de la preuve objective citée par la SPR, il y avait d’autres éléments de preuve objectifs qui appuient la conclusion de la SPR sur le caractère adéquat de la protection de l’État. Elle a fait observer que les éléments de preuve objectifs dont disposait la SPR allaient dans plusieurs sens, en ce qu’ils exposaient des lacunes dans le fonctionnement des institutions gouvernementales, mais qu’il en ressortait également que le gouvernement avait pris des mesures en vue d’améliorer la qualité de l’application de la loi et que les mesures prises avaient donné des résultats concrets. Cette preuve documentaire révélait également que la population kosovare faisait confiance au service de police national et était largement satisfaite du travail qu’il accomplit.

[18] Ayant noté que les omissions à l’échelle locale de maintenir l’ordre d’une façon efficace n’équivalaient pas à l’absence de protection étatique, à moins qu’il ne ressorte de la preuve documentaire une tendance plus générale de l’État à être incapable ou à refuser d’offrir sa protection, la SAR a examiné les efforts réels déployés

police and concluded that it was not unreasonable for the RPD to expect the respondents to do more than make an initial approach like they had done.

[19] In his reasons for granting the application for judicial review, the Judge held that the RAD's conclusion as to its role on appeal was reviewable on the standard of correctness. He justified this choice based on the fact that this question of law is one of general interest to the legal system as a whole that had particular significance outside the refugee law context. He noted that "[s]etting the standard of review is a legitimate aspect of the superior court's supervisory role", and that both the Alberta Court of Appeal and the Nova Scotia Court of Appeal applied the standard of correctness to review a similar issue: *Newton* [at paragraph 39]; *Halifax (Regional Municipality) v. United Gulf Developments Ltd.*, 2009 NSCA 78, 280 N.S.R. (2d) 350 (*United Gulf*). The Judge also mentioned that determining its standard of review fell outside the scope of the RAD's expertise and experience, even if it involved the interpretation of the IRPA, the RAD's home statute. For these reasons, the Judge distinguished the case before him from that of *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654.

[20] The Judge then held that the RAD had erred in applying the standard of reasonableness to its review of the RPD decision. He noted that this standard was adopted to recognize the division of powers between the executive and the judiciary, a concept that is of "lesser importance and applicability" in this case, which involves an administrative appeal body: Federal Court reasons, at paragraph 43. In the Judge's view, the relationship between the RAD and the RPD "is more akin to that between a trial court and an appellate court but further influenced by the much greater remedial powers given to the appellate tribunal": Federal Court reasons, at paragraph 44.

par les intimés auprès de la police locale et a conclu qu'il n'était pas déraisonnable pour la SPR d'opiner que les intimés auraient dû faire davantage que s'adresser une seule fois à la police comme ils l'ont fait.

[19] Par ses motifs accueillant la demande de contrôle judiciaire, le juge a décidé que la conclusion de la SAR quant à son rôle en appel était susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte. Il a justifié ce choix en se fondant sur le fait que cette question de droit en est une d'intérêt général pour le système juridique dans son ensemble et qui était d'une importance particulière, allant au-delà du droit des réfugiés. Il a noté que [TRADUCTION] « [l']établissement de la norme de contrôle est un aspect légitime du rôle de supervision de la cour supérieure », et que tant la Cour d'appel de l'Alberta que la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse ont suivi la norme de la décision correcte pour examiner une question similaire : *Newton* [au paragraphe 39]; *Halifax (Regional Municipality) v. United Gulf Developments Ltd.*, 2009 NSCA 78, 280 N.S.R. (2d) 350 (*United Gulf*). Le juge a également signalé que la détermination de la norme de contrôle déborde du cadre des compétences spécialisées et de l'expérience de la SAR, même si elle dépend de l'interprétation de la LIPR, la loi constitutive de la SAR. Par ces motifs, le juge a opéré une distinction entre les faits de l'affaire dont il était saisi et ceux de l'affaire *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654.

[20] Le juge a ensuite conclu que la SAR a commis une erreur lorsqu'elle a examiné la décision de la SPR selon la norme de la décision raisonnable. Il a fait observer que cette norme a été retenue afin que soit respectée la séparation des pouvoirs entre l'exécutif et le judiciaire, un concept qui est « d'une importance et d'une applicabilité moindres » en l'espèce, qui implique un organisme administratif d'appel : motifs de la Cour fédérale, au paragraphe 43. De l'avis du juge, la relation entre la SAR et la SPR « s'apparente davantage à celle entre un tribunal de première instance et un tribunal d'appel, mais elle est influencée en outre par les pouvoirs réparateurs beaucoup plus vastes conférés au tribunal d'appel » : motifs de la Cour fédérale, au paragraphe 44.

[21] The Judge held that it may be appropriate to give deference to the RPD's findings of fact when they turn on a witness' credibility, but that this was not the case in the application before him. In respect of country conditions documentary evidence, the Judge found that the RAD had equal or greater expertise than the RPD.

[22] Having reviewed the relevant legislation and its purpose, and having compared the role of the RAD to that of the Immigration Appeal Division (IAD), the Judge concluded as follows (at paragraphs 54 and 55):

Having concluded that the RAD erred in reviewing the RPD's decision on the standard of reasonableness, I have further concluded that for the reasons above, the RAD is required to conduct a hybrid appeal. It must review all aspects of the RPD's decision and come to an independent assessment of whether the claimant is a Convention refugee or a person in need of protection. Where its assessment departs from that of the RPD, the RAD must substitute its own decision.

In conducting its assessment, it can recognize and respect the conclusion of the RPD on such issues as credibility and/or where the RPD enjoys a particular advantage in reaching such a conclusion but it is not restricted, as an appellate court is, to intervening on facts only where there is a "palpable and overriding error".

## II. Issues

[23] The questions to be determined are:

- (a) What is the standard of review to be applied by this Court, particularly in respect of the certified question?
- (b) What was the proper standard of review to be applied by the Judge to the issue before him?
- (c) Did the Judge properly apply this standard, that is, did the RAD make a reviewable error in defining

[21] Le juge a conclu qu'il pouvait être judicieux de faire preuve de retenue à l'égard d'une décision de la SPR lorsque celle-ci porte sur la crédibilité d'un témoin, mais tel n'était pas le cas en ce qui concerne la demande dont il était saisi. Pour ce qui est des éléments de preuve documentaire concernant la situation du pays en cause, le juge a conclu que la SAR était aussi compétente que la SPR, sinon plus.

[22] Après avoir examiné la législation pertinente et son objet, et après avoir comparé le rôle de la SAR avec celui de la Section d'appel de l'immigration (SAI), le juge a conclu comme suit (aux paragraphes 54 et 55) :

Après avoir conclu que la SAR avait commis une erreur en examinant la décision de la SPR selon la norme de la raisonabilité, j'ai conclu en outre que, pour les motifs qui précèdent, la SAR doit instruire l'affaire comme une procédure d'appel hybride. Elle doit examiner tous les aspects de la décision de la SPR et en arriver à sa propre conclusion quant à savoir si le demandeur d'asile a qualité de réfugié au sens de la Convention ou qualité de personne à protéger. Lorsque ses conclusions diffèrent de celles de la SPR, la SAR doit y substituer sa propre décision.

Lorsque la SAR effectue son examen, elle peut reconnaître et respecter la conclusion de la SPR sur des questions comme la crédibilité et/ou lorsque la SPR jouit d'un avantage particulier pour tirer une conclusion, mais elle ne doit pas se borner, comme doit le faire une cour d'appel, à intervenir sur les faits uniquement lorsqu'il y a une « erreur manifeste et dominante ».

## II. Questions en litige

[23] Les questions à trancher sont les suivantes :

- a) Quelle est la norme de contrôle que doit appliquer notre Cour, notamment en ce qui concerne la question certifiée?
- b) Quelle norme de contrôle le juge devait-il appliquer en ce qui concerne la question qu'il devait trancher?
- c) Le juge a-t-il correctement appliqué cette norme, c'est-à-dire, la SAR a-t-elle commis une erreur

the “scope of [its] review when considering an appeal of a decision of the RPD”? I note that this issue is narrower than the question certified by the Judge, as the RAD’s assessment in the present case did not involve a question of law, nor raise an issue relating to the credibility of oral evidence heard by the RPD.

[24] With respect to the certified question, which is set out at paragraph 2, I will simply answer the question that is determinative of this appeal, for this is the only question that should have been properly certified under paragraph 74(d) of the IRPA.

### III. Legislation

[25] The most relevant provisions of the IRPA are reproduced here, while other provisions referred to in these reasons are included in Appendix A:

#### Objectives and Application

#### 3 ...

#### Objectives — refugees

(2) The objectives of this Act with respect to refugees are

(a) to recognize that the refugee program is in the first instance about saving lives and offering protection to the displaced and persecuted;

(b) to fulfil Canada’s international legal obligations with respect to refugees and affirm Canada’s commitment to international efforts to provide assistance to those in need of resettlement;

(c) to grant, as a fundamental expression of Canada’s humanitarian ideals, fair consideration to those who come to Canada claiming persecution;

(d) to offer safe haven to persons with a well-founded fear of persecution based on race, religion, nationality, political opinion or membership in a particular social group, as well as those at risk of torture or cruel and unusual treatment or punishment;

susceptible de contrôle lorsqu’elle a défini la « portée de [son] examen lorsqu’elle examine un appel d’une décision de la SPR »? Je note que cette question est plus circonscrite que la question certifiée par le juge, étant donné que l’examen de la SAR en l’espèce ne portait ni sur une question de droit, ni sur une question relative à la crédibilité des témoignages entendus par la SPR.

[24] En ce qui a trait à la question certifiée, qui est énoncée au paragraphe 2, je répondrai simplement à la question qui est déterminante dans le présent appel, car c’est la seule question qui aurait dû être dûment certifiée en vertu de l’alinéa 74d) de la LIPR.

### III. Textes législatifs

[25] Les dispositions les plus pertinentes de la LIPR sont reproduites ici, tandis que d’autres dispositions citées dans les présents motifs figurent à l’annexe A :

#### Objet de la loi

#### 3 [...]

#### Objet relatif aux réfugiés

(2) S’agissant des réfugiés, la présente loi a pour objet :

a) de reconnaître que le programme pour les réfugiés vise avant tout à sauver des vies et à protéger les personnes de la persécution;

b) de remplir les obligations en droit international du Canada relatives aux réfugiés et aux personnes déplacées et d’affirmer la volonté du Canada de participer aux efforts de la communauté internationale pour venir en aide aux personnes qui doivent se réinstaller;

c) de faire bénéficier ceux qui fuient la persécution d’une procédure équitable reflétant les idéaux humanitaires du Canada;

d) d’offrir l’asile à ceux qui craignent avec raison d’être persécutés du fait de leur race, leur religion, leur nationalité, leurs opinions politiques, leur appartenance à un groupe social en particulier, ainsi qu’à ceux qui risquent la torture ou des traitements ou peines cruels et inusités;



**(e)** to establish fair and efficient procedures that will maintain the integrity of the Canadian refugee protection system, while upholding Canada's respect for the human rights and fundamental freedoms of all human beings;

**(f)** to support the self-sufficiency and the social and economic well-being of refugees by facilitating reunification with their family members in Canada;

**(g)** to protect the health and safety of Canadians and to maintain the security of Canadian society; and

**(h)** to promote international justice and security by denying access to Canadian territory to persons, including refugee claimants, who are security risks or serious criminals.

#### Appeal to Refugee Appeal Division

##### Appeal

**110 (1)** Subject to subsections (1.1) and (2), a person or the Minister may appeal, in accordance with the rules of the Board, on a question of law, of fact or of mixed law and fact, to the Refugee Appeal Division against a decision of the Refugee Protection Division to allow or reject the person's claim for refugee protection.

...

##### Restriction on appeals

**(2)** No appeal may be made in respect of any of the following:

**(a)** a decision of the Refugee Protection Division allowing or rejecting the claim for refugee protection of a designated foreign national;

**(b)** a determination that a refugee protection claim has been withdrawn or abandoned;

**(c)** a decision of the Refugee Protection Division rejecting a claim for refugee protection that states that the claim has no credible basis or is manifestly unfounded;

**(d)** subject to the regulations, a decision of the Refugee Protection Division in respect of a claim for refugee protection if

**e)** de mettre en place une procédure équitable et efficace qui soit respectueuse, d'une part, de l'intégrité du processus canadien d'asile et, d'autre part, des droits et des libertés fondamentales reconnus à tout être humain;

**f)** d'encourager l'autonomie et le bien-être socioéconomique des réfugiés en facilitant la réunification de leurs familles au Canada;

**g)** de protéger la santé des Canadiens et de garantir leur sécurité;

**h)** de promouvoir, à l'échelle internationale, la sécurité et la justice par l'interdiction du territoire aux personnes et demandeurs d'asile qui sont de grands criminels ou constituent un danger pour la sécurité.

#### Appel devant la Section d'appel des réfugiés

##### Appel

**110 (1)** Sous réserve des paragraphes (1.1) et (2), la personne en cause et le ministre peuvent, conformément aux règles de la Commission, porter en appel — relativement à une question de droit, de fait ou mixte — auprès de la Section d'appel des réfugiés la décision de la Section de la protection des réfugiés accordant ou rejetant la demande d'asile.

[...]

##### Restriction

**(2)** Ne sont pas susceptibles d'appel :

**a)** la décision de la Section de la protection des réfugiés accordant ou rejetant la demande d'asile d'un étranger désigné;

**b)** le prononcé de désistement ou de retrait de la demande d'asile;

**c)** la décision de la Section de la protection des réfugiés rejetant la demande d'asile en faisant état de l'absence de minimum de fondement de la demande d'asile ou du fait que celle-ci est manifestement infondée;

**d)** sous réserve des règlements, la décision de la Section de la protection des réfugiés ayant trait à la demande d'asile qui, à la fois :

(i) the foreign national who makes the claim came directly or indirectly to Canada from a country that is, on the day on which their claim is made, designated by regulations made under subsection 102(1) and that is a party to an agreement referred to in paragraph 102(2)(d), and

(ii) the claim — by virtue of regulations made under paragraph 102(1)(c) — is not ineligible under paragraph 101(1)(e) to be referred to the Refugee Protection Division;

(d.1) a decision of the Refugee Protection Division allowing or rejecting a claim for refugee protection made by a foreign national who is a national of a country that was, on the day on which the decision was made, a country designated under subsection 109.1(1);

(e) a decision of the Refugee Protection Division allowing or rejecting an application by the Minister for a determination that refugee protection has ceased;

(f) a decision of the Refugee Protection Division allowing or rejecting an application by the Minister to vacate a decision to allow a claim for refugee protection.

...

#### Procedure

**(3)** Subject to subsections (3.1), (4) and (6), the Refugee Appeal Division must proceed without a hearing, on the basis of the record of the proceedings of the Refugee Protection Division, and may accept documentary evidence and written submissions from the Minister and the person who is the subject of the appeal and, in the case of a matter that is conducted before a panel of three members, written submissions from a representative or agent of the United Nations High Commissioner for Refugees and any other person described in the rules of the Board.

#### Time limits

**(3.1)** Unless a hearing is held under subsection (6), the Refugee Appeal Division must make a decision within the time limits set out in the regulations.

#### Evidence that may be presented

**(4)** On appeal, the person who is the subject of the appeal may present only evidence that arose after the rejection of their claim or that was not reasonably available, or that the person could not reasonably have been expected in

(i) est faite par un étranger arrivé, directement ou indirectement, d'un pays qui est — au moment de la demande — désigné par règlement pris en vertu du paragraphe 102(1) et partie à un accord visé à l'alinéa 102(2)d),

(ii) n'est pas irrecevable au titre de l'alinéa 101(1)e) par application des règlements pris au titre de l'alinéa 102(1)c);

**d.1)** la décision de la Section de la protection des réfugiés accordant ou rejetant la demande d'asile du ressortissant d'un pays qui faisait l'objet de la désignation visée au paragraphe 109.1(1) à la date de la décision;

**e)** la décision de la Section de la protection des réfugiés accordant ou rejetant la demande du ministre visant la perte de l'asile;

**f)** la décision de la Section de la protection des réfugiés accordant ou rejetant la demande du ministre visant l'annulation d'une décision ayant accueilli la demande d'asile.

[...]

#### Fonctionnement

**(3)** Sous réserve des paragraphes (3.1), (4) et (6), la section procède sans tenir d'audience en se fondant sur le dossier de la Section de la protection des réfugiés, mais peut recevoir des éléments de preuve documentaire et des observations écrites du ministre et de la personne en cause ainsi que, s'agissant d'une affaire tenue devant un tribunal constitué de trois commissaires, des observations écrites du représentant ou mandataire du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés et de toute autre personne visée par les règles de la Commission.

#### Délais

**(3.1)** Sauf si elle tient une audience au titre du paragraphe (6), la section rend sa décision dans les délais prévus par les règlements.

#### Éléments de preuve admissibles

**(4)** Dans le cadre de l'appel, la personne en cause ne peut présenter que des éléments de preuve survenus depuis le rejet de sa demande ou qui n'étaient alors pas normalement accessibles ou, s'ils l'étaient, qu'elle n'aurait pas

the circumstances to have presented, at the time of the rejection.

#### Exception

(5) Subsection (4) does not apply in respect of evidence that is presented in response to evidence presented by the Minister.

#### Hearing

(6) The Refugee Appeal Division may hold a hearing if, in its opinion, there is documentary evidence referred to in subsection (3)

(a) that raises a serious issue with respect to the credibility of the person who is the subject of the appeal;

(b) that is central to the decision with respect to the refugee protection claim; and

(c) that, if accepted, would justify allowing or rejecting the refugee protection claim.

#### Decision

**111 (1)** After considering the appeal, the Refugee Appeal Division shall make one of the following decisions:

(a) confirm the determination of the Refugee Protection Division;

(b) set aside the determination and substitute a determination that, in its opinion, should have been made;  
or

(c) refer the matter to the Refugee Protection Division for re-determination, giving the directions to the Refugee Protection Division that it considers appropriate.

**(1.1)** [Repealed, 2012, c. 17, s. 37]

#### Referrals

(2) The Refugee Appeal Division may make the referral described in paragraph (1)(c) only if it is of the opinion that

(a) the decision of the Refugee Protection Division is wrong in law, in fact or in mixed law and fact; and

(b) it cannot make a decision under paragraph 111(1)(a) or (b) without hearing evidence that was presented to the Refugee Protection Division.

normalement présentés, dans les circonstances, au moment du rejet.

#### Exception

(5) Le paragraphe (4) ne s'applique pas aux éléments de preuve présentés par la personne en cause en réponse à ceux qui ont été présentés par le ministre.

#### Audience

(6) La section peut tenir une audience si elle estime qu'il existe des éléments de preuve documentaire visés au paragraphe (3) qui, à la fois :

a) soulèvent une question importante en ce qui concerne la crédibilité de la personne en cause;

b) sont essentiels pour la prise de la décision relative à la demande d'asile;

c) à supposer qu'ils soient admis, justifieraient que la demande d'asile soit accordée ou refusée, selon le cas.

#### Décision

**111 (1)** La Section d'appel des réfugiés confirme la décision attaquée, casse la décision et y substitue la décision qui aurait dû être rendue ou renvoie, conformément à ses instructions, l'affaire à la Section de la protection des réfugiés.

**(1.1)** [Abrogé, 2012, ch. 17, art. 37]

#### Renvoi

(2) Elle ne peut procéder au renvoi que si elle estime, à la fois :

a) que la décision attaquée de la Section de la protection des réfugiés est erronée en droit, en fait ou en droit et en fait;

b) qu'elle ne peut confirmer la décision attaquée ou casser la décision et y substituer la décision qui aurait dû être rendue sans tenir une nouvelle audience en vue

<p style="text-align: center;">...</p> <p>Provisions that Apply to All Divisions</p> <p><b>Sole and exclusive jurisdiction</b></p> <p><b>162 (1)</b> Each Division of the Board has, in respect of proceedings brought before it under this Act, sole and exclusive jurisdiction to hear and determine all questions of law and fact, including questions of jurisdiction.</p> <p><b>Procedure</b></p> <p>(2) Each Division shall deal with all proceedings before it as informally and quickly as the circumstances and the considerations of fairness and natural justice permit.</p> <p style="text-align: center;">...</p> <p>Refugee Appeal Division</p> <p><b>Proceedings</b></p> <p><b>171</b> In the case of a proceeding of the Refugee Appeal Division,</p> <p>(a) the Division must give notice of any hearing to the Minister and to the person who is the subject of the appeal;</p> <p>(a.1) <u>subject to subsection 110(4), if a hearing is held, the Division must give the person who is the subject of the appeal and the Minister the opportunity to present evidence, question witnesses and make submissions;</u></p> <p>(a.2) the Division is not bound by any legal or technical rules of evidence;</p> <p>(a.3) the Division may receive and base a decision on evidence that is adduced in the proceedings and considered credible or trustworthy in the circumstances;</p> <p>(a.4) the Minister may, at any time before the Division makes a decision, after giving notice to the Division and to the person who is the subject of the appeal, intervene in the appeal;</p> <p>(a.5) the Minister may, at any time before the Division makes a decision, submit documentary evidence and make written submissions in support of the Minister's appeal or intervention in the appeal;</p>	<p style="text-align: center;">[...]</p> <p>Attributions communes</p> <p><b>Compétence exclusive</b></p> <p><b>162 (1)</b> Chacune des sections a compétence exclusive pour connaître des questions de droit et de fait — y compris en matière de compétence — dans le cadre des affaires dont elle est saisie.</p> <p><b>Fonctionnement</b></p> <p>(2) Chacune des sections fonctionne, dans la mesure où les circonstances et les considérations d'équité et de justice naturelle le permettent, sans formalisme et avec célérité.</p> <p style="text-align: center;">[...]</p> <p>Section d'appel des réfugiés</p> <p><b>Procédure</b></p> <p><b>171</b> S'agissant de la Section d'appel des réfugiés :</p> <p>a) la section avise la personne en cause et le ministre de la tenue de toute audience;</p> <p>a.1) <u>sous réserve du paragraphe 110(4), elle donne à la personne en cause et au ministre la possibilité, dans le cadre de toute audience, de produire des éléments de preuve, d'interroger des témoins et de présenter des observations;</u></p> <p>a.2) elle n'est pas liée par les règles légales ou techniques de présentation de la preuve;</p> <p>a.3) elle peut recevoir les éléments de preuve qu'elle juge crédibles ou dignes de foi en l'occurrence et fonder sur eux sa décision;</p> <p>a.4) le ministre peut, en tout temps avant que la section ne rende sa décision, sur avis donné à celle-ci et à la personne en cause, intervenir dans l'appel;</p> <p>a.5) il peut, en tout temps avant que la section ne rende sa décision, produire des éléments de preuve documentaire et présenter des observations écrites à l'appui de son appel ou de son intervention dans l'appel;</p>
--	--

(b) the Division may take notice of any facts that may be judicially noticed and of any other generally recognized facts and any information or opinion that is within its specialized knowledge; and

(c) a decision of a panel of three members of the Refugee Appeal Division has, for the Refugee Protection Division and for a panel of one member of the Refugee Appeal Division, the same precedential value as a decision of an appeal court has for a trial court. [Emphasis added.]

#### IV. Analysis

A. *What is the standard of review to be applied by this Court, particularly in respect of the certified question?*

[26] When reviewing a decision of the Federal Court on a judicial review application, this Court must determine if the Judge chose the appropriate standard(s) of review for the issue(s) before him and if he applied it (them) correctly: *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559 (*Agraira*), at paragraphs 45–47. The latter involves “step[ping] into the shoes” of the Judge. This Court’s focus will thus be on the decision of the RAD.

[27] That said, the interveners particularly insisted that this Court should give the correct answer to questions that have been certified pursuant to paragraph 74(d) of the IRPA. In their written and oral submissions, they relied on this Court’s decision in *Kanhasamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FCA 113, [2015] 1 F.C.R. 335, at paragraphs 30–37. However, since then, the Supreme Court has reversed this decision: *Kanhasamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 909 (*Kanhasamy*). The Supreme Court confirmed that despite the fact that a certified question may well be of general importance to the refugee law system, it is not a type of question that falls within the exceptions to the application of the standard of reasonableness: *Kanhasamy*, at paragraph 44.

b) la section peut admettre d’office les faits admissibles en justice et les faits généralement reconnus et les renseignements ou opinions qui sont du ressort de sa spécialisation;

c) la décision du tribunal constitué de trois commissaires a la même valeur de précédent pour le tribunal constitué d’un commissaire unique et la Section de la protection des réfugiés que celle qu’une cour d’appel a pour une cour de première instance. [Je souligne.]

#### IV. Analyse

A. *Quelle est la norme de contrôle que doit appliquer notre Cour, notamment en ce qui concerne la question certifiée?*

[26] Lors de l’examen d’une décision de la Cour fédérale rendue dans le cadre d’une procédure de contrôle judiciaire, notre Cour doit rechercher si le juge a retenu la ou les norme(s) de contrôle appropriée(s) à l’égard de la ou des questions qu’il est appelé à trancher et s’il l’a ou les a appliquée(s) correctement : *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559 (*Agraira*), aux paragraphes 45 à 47. Selon cet examen, il faut « [se mettre] à la place » du juge. Notre Cour se penchera par conséquent sur la décision de la SAR.

[27] Cela dit, les intervenants ont notamment insisté sur le fait que la Cour doit donner la réponse correcte aux questions qui ont été certifiées conformément à l’alinéa 74d) de la LIPR. Dans leurs observations écrites et orales, ils se sont appuyés sur une décision de notre Cour : *Kanhasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CAF 113, [2015] 1 R.C.F. 335, aux paragraphes 30 à 37. Toutefois, depuis lors, la Cour suprême a infirmé cette décision : *Kanhasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909 (*Kanhasamy*). La Cour suprême a confirmé que, même si une question certifiée peut fort bien être d’importance générale pour le régime du droit des réfugiés, il ne s’agit pas du genre de question qui relève des exceptions à la norme de la décision raisonnable : *Kanhasamy*, au paragraphe 44.

[28] *Kanthisamy* will obviously have a tremendous impact, given that for many years, the Federal Court resorted to the certification process under paragraph 74(d) to settle divergent interpretations or disagreements on legal issues of general importance. This Court's providing the correct answer to certified questions appears to have been welcomed, particularly by the IAD and the RPD, who saw it as helpful in carrying out their functions.

[29] The legislator is obviously empowered to set the standard of review that it wants to see applied to questions certified pursuant to paragraph 74(d) of the IRPA. However, this must be done very clearly. Should the legislator wish to continue the system that was in place before *Kanthisamy*, it would be required to amend the IRPA and clarify its intention that certified questions be reviewed on a correctness standard.

B. *What was the proper standard of review to be applied by the Judge to the issue before him?*

[30] The appellant strongly argues that the Judge chose the wrong standard of review. The Judge's conclusion in that respect, as well as the precedents on which he relied (*Newton* and *United Gulf*), did not take into consideration all of the relevant Supreme Court of Canada decisions—especially those issued since 2011. Neither the Judge nor the other two provincial courts of appeal turned their mind to the presumption that reasonableness applies to all questions of law arising from the interpretation of an administrative body's home statute: see, for example, *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895 (*McLean*); *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160; and *Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135 (*CN v. Canada*). The Minister submits that the Judge misconstrued the limited exceptions where the standard of correctness may be applied. I agree with these submissions.

[28] L'arrêt *Kanthisamy* aura évidemment d'énormes répercussions, étant donné que pendant de nombreuses années, la Cour fédérale a eu recours à la procédure de certification en vertu de l'alinéa 74d) afin de résoudre les divergences d'interprétation ou les désaccords sur des questions de droit d'importance générale. Le fait que notre Cour a produit la réponse correcte aux questions certifiées semble avoir été bien accueilli, notamment par la SAI et la SPR, qui ont considéré cette pratique comme utile dans l'exécution de leur mission.

[29] Le législateur est manifestement habilité à définir la norme de contrôle qu'il souhaite voir appliquer aux questions certifiées conformément à l'alinéa 74d) de la LIPR. Toutefois, il lui faut faire preuve d'une grande clarté. Si le législateur souhaite maintenir le système qui était en vigueur avant l'arrêt *Kanthisamy*, il lui sera nécessaire de modifier le régime de la LIPR et de clarifier son intention selon laquelle les questions certifiées doivent être examinées selon la norme de la décision correcte.

B. *Quelle norme de contrôle le juge devait-il appliquer en ce qui concerne la question qu'il devait trancher?*

[30] L'appelant soutient avec vigueur que le juge a retenu la mauvaise norme de contrôle. La conclusion du juge à cet égard, ainsi que la jurisprudence sur laquelle il s'est appuyé (*Newton* et *United Gulf*), n'ont pas tenu compte de toute la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, notamment depuis 2011. Ni le juge, ni l'une ou l'autre des deux cours d'appel provinciales n'ont porté leur attention sur la présomption portant que la norme de la décision raisonnable s'applique à toutes les questions de droit découlant de l'interprétation de la loi constitutive d'un organisme administratif : voir, par exemple, *McLean c. Colombie-Britannique (Commission des valeurs mobilières)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895 (*McLean*); *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; et *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135 (*CN c. Canada*). Le ministre soutient que le juge a mal interprété les exceptions limitées à l'égard desquelles la norme de la décision correcte peut être appliquée. Je retiens cette thèse.

[31] With all due respect to the Judge and his colleagues in the Federal Court who have agreed with his selection of standard of review, I simply cannot conclude that a question of law involving the interpretation of an administrative body's home statute so as to determine its appellate role has any precedential value outside of the specific administrative regime in question: see, among others, *Alvarez v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 702; *Yetna v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 858, 463 F.T.R. 128; *Spasoja v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 913, 464 F.T.R. 160 (*Spasoja*); *Bahta v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 1245, 32 Imm. L.R. (4th) 173; *Sow v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 295, 472 F.T.R. 303; *Bellingy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 1252. In fact, this logically relates to the argument put forth by the respondents and the interveners that it is not useful to look at decisions regarding the role of administrative appeal bodies other than those created under the IRPA: see also the Federal Court reasons, at paragraph 53.

[32] Just as legal principles applicable to cost awards and to time limitations have been found to fall within the expertise of the administrative bodies involved in *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471, at paragraph 25 and *McLean*, at paragraph 21, defining the scope of its appellate function (or its standard of review) must be within the RAD's expertise.

[33] I cannot agree with the respondents' position that the issue before the Judge was a true jurisdictional question. The respondents framed the issue as involving the overlapping ability of both the RPD and the RAD to exercise their sole and exclusive jurisdictions in making findings of fact, law and mixed fact and law on the same set of evidence. However, the Supreme Court has warned against an expansive interpretation of what it deems to be "true questions of jurisdiction", as well as questions of overlapping or competing jurisdiction between two administrative bodies. In my view, there is no question here that falls under the scope of such exceptions. I agree with the position taken by other judges of the Federal Court, such as Justice Luc Martineau in *Djossou v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014

[31] En toute déférence pour le juge et ses collègues de la Cour fédérale qui ont avalisé la norme de contrôle qu'il a retenue, je ne peux tout simplement pas conclure qu'une question de droit touchant l'interprétation de la loi constitutive d'un organisme administratif déterminant son rôle en tant que juridiction d'appel fasse autorité au-delà du régime administratif particulier en question : voir, entre autres, *Alvarez c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 702; *Yetna c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 858; *Spasoja c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 913 (*Spasoja*); *Bahta c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 1245; *Sow c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 295; *Bellingy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 1252. En fait, cela a un lien logique avec la thèse avancée par les intimés et les intervenants portant qu'il n'est pas utile d'examiner la jurisprudence portant sur le rôle des organismes administratifs d'appel autres que ceux créés en vertu de la LIPR : voir aussi les motifs de la Cour fédérale, au paragraphe 53.

[32] Tout comme les principes de droit en matière d'attribution des dépens et des délais prescrits relèvent de l'expertise des organismes administratifs visés dans les décisions *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471, au paragraphe 25 et *McLean*, au paragraphe 21, la définition de la portée de sa fonction d'appel (ou sa norme de contrôle) doit relever de la compétence de la SAR.

[33] Je rejette la thèse des intimés selon laquelle la question que le juge devait trancher touchait véritablement à la compétence. Les intimés ont formulé la question de telle sorte qu'il y a capacité concurrente de la SPR et de la SAR à exercer leurs compétences uniques et exclusives pour tirer des conclusions de fait, de droit et des conclusions mixtes de fait et de droit sur les mêmes éléments de preuve. Toutefois, la Cour suprême a fait une mise en garde contre une interprétation large de ce qu'elle considère comme des « questions touchant véritablement à la compétence », ainsi que des questions de chevauchement de compétences ou de compétences concurrentes entre deux organismes administratifs. À mon avis, il n'y a pas de question en l'espèce qui relève du champ d'application de ces exceptions. J'approuve

FC 1080, [2015] 3 F.C.R. 664 (*Djossou*) and Justice Jocelyne Gagné in *Akuffo v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 1063, 86 Admin. L.R. (5th) 112, that this is not a question of true *vires*.

[34] Lastly, the Supreme Court made it clear in *Kanthisamy* that a question of general importance to the refugee law system does not fall under any of the other exceptions to the standard of reasonableness set out in *Dunsmuir*.

[35] I thus conclude that the Judge erred in his selection of the standard of review applicable to the case before him, and that the proper standard ought to be that of reasonableness.

*C. Did the RAD make a reviewable error in defining the scope of its review in this appeal from the RPD decision?*

[36] Before embarking on a statutory interpretation analysis, it is important to delineate what is in dispute before us from what is not.

[37] It is not disputed that the role of the RAD is not to review RPD decisions in the manner of a judicial review. All the parties agree that the process before the RAD is a “hybrid appeal”. The parties have also agreed that in respect of questions of law, the RAD should intervene if the RPD erred. That is, it must apply the correctness standard. In fact, and as explained below, one of the roles of the RAD is to develop a coherent national jurisprudence.

[38] What the parties disagree on is what a “hybrid appeal” means here, and what the RAD’s role is in respect of questions of fact and mixed fact and law.

la position retenue par d’autres juges de la Cour fédérale, comme le juge Luc Martineau dans l’affaire *Djossou c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 1080, [2015] 3 R.C.F. 664 (*Djossou*) et la juge Jocelyne Gagné dans l’affaire *Akuffo c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 1063, portant qu’il ne s’agit pas d’une question touchant véritablement la compétence.

[34] Enfin, la Cour suprême a précisé dans l’arrêt *Kanthisamy* qu’une question d’importance générale pour le régime du droit des réfugiés ne relève pas de l’une ou l’autre des exceptions à l’application de la norme de la décision raisonnable consacrées par l’arrêt *Dunsmuir*.

[35] Je conclus donc que le juge n’a pas retenu la norme de contrôle correcte dans l’affaire dont il était saisi, à savoir celle de la décision raisonnable.

*C. La SAR a-t-elle commis une erreur susceptible de contrôle lorsqu’elle a défini la portée de son examen dans le cadre du présent appel de la décision de la SPR?*

[36] Avant d’entreprendre l’interprétation des textes législatifs, il est important de délimiter ce qui est controversé devant nous de ce qui ne l’est pas.

[37] Il n’est pas controversé que le rôle de la SAR ne consiste pas à examiner les décisions de la SPR selon la procédure de contrôle judiciaire. Il n’est nullement controversé entre toutes les parties que le processus devant la SAR est une « procédure d’appel hybride ». Il n’est pas non plus controversé entre les parties qu’en ce qui concerne les questions de droit, la SAR ne doit intervenir que si la SPR a commis une erreur. Cela signifie qu’elle doit suivre la norme de la décision correcte. Autrement dit, et comme nous l’expliquons ci-dessous, un des rôles de la SAR est de développer une jurisprudence uniforme à l’échelle du pays.

[38] La controverse entre les parties porte sur le sens qu’il faut donner aux mots « procédure d’appel hybride » en l’espèce, et sur ce en quoi consiste le rôle de la SAR à l’égard des questions de fait et des questions mixtes de fait et de droit.



[39] According to the Minister, the Judge was wrong to the extent that his reasons can be interpreted as describing an appeal to the RAD as a *de novo* appeal. Indeed, the Minister submits that when the RAD does not hold a hearing and decides the issues raised by a claimant or the Minister on the basis of the record before the RPD (subsection 110(3) of the IRPA), the RAD is truly acting as an appellate court. Therefore, it should not carry out an independent assessment of the claim. Rather, the Minister says that the RAD should restrict its intervention to cases where the RPD made an unreasonable finding or, in the alternative, a palpable and overriding error: appellant's memorandum of fact and law (MFL), at paragraphs 78–81. The Minister argues that the reasoning of the Court in *Spasoja* and its conclusion as to the role of the RAD should be followed, because it preserves the integrity of the RPD process: appellant's MFL, at paragraph 30. The Minister does not dispute that less deference, if any, would be owed in the relatively rare cases where the RAD holds a hearing pursuant to subsection 110(6) of the IRPA (see paragraph 110(6)(c) in particular). It is in that sense only that the appeal is a hybrid appeal in the Minister's view.

[40] On the other hand, the respondents and the interveners support the Judge's findings at paragraphs 54 and 55 of his reasons. In fact, in their view, a finding of error should not be a pre-condition for all appellate intervention by the RAD: respondents' MFL, at paragraph 51.

[41] A few comments as to how I approached my task and what I consider necessary to include in my reasons are also warranted. In *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Tran*, 2015 FCA 237, [2016] 2 F.C.R. 459, at paragraph 45, I indicated that it is sometimes difficult to apply the standard of reasonableness to pure questions of statutory interpretation, and that further guidance from the Supreme Court would be welcomed as to the type of analysis that courts should perform in such cases.

[42] The parties referred to the conflicting approaches and conclusions reached by Federal Court Judges on

[39] Selon le ministre, le juge a fait erreur dans la mesure où ses motifs peuvent être interprétés comme qualifiant l'appel à la SAR de processus *de novo*. En effet, le ministre soutient que lorsque la SAR ne tient pas d'audience et se prononce sur les questions soulevées par le demandeur d'asile ou le ministre en se fondant sur le dossier de la SPR (paragraphe 110(3) de la LIPR), la SAR siège véritablement comme une cour d'appel. Par conséquent, elle ne doit pas procéder à l'examen indépendant de la demande. Le ministre dit plutôt que la SAR devrait limiter son intervention aux cas où la SPR a tiré une conclusion déraisonnable ou, à titre subsidiaire, a commis une erreur manifeste et dominante : mémoire des faits et du droit (MFD) de l'appelant, aux paragraphes 78 à 81. Le ministre soutient que le raisonnement dans l'arrêt *Spasoja* et sa conclusion quant au rôle de la SAR doivent être suivis, car ils préservent l'intégrité du processus de la SPR : MFD de l'appelant, au paragraphe 30. Le ministre ne nie pas qu'il faille faire preuve d'un degré de déférence moins élevé, le cas échéant, dans les cas relativement rares où la SAR tient une audience en vertu du paragraphe 110(6) de la LIPR (voir en particulier l'alinéa 110(6)c)). C'est dans ce sens seulement que l'appel constitue, de l'avis du ministre, une procédure d'appel hybride.

[40] D'autre part, les intimés et les intervenants appuient les conclusions du juge aux paragraphes 54 et 55 de ses motifs. En fait, le constat d'une erreur ne doit pas, à leur avis, constituer une condition préalable à quelque intervention que ce soit par la SAR en appel : MFD des intimés, au paragraphe 51.

[41] Quelques observations sur ma démarche et sur ce que j'estime nécessaire d'inclure dans mes motifs sont également justifiées. Dans l'affaire *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Tran*, 2015 CAF 237, [2016] 2 R.C.F. 459, au paragraphe 45, j'ai signalé qu'il est plutôt difficile d'appliquer la norme de la décision raisonnable à de pures questions d'interprétation des lois, et que des directives supplémentaires de la part de la Cour suprême seraient certainement bien accueillies quant au type d'analyse que les tribunaux doivent effectuer dans de tels cas.

[42] Les parties ont renvoyé aux approches conflictuelles et aux conclusions tirées par les juges de la Cour

the issue before us. Thus, to ensure that I understood the various approaches to interpreting the relevant provisions that were adopted below, I reviewed all such Federal Court decisions, as well as a good sample of RAD decisions dealing with the issue (especially following the Judge's decision in the present case).

[43] However, I gather from the Supreme Court decision in *Kanhasamy* that there is no real need for me to engage in a comparative analysis to explain whether or not an alternative statutory interpretation is reasonable. Section 25 of the IRPA was construed for many years by many administrative and judicial decision makers differently from how it was ultimately construed by our highest Court in *Kanhasamy*. Despite this, the Supreme Court felt no need to refer to these alternative constructions before concluding that section 25 of the IRPA bore only one reasonable interpretation, and that the decision under review was therefore unreasonable.

[44] This approach appears to be particularly well suited to the question before us in the present appeal. I agree with the position advanced by Dr. Paul Daly that the very nature of the question (that is, what role did the legislator intend the RAD to play) implies that it cannot have many answers: Paul Daly, "Les appels administratifs au Canada" (2015), 93 *Can. Bar Rev.* 71 (Les appels administratifs au Canada), at page 105. Accordingly, the range of legally acceptable outcomes will necessarily be narrow. In fact, as will be explained, it is my view that the legislative intent is not ambiguous. The controversy in RAD and Federal Court decisions can be more accurately described as a disagreement over whether to import either the standard from a judicial review of an administrative action (*Dunsmuir*) or an appellate court's review of a lower court decision (*Housen*) into the RAD's review of an RPD decision.

fédérale sur la question dont nous sommes saisis. Ainsi, pour m'assurer que je comprenais les diverses approches quant à l'interprétation des dispositions pertinentes qui ont été retenues ci-dessous, j'ai examiné l'ensemble de la jurisprudence de la Cour fédérale, ainsi qu'un bon échantillon de la jurisprudence de la SAR qui discute la question (en particulier celle qui est postérieure à la décision du juge en l'espèce).

[43] Toutefois, je déduis de l'enseignement professé par la Cour suprême dans l'arrêt *Kanhasamy* qu'il n'est pas vraiment nécessaire que je me livre à une analyse comparative afin d'expliquer si oui ou non une autre interprétation des textes législatifs est raisonnable. Pendant de nombreuses années, l'article 25 de la LIPR avait donné lieu, de la part de nombreux décideurs administratifs et judiciaires, à une lecture différente de celle qui fut finalement retenue par la plus haute juridiction canadienne dans l'arrêt *Kanhasamy*. Malgré cela, la Cour suprême n'a pas fait mention de ces autres interprétations avant de conclure que l'article 25 de la LIPR ne pouvait raisonnablement appeler qu'une seule interprétation, et que la décision faisant l'objet de l'examen était donc déraisonnable.

[44] Cette approche semble être particulièrement bien adaptée à la question dont nous sommes saisis dans le présent appel. Je retiens la thèse invoquée par le professeur Paul Daly portant que la nature même de la question (c'est-à-dire quel rôle le législateur avait l'intention de réserver à la SAR) implique qu'il ne peut y avoir de nombreuses réponses : Paul Daly, « Les appels administratifs au Canada » (2015), 93 *R. du B. can.* 71 (Les appels administratifs au Canada), à la page 105. Par conséquent, l'éventail des solutions juridiquement acceptables est nécessairement limité. En fait, tel qu'il sera expliqué, je suis d'avis que l'intention du législateur n'est pas ambiguë. La controverse que soulève la jurisprudence de la SAR et de la Cour fédérale peut être plus précisément qualifiée de désaccord sur la question de savoir s'il faut s'inspirer de la norme applicable en matière de procédure de contrôle judiciaire visant une mesure administrative (*Dunsmuir*) ou de celle applicable par une cour d'appel à l'égard d'une décision d'une instance inférieure (*Housen*) afin de déterminer la façon dont la SAR est appelée à se prononcer sur les décisions de la SPR.

[45] I also note that in this particular case, the RAD did not have the benefit of any submissions in respect of its appellate role, nor of a record which included the legislative evolution and history of the relevant IRPA provisions. Further, it appears that the RAD was one of the first, if not *the* first, administrative appeal bodies outside of Alberta to rely on the *Newton* factors. This was mentioned by the British Columbia Supreme Court in *BC Society for the Prevention of Cruelty to Animals v. British Columbia (Farm Industry Review Board)*, 2013 BCSC 2331, 67 Admin. L.R. (5th) 152, at paragraph 31, where the B.C. Supreme Court declined to follow *Newton*.

[46] I do not find the decision in *Newton* particularly useful. I believe that the determination of the role of a specialized administrative appeal body is purely and essentially a question of statutory interpretation, because the legislator can design any type of multilevel administrative framework to fit any particular context. An exercise of statutory interpretation requires an analysis of the words of the IRPA read in their entire context, in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the IRPA and its object (Elmer A. Driedger, *Construction of Statutes*, 2nd ed. (Toronto: Butterworths, 1983)). The textual, contextual and purposive approach mandated by modern statutory interpretation principles provides us with all the necessary tools to determine the legislative intent in respect of the relevant provisions of the IRPA and the role of the RAD.

[47] The principles which guided and shaped the role of courts on judicial review of decisions made by administrative decision makers (as set out in *Dunsmuir*, at paragraphs 27–33) have no application here. Indeed, the role and organization of various levels of administrative decision-makers do not put into play the tension between the legislative intent to confer jurisdiction on administrative decision-makers and the constitutional imperative of preserving the rule of law.

[48] With all due respect to the contrary view, it would also be inappropriate to import the considerations set out in *Housen*, since the adoption of the high level of

[45] Je remarque également que dans ce cas particulier, la SAR n'a pas eu l'avantage des observations à l'égard de son rôle en tant que juridiction d'appel, ni d'un dossier qui comprenait l'évolution législative et les travaux préparatoires relatifs aux dispositions de la LIPR pertinentes. En outre, il semble que la SAR ait été l'un des premiers, sinon *le* premier, organisme administratif d'appel à l'extérieur de l'Alberta à se fonder sur les critères de l'arrêt *Newton*. Cela a été signalé par la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans l'affaire *BC Society for the Prevention of Cruelty to Animals v. British Columbia (Farm Industry Review Board)*, 2013 BCSC 2331, 67 Admin. L.R. (5th) 152, au paragraphe 31; elle a alors refusé de suivre l'arrêt *Newton*.

[46] À mon avis, l'arrêt *Newton* n'est pas particulièrement utile. J'estime que la détermination du rôle d'un organisme administratif d'appel spécialisé est purement et essentiellement une question d'interprétation des lois, parce que le législateur peut concevoir tout type de structure administrative à plusieurs niveaux pour répondre à n'importe quel contexte. L'interprétation de la loi appelle l'analyse des mots de la LIPR qui doivent être lus au regard de leur contexte global, selon leur sens grammatical et ordinaire, et en harmonie avec l'économie de la LIPR et son objet (Elmer A. Driedger, *Construction of Statutes*, 2<sup>e</sup> éd. (Toronto : Butterworths, 1983)). L'approche textuelle, contextuelle et téléologique requise par les principes d'interprétation législative modernes nous donne tous les outils nécessaires pour déterminer l'intention du législateur en ce qui a trait aux dispositions pertinentes de la LIPR et au rôle de la SAR.

[47] Les principes qui ont guidé et façonné le rôle des juges en matière de contrôle judiciaire des décisions rendues par des décideurs administratifs (consacrés par l'arrêt *Dunsmuir*, aux paragraphes 27 à 33) ne trouvent pas application en l'espèce. En effet, le rôle et l'organisation des différents niveaux des décideurs administratifs ne créent pas de tension entre l'intention du législateur de confier une compétence aux décideurs administratifs et l'impératif constitutionnel de préserver la primauté du droit.

[48] En toute déférence pour l'opinion contraire, il serait également inapproprié de puiser dans les éléments recensés par l'arrêt *Housen*, puisque l'adoption du degré

deference afforded by appellate courts of law to lower courts of law on questions of fact and mixed fact and law was mainly guided by judicial policy: *Housen*, at paragraphs 16 and 17.

[49] When the legislator designs a multilevel administrative framework, it is for the legislator to account for considerations such as how to best use the resources of the executive and whether it is necessary to limit the number, length and cost of administrative appeals. As will be discussed, the legislative evolution and history of the IRPA shed light on the policy reasons that guided the creation of the RAD and the role it was intended to fulfil. These policy considerations are unique to the RPD and the RAD. Thus, one should not simply assume that what was deemed to be the best policy for appellate courts also applies to specific administrative appeal bodies.

[50] To be clear, I am not saying that the standard of reasonableness will never apply in appeals to administrative appeal bodies. In fact, there are examples where the legislator clearly expresses an intention that such a standard be applied: see, for example, subsection 18(2) and section 33 of the *Commissioner's Standing Orders (Grievances and Appeals)*, SOR/2014-289, adopted pursuant to the *Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C., 1985, c. R-10; subsection 147(5) of the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20 (see Appendix A). This last provision was reviewed and construed by this Court in *Cartier v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCA 384, [2003] 2 F.C.R. 317, at paragraphs 6–9.

[51] Rather, what I am saying is that one cannot simply decide that this standard will apply on the basis of one's own assessment of factors (e) and (f) listed in *Newton* (see paragraphs 10, 15 and 16 above). One must seek instead to give effect to the legislator's intent.

[52] With this in mind, I will now proceed with my statutory analysis, looking first at the relevant purpose and object of the IRPA.

élevé de retenue judiciaire accordée par les juridictions d'appel aux juridictions inférieures sur les questions de fait et les questions mixtes de fait et de droit a été principalement guidée par une politique judiciaire : *Housen*, aux paragraphes 16 et 17.

[49] Lorsque le législateur conçoit une structure administrative à plusieurs niveaux, il lui incombe de tenir compte de facteurs tels que l'utilisation optimale des ressources de l'exécutif et la question de savoir s'il est nécessaire de limiter le nombre, la durée et le coût des recours administratifs. Comme on le verra, l'évolution législative et les travaux préparatoires relatifs à la LIPR éclaircissent les raisons de principe qui ont guidé la création de la SAR et le rôle qu'elle est censée jouer. Ces considérations de principe sont uniques à la SPR et à la SAR. Par conséquent, on ne doit pas simplement présumer que ce qui était réputé être la politique la plus appropriée pour les juridictions d'appel vaut également pour certains organismes administratifs d'appel.

[50] En bref, je ne dis pas que la norme de la décision raisonnable ne joue jamais en matière d'appels devant des organismes administratifs d'appel. En fait, il y a des exemples où le législateur exprime clairement l'intention qu'une telle norme soit appliquée : voir, par exemple, le paragraphe 18(2) et l'article 33 des *Consignes du commissaire (griefs et appels)*, DORS/2014-289, adopté en vertu de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. R-10; le paragraphe 147(5) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20 (voir l'annexe A). Cette dernière disposition a été examinée et interprétée par notre Cour dans l'arrêt *Cartier c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 384, [2003] 2 R.C.F. 317, aux paragraphes 6 à 9.

[51] Ce que je dis plutôt c'est qu'on ne peut pas simplement décider que cette norme s'applique en fonction de sa propre évaluation des critères e) et f) recensés dans l'arrêt *Newton* (voir les paragraphes 10, 15 et 16 ci-dessus). Il faut plutôt chercher à donner effet à l'intention du législateur.

[52] Dans cet esprit, j'analyserai maintenant les textes législatifs en examinant d'abord le but poursuivi et l'objet de la LIPR.

## (1) Purpose and Object of the IRPA

[53] The many objectives of the IRPA are expressly set out in subsection 3(2) of the IRPA (see paragraph 25 above). The Minister focuses particularly on paragraph 3(2)(e), which refers to the establishment of fair and efficient procedures that will maintain the integrity of the Canadian refugee protection system. This is obviously very relevant when one considers the functions of the RPD and the RAD. That said, one should always keep in mind that the very first objective of the IRPA (paragraph 3(2)(a)) is to recognize that the refugee program is about saving lives and offering protection to the displaced and persecuted. This may be what prompted Robert Thomas to write that decision-making in respect of refugee claims is “perhaps the most problematic adjudicatory function in the modern state”: Robert Thomas, *Administrative Justice and Asylum Appeals: A Study of Tribunal Adjudication* (Oxford: Hart Publishing, 2011), at page 48, cited in *Les appels administratifs au Canada*, at page 95, footnote 103.

## (2) The Legislative Scheme and sections 110 and 111 of the IRPA

[54] The IRPA creates two distinct divisions of the I.R.B. to deal with refugee claims. The RPD plays a primary role in the refugee claims determination process, for it must hold a hearing in respect of every refugee claim: subsection 170(b) of the IRPA. It must also determine in advance the issues that will need to be addressed at its hearing. At the hearing, the member of the RPD plays a crucial role, quite distinct from that of a judge. Most of the time, he or she questions the claimant before he or she is examined by his or her own counsel, or cross-examined by counsel for the Minister, if any.

[55] The RPD is the final decision maker in respect of all claims listed in subsection 110(2) of the IRPA. The respondents further point out that the RPD was in fact the final decision maker in about 80 percent of the refugee claims assessed in 2013: respondents’ MFL, at paragraph 53; *The Refugee Appeal Division*:

## 1) But poursuivi et objet de la LIPR

[53] Les nombreux objets de la LIPR sont expressément recensés au paragraphe 3(2) de la LIPR (voir le paragraphe 25 ci-dessus). Le ministre porte particulièrement attention à l’alinéa 3(2)e, qui se rapporte à la mise en place d’une procédure équitable et efficace qui soit respectueuse de l’intégrité du système canadien de protection des réfugiés. Cela est manifestement très pertinent lorsqu’on considère les fonctions de la SPR et de la SAR. Cela dit, il faut toujours garder à l’esprit que le tout premier objet de la LIPR (alinéa 3(2)a)) est de reconnaître que le programme pour les réfugiés vise avant tout à sauver des vies et à protéger les personnes de la persécution. C’est peut-être ce qui a incité Robert Thomas à observer que la prise de décisions à l’égard des demandes d’asile est [TRADUCTION] « peut-être la fonction juridictionnelle la plus problématique de l’État moderne » : Robert Thomas, *Administrative Justice and Asylum Appeals : A Study of Tribunal Adjudication* (Oxford : Hart Publishing, 2011), à la page 48, tel que cité dans *Les appels administratifs au Canada*, à la page 95, note de bas de page 103.

## 2) Le régime législatif et les articles 110 et 111 de la LIPR

[54] La LIPR crée deux sections distinctes de la C.I.S.R. chargées d’instruire les demandes d’asile. La SPR joue un rôle primordial dans le processus de reconnaissance du statut de réfugié, car elle doit tenir une audience à l’égard de chacun des demandeurs d’asile : alinéa 170b) de la LIPR. Elle doit également déterminer à l’avance les questions qui devront être tranchées lors de l’audience. À l’audience, le commissaire de la SPR joue un rôle crucial, qui est bien différent de celui d’un juge. La plupart du temps, il ou elle interroge le ou la requérant(e) avant qu’il ou elle soit interrogé(e) par son propre avocat, ou contre-interrogé(e) par le représentant du ministre, s’il y en a un.

[55] La SPR est le décideur final à l’égard de toutes les demandes recensées au paragraphe 110(2) de la LIPR. Les intimés ont également signalé que la SPR a été en fait le décideur final dans environ 80 p. 100 des demandes d’asile examinées en 2013 : MFD des intimés, au paragraphe 53; *The Refugee Appeal Division* :

*Presentation to the Toronto Regional Consultative Committee* by Ken Atkinson (February 5, 2014), appellant's appeal book, Vol. 1, Tab 7, at page 68.

[56] When dealing with an appeal, the RAD has essentially the same powers as the RPD: see sections 162 and 171 of the IRPA. For example, the RAD has the same ability as the RPD to take judicial “notice of any facts that may be judicially noticed and of any other generally recognized facts, and any information or opinion that is within its specialized knowledge”: subsection 171(b) of the IRPA. Nevertheless, there are a few important distinctions between the RAD and the RPD. First, the RAD will rarely hold a hearing: subsection 110(6) of the IRPA. Although it may consider any new documentary evidence submitted by the Minister, it can only accept new evidence as defined in subsection 110(4) from a refugee claimant: See *Canada (Citizenship and Immigration) v. Singh*, 2016 FCA 96, [2016] 4 F.C.R. 230. Moreover, 10 percent of its members, as well as its vice-president, must be lawyers or notaries: subsection 153(4) of the IRPA. When an appeal is heard by three members of the RAD, their decision has the same precedential value that an appellate court decision has for a trial court. Such a decision binds all RPD members, as well as any one-member panel of the RAD: subsection 171(c) of the IRPA.

[57] The IRPA also provides for a similar two-level process in respect of other immigration matters. In particular, appeals from a number of first-level decision makers are made to another I.R.B. division: the IAD. The wording of paragraph 67(1)(a) of the IRPA, which describes when the IAD can intervene, is similar to that of paragraph 111(2)(a) (see Appendix A). However, I do not find it useful to say more about the IAD, because the cases discussing the IAD raised by the Minister are outdated: they are either old cases that were released before the IRPA came into force; or they are cases which were released after the IRPA came into force but which rely on the old cases. Both interpret language on when the IAD can intervene that is not current, and provide no analysis of the words “wrong in law or fact or mixed law and fact” found at subsection 67(1)(a).

*Presentation to the Toronto Regional Consultative Committee* par Ken Atkinson (5 février 2014), dossier d'appel de l'appelant, vol. 1, onglet 7, à la page 68.

[56] Lorsqu'elle examine un appel, la SAR dispose essentiellement des mêmes pouvoirs que la SPR : voir les articles 162 et 171 de la LIPR. Par exemple, la SAR a la même capacité que la SPR à admettre « d'office les faits admissibles en justice et les faits généralement reconnus et les renseignements ou opinions qui sont du ressort de sa spécialisation » : alinéa 171b) de la LIPR. Néanmoins, il existe quelques différences importantes entre la SAR et la SPR. Tout d'abord, la SAR tient rarement une audience : paragraphe 110(6) de la LIPR. Bien qu'elle puisse examiner tout nouvel élément de preuve documentaire présenté par le ministre, elle peut uniquement accepter de nouveaux éléments de preuve au sens du paragraphe 110(4) de la part du demandeur d'asile (voir la décision *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Singh*, 2016 CAF 96, [2016] 4 R.C.F. 230). En outre, 10 p. 100 de ses commissaires, ainsi que son vice-président, doivent être des avocats ou des notaires : paragraphe 153(4) de la LIPR. Lorsqu'un appel est entendu par trois commissaires de la SAR, leur décision a la même valeur jurisprudentielle qu'une décision d'une juridiction d'appel a pour une juridiction de première instance. Une telle décision lie tous les commissaires de la SPR, ainsi qu'un tribunal constitué d'un seul commissaire de la SAR : alinéa 171c) de la LIPR.

[57] La LIPR prévoit un processus à deux paliers similaire pour l'instruction d'autres affaires d'immigration. Notamment, certaines décisions rendues au premier palier sont portées en appel devant la SAI, une autre section de la C.I.S.R. Le texte de l'alinéa 67(1)a) de la LIPR, semblable à celui de l'alinéa 111(2)a), précise quand la C.I.S.R. peut intervenir (voir l'annexe A). Je ne vois pas l'intérêt d'épiloguer longuement sur la SAI, car les affaires évoquées par le ministre et décidées par la SAI ne sont plus pertinentes, soit parce qu'il s'agit d'anciennes affaires qui ont été tranchées avant l'entrée en vigueur de la LIPR, soit parce que, bien qu'ayant été résolues après son entrée en vigueur, leur issue repose sur la jurisprudence précédant l'entrée en vigueur de la LIPR. Dans les deux cas, l'interprétation porte sur la partie des dispositions précisant le moment auquel la SAI peut intervenir, qui n'est plus d'actualité, sans

[58] Sections 110 and 111, reproduced above, deal with appeals from the RPD to the RAD. Subject to my comments with respect to paragraph 111(2)(b), I generally agree with the RAD's finding that neither section 110 nor 111, nor the legislation as a whole, point to the need to show deference to the RPD's findings of fact. As acknowledged by the RAD in this case, these provisions evidence the legislator's intent that the RAD bring finality to the refugee claims' determination process.

[59] In particular, paragraph 111(2)(a) indicates that the RAD does not need to defer for factual findings. Paragraph 111(2)(a) does not distinguish between errors of law, fact or mixed fact and law. It simply requires that the decision of the RPD be "wrong in law, in fact or in mixed law and fact" (in French: "*erronée en droit, en fait ou en droit et en fait*").

[60] At the hearing, the Minister argued that the wording of paragraph 111(2)(a) was such that it applied only to paragraph 111(1)(c), and not to paragraph 111(1)(a) or (b). Thus, paragraph 111(2)(a) provides little guidance as to the role of the RAD when it confirms a RPD decision under paragraph 111(1)(a) or sets it aside by substituting "the determination that, in its opinion, should have been made" under paragraph 111(1)(b). I cannot agree. The effect of this argument is that the RAD would be forced to reach the appropriate outcome for the case (under one of paragraphs 111(1)(a), (b) or (c)) before it could choose the proper standard of review to apply to that case: it would be forced to put the cart before the horse.

[61] Albeit in a different context, a similar approach was rejected by this Court in *Cartier*, at paragraph 9. In that case, this Court noted that despite the awkward way the provision at issue was drafted, the applicable standard of review remained the same regardless of whether the appellate body confirmed or reversed the decision under appeal, thereby resulting in the release of an offender. I cannot see how this could be otherwise in the

proposer d'analyse des mots « erronée en droit, en fait ou en droit et en fait » de l'alinéa 67(1)a).

[58] Les articles 110 et 111, reproduits précédemment, visent les appels interjetés auprès de la SAR à l'égard de décisions de la SPR. Sous réserve de mes observations concernant l'alinéa 111(2)b, je souscris de manière générale à la conclusion de la SAR portant qu'il ne ressort ni des articles 110 et 111, ni de la loi dans son ensemble qu'il faille déférer aux conclusions de fait de la SPR. Comme la SAR l'a reconnu en l'espèce, ces dispositions témoignent de l'intention du législateur d'habiliter la SAR à assurer le règlement définitif des demandes de protection des réfugiés.

[59] Plus particulièrement, l'alinéa 111(2)a dispose que la SAR n'est pas tenue d'user de déférence à l'égard des conclusions de fait. L'alinéa 111(2)a n'opère pas de distinction entre les erreurs de droit, les erreurs de fait, ou les erreurs mixtes de fait et de droit. Il exige simplement que la décision de la SPR soit « erronée en droit, en fait ou en droit et en fait » (en anglais : « *wrong in law, in fact or in mixed law and fact* »).

[60] À l'audience, le ministre a soutenu que le texte même de l'alinéa 111(2)a limite son application au cas où, en vertu du paragraphe 111(1), la Section d'appel des réfugiés renvoie l'affaire à la Section de la protection des réfugiés. L'alinéa 111(2)a nous éclairerait donc peu sur le rôle de la SAR après qu'elle a confirmé une décision de la SPR ou qu'elle l'a cassée en y substituant « la décision qui aurait dû être rendue » au titre du paragraphe 111(1). Je ne puis retenir cette thèse. Si elle l'était, la SAR serait tenue de statuer (en choisissant parmi les options prévues au paragraphe 111(1)) avant d'avoir choisi la norme de contrôle applicable à l'espèce — bref, on lui imposerait de mettre la charrue avant les bœufs.

[61] Bien que le contexte soit différent, notre Cour a rejeté une thèse semblable dans l'arrêt *Cartier* (au paragraphe 9). Notre Cour a alors relevé que, en dépit du libellé maladroît de la disposition invoquée, la même norme de contrôle joue, que la juridiction d'appel ait confirmé ou infirmé la décision attaquée, ce qui a abouti à la libération du délinquant. Je ne vois pas comment il pourrait en être autrement dans la présente affaire. En

present case. Indeed, on appeal, the RAD must necessarily consider the RPD decision and the record available before determining how it should dispose of the matter, including whether it is preferable to dispose of the appeal in accordance with paragraph 111(1)(c) and subsection 111(2). The extent or nature of its review of the decision and its assessment of the record cannot depend on the ultimate conclusion that it will reach in this regard.

[62] In my view, subsection 111(2) is part of the context that must be examined as a whole to determine the legislative intent regarding the role of the RAD in all cases mentioned under subsection 111(1). This is especially so because paragraph 111(2)(b) expressly refers to paragraphs 111(1)(a) and (b).

[63] I also note that the Minister appears to suggest that the word “wrong” is synonymous or the equivalent to the word “unreasonable”: appellant’s MFL, at paragraph 80. Again, I cannot accept this argument. This is not the ordinary meaning of the word “wrong”, nor is it its customary meaning in a legal context.

[64] The ordinary meaning of the word “wrong” is “not correct or true”, “incorrect”, “mistaken”: *The Oxford English Dictionary*, 3d ed., s.v. “wrong”. The French version “*erronée*” has the exact same ordinary meaning, that is, “*fausse*”, “*incorrecte*”, “*inexacte*”, “*mal fondée*”: *Le Nouveau Petit Robert [Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française]*, Paris: Dictionnaires Le Robert], 2006, s.v. “*erroné*”. This wording definitively points to the standard of correctness. In addition, the legislator’s intent to use the word “wrong” in its ordinary meaning is, in my view, supported by the legislative history, to which I will refer later.

[65] In my view, the Minister’s position can only be based on the assumption that the legislator meant to apply one of the deferential standards of review applicable to findings of fact, be it in the context of a judicial review or of an appeal from a trial court. No such presumption applies here, as the legislator made it clear that the RPD is not entitled to err, be it in law, in fact or in mixed and fact and law. As mentioned earlier, it would

appel, la SAR doit tenir compte de la décision de la SPR et du dossier mis à sa disposition afin de décider l’issue de l’affaire, y compris s’il vaut mieux trancher l’appel en vertu du paragraphe 111(1) (renvoi de l’affaire, conformément à ses instructions à la SPR) et du paragraphe 111(2). La portée ou la nature de son examen de la décision, de même que son analyse du dossier ne peuvent dépendre de sa conclusion définitive à cet égard.

[62] À mes yeux, le paragraphe 111(2) fait partie intégrante du contexte global qui doit être examiné pour déterminer l’intention du législateur quant au rôle de la SAR dans tous les cas recensés au paragraphe 111(1). Cet examen est d’autant plus important que l’alinéa 111(2)(b) renvoie expressément au paragraphe 111(1).

[63] Je remarque en outre que le ministre semble dire que le mot « *erronée* » est synonyme ou équivalent de « *déraisonnable* » (MFD de l’appelant, au paragraphe 80). Là encore, je ne puis souscrire à cette thèse. Il ne s’agit pas du sens ordinaire du mot « *erronée* », ni de son acception habituelle en matière juridique.

[64] Le sens ordinaire du mot « *erronée* » est « *fausse* », « *incorrecte* », « *inexacte* », « *mal fondée* » (*Le Nouveau Petit Robert [Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française]*, Paris : Dictionnaires Le Robert], 2006, s.v., au mot *erroné*). Dans la version anglaise, le mot « *wrong* » a exactement le même sens ordinaire : « *not correct or true* », « *incorrect* », « *mistaken* » (*The Oxford English Dictionary*, 3<sup>e</sup> éd., s.v., au mot « *wrong* »). Il ressort de cette terminologie que la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte. Qui plus est, l’intention du législateur d’utiliser le mot « *erronée* » dans son sens ordinaire est, à mon avis, confirmée par les travaux préparatoires, auxquels je reviendrai ultérieurement.

[65] Je pense que le ministre s’appuie uniquement sur l’hypothèse selon laquelle le législateur souhaitait appliquer l’une des normes de contrôle déférentes aux conclusions de fait, que ce soit dans le cadre d’une procédure de contrôle judiciaire ou d’un appel d’une décision de première instance. Pareille hypothèse ne tient pas ici puisque le législateur a clairement signalé que la SPR ne peut commettre d’erreur de droit, de fait,



make little sense to give the word “wrong” a different meaning depending on whether it relates to the words “in law”, “in fact” or “in mixed law and fact” used in paragraph 111(2)(a). This would be contrary to the most basic rule of statutory interpretation.

[66] Furthermore, it appears from a search of the federal legislation and regulations that the word “wrong”, as used in paragraphs 111(2)(a) and 67(1)(a) of the IRPA, has not been used in any other federal statute or regulation. By contrast, there are many examples of statutes and regulations that capture the standard of reasonableness through the use of words such as “reasonable” or “reasonably”. I gave an example of each at paragraph 50 above. Thus, the IRPA’s unique provisions were expressly crafted to give effect to the legislator’s particular intent in respect of this *sui generis* scheme.

[67] At the hearing, the Minister submitted that the most telling characteristic of the RAD’s appeal process is that in the vast majority of cases (including the matter before us), the RAD determines the appeal on the basis of the record of the RPD proceedings: subsection 110(3) of the IRPA. This, he submits, leads to the conclusion that the legislator intended that all findings of fact (and not only those involving the assessment of oral evidence) be reviewed on the standard of reasonableness or of palpable and overriding error. I need only use one example to illustrate why I disagree that this is not the only inference that can be drawn from subsection 110(3). The present appeal is based solely on the record available before the Judge. Still, as mentioned earlier, once it has been ascertained that the Judge chose the appropriate standard of review for the question before him, the Court “steps into the shoes” of the Judge to assess if he correctly applied that standard. No deference is owed in that respect, although the Court will carefully consider the decision under appeal.

[68] Admittedly, inasmuch as paragraph 111(2)(a) is relevant to the analysis, subsection 110(3) is also part of

ni d’erreur de fait et de droit. Comme je l’ai déjà signalé, il ne serait guère logique de donner au mot « erronée » un sens différent selon qu’il se rapporte aux mots « en droit », « en fait » ou « en droit et en fait » qui se trouvent à l’alinéa 111(2)a). Cela irait à l’encontre de la règle la plus fondamentale en matière d’interprétation des lois.

[66] De plus, selon une recension des lois et des règlements fédéraux, le mot « erronée », tel qu’il s’entend aux alinéas 111(2)a) et 67(1)a) de la LIPR, ne figure dans aucun autre texte législatif fédéral. À l’inverse, on trouve dans les lois et les règlements de multiples occurrences des mots « raisonnable » ou « raisonnablement », qui renvoient à la norme du caractère raisonnable. Je donne un exemple d’occurrence de chacun de ces mots au paragraphe 50 ci-devant. Il est donc évident que le libellé de ces dispositions uniques de la LIPR donne effet à l’intention du législateur relativement à ce régime *sui generis*.

[67] Lors de l’audience, le ministre a déclaré que la caractéristique la plus importante du processus d’appel de la SAR a trait au fait que, dans la très grande majorité des affaires, y compris celle dont nous sommes saisis, elle doit trancher au vu du dossier de la SPR (paragraphe 110(3) de la LIPR). Aux yeux du ministre, il faut en déduire que le législateur souhaitait que toutes les conclusions de fait, et pas seulement celles qui reposent sur l’appréciation des témoignages de vive voix, soient examinées en fonction de la norme du caractère raisonnable ou de l’erreur manifeste et dominante. Un seul exemple suffira à illustrer pourquoi, à mon avis, je ne crois pas qu’il s’agit de l’unique inférence que l’on puisse tirer du paragraphe 110(3). Le présent appel repose uniquement sur le dossier mis à la disposition du juge. Or, comme il a été signalé précédemment, dès lors qu’il a été confirmé que le juge a choisi la norme de contrôle voulue pour l’affaire dont il est saisi, la Cour doit tout simplement « se mettre à la place » du juge afin de décider s’il a appliqué correctement ladite norme. Aucune déférence n’est exigée à cet égard, même si la Cour doit procéder à un contrôle rigoureux de la décision portée en appel.

[68] Certes, à l’instar de l’alinéa 111(2)a), le paragraphe 110(3) fait partie des éléments à prendre en

the context that must be considered. However, subsection 110(3) is simply not as determinative as the Minister's argument above suggests.

[69] I now turn to paragraph 111(2)(b). It provides that once an error has been identified (paragraph 111(2)(a)), the RAD may refer the matter back for redetermination with the directions that it considers appropriate only if it is "of the opinion" that it cannot make a decision confirming or setting aside the RPD decision without hearing the evidence presented before the RPD. This possibility acknowledges the fact that in some cases where oral testimony is critical or determinative in the opinion of the RAD, the RAD may not be in a position to confirm or substitute its own determination to that of the RPD.

[70] This also recognizes that there may be cases where the RPD enjoys a meaningful advantage over the RAD in making findings of fact or mixed fact and law, because they require an assessment of the credibility or weight to be given to the oral evidence it hears. It further indicates that although the RAD should sometimes exercise a degree of restraint before substituting its own determination, the issue of whether the circumstances warrant such restraint ought to be addressed on a case-by-case basis. In each case, the RAD ought to determine whether the RPD truly benefited from an advantageous position, and if so, whether the RAD can nevertheless make a final decision in respect of the refugee claim.

[71] One can imagine many possible scenarios. For example, when the RPD finds a witness straightforward and credible, there is no issue of credibility *per se*. This will also be the case when the RAD is able to reach a conclusion on the claim, relying on the RPD's findings of fact regarding the relative weight of testimonies and their credibility or lack thereof.

[72] Problems will occur when the credibility findings themselves are disputed on appeal, and the RAD has no way to reach a conclusion without endorsing or rejecting those findings. If the RAD can identify an error in situations where, for example, a claimant was not found credible because his story was not plausible based on common sense, the RPD may have no real advantage over the RAD.

compte aux fins de l'analyse. Seulement, le paragraphe 110(3) n'est pas aussi déterminant que ce que soutient le ministre par la thèse exposée plus haut.

[69] J'examinerai maintenant l'alinéa 111(2)b), disant que si une erreur a été relevée (alinéa 111(2)a)), la SAR peut renvoyer l'affaire pour réexamen, selon les instructions qu'elle juge appropriées, seulement si elle « estime » qu'elle ne peut confirmer ou casser la décision rendue par la SPR sans réexamen des éléments de preuve qui ont été présentés à celle-ci. Cette possibilité est offerte parce qu'il peut arriver que, dans certaines affaires mettant en cause des témoignages de vive voix cruciaux ou déterminants aux yeux de la SAR, celle-ci ne soit pas en mesure de confirmer une décision de la SPR ou d'y substituer la sienne.

[70] Ce texte reconnaît également l'avantage certain que peut avoir la SPR sur la SAR lorsque les conclusions de fait ou des conclusions mixtes de fait et de droit reposent sur l'appréciation de la crédibilité ou de la valeur des témoignages de vive voix. Il indique aussi que, étant entendu que la SAR doit parfois faire preuve d'une certaine retenue avant de rendre sa propre décision, la question de savoir si les circonstances commandent pareille retenue doit être appréciée au cas par cas. Dans chaque cas, la SAR doit rechercher si la SPR a joui d'un véritable avantage et si, le cas échéant, elle peut néanmoins rendre une décision définitive relativement à une demande d'asile.

[71] Il existe plusieurs cas de figure possibles. Ainsi, si la SPR a trouvé un témoin honnête et crédible, la question de la crédibilité ne se pose pas vraiment. Il en est de même si la SAR peut statuer sur la demande en se fiant aux conclusions de fait de la SPR quant à la valeur relative des témoignages et à leur crédibilité.

[72] Les difficultés se produisent lorsque la crédibilité des conclusions elles-mêmes est attaquée en appel et que la SAR ne peut trancher sans accepter ou rejeter ces conclusions. Si la SAR relève une erreur dans un cas où, par exemple, un demandeur n'a pas été jugé crédible parce que son récit n'était pas plausible selon le simple bon sens, il peut s'avérer que la SPR n'ait pas de véritable avantage sur la SAR.

[73] Similarly, there may also be cases where a finding that a witness is not credible was based on discrepancies that could not justify such a conclusion or that simply did not exist. If the assessment of the oral evidence contains an error which the RAD can easily identify, but the weight to be given to this testimony is essential to determine whether the RPD decision should be confirmed or set aside, the RAD may conclude that it is a proper case to refer back to the RPD with specific directions in respect of the error identified in the credibility findings.

[74] That said, it is not appropriate to say more about the various scenarios that may arise, for they are not before us. The RAD should be given the opportunity to develop its own jurisprudence in that respect; there is thus no need for me to pigeon-hole the RAD to the level of deference owed in each case.

[75] Before concluding my analysis of the wording and scheme of the IRPA, I will say a few words about another argument raised by the Minister that could in theory fit in this analysis, given that it may address the objective set out in paragraph 3(2)(a) of the IRPA. Without providing any evidence to support his argument, the Minister states that unless the RAD applies a standard involving a high level of deference to the RPD findings of fact, it would be impossible for the RAD to fulfill its mandate because it would be required to peruse an enormous amount of documentation.

[76] As mentioned earlier, I reviewed a large sample of decisions of the RAD that applied the approach suggested by the Judge in this case. The RAD members in question had chosen to do so even after other Federal Court decisions indicated that the standard of palpable and overriding error could be used to review the RPD's findings of facts. I note in passing that I was impressed by the general quality of those decisions; this certainly bodes well for the future. That said, I saw no indication that the RAD has any difficulty fulfilling its mandate when conducting substantive reviews of appealed RPD decisions. Certainly, there is no mention of this in any of the decisions that followed the approach described by the Judge in this matter. A few members of the RAD have decided to follow the approach suggested in *Spasoja*. I understand that this is mostly because they

[73] Il peut aussi arriver qu'il ait été conclu que le témoin n'était pas crédible en raison de contradictions qui ne justifient pas cette conclusion ou qui tout simplement n'existent pas. Si la SAR peut facilement relever une erreur dans l'appréciation des témoignages de vive voix, mais qu'il est essentiel de connaître la valeur de ce témoignage pour confirmer ou casser la décision de la SPR, la SAR peut décider de renvoyer l'affaire à la SPR et donner ses instructions concernant l'erreur relevée dans les conclusions concernant la crédibilité.

[74] Cela étant dit, je ne vois pas l'utilité d'en dire plus sur les autres cas de figure possibles puisqu'ils ne jouent pas en l'espèce. La SAR doit avoir la possibilité de développer sa propre jurisprudence à ce sujet; il n'est donc pas nécessaire que je lui donne des précisions sur le degré de déférence commandé par chaque affaire.

[75] Avant de conclure mon analyse du texte et du régime de la LIPR, je ferai quelques observations sur une autre thèse du ministre qui pourrait théoriquement être pertinente dans le cadre de la présente analyse en raison de son lien possible avec l'objectif fixé à l'alinéa 3(2)a) de la LIPR. Sans toutefois présenter des preuves à l'appui de son argumentaire, le ministre avance que, à défaut d'appliquer une norme faisant intervenir un degré élevé de déférence quant aux conclusions de fait de la SPR, la SAR devra examiner une documentation très volumineuse et manquera ainsi à sa mission.

[76] Comme je l'ai déjà signalé, j'ai compulsé une bonne partie de la jurisprudence de la SAR qui repose sur l'analyse préconisée par le juge en l'espèce. Les commissaires visés de la SAR avaient opté pour cette approche même après que la Cour fédérale eut conclu à l'occasion d'autres affaires que la norme de l'erreur manifeste et dominante pouvait jouer en matière de contrôle des conclusions de fait de la SPR. Je signale en passant que l'impressionnante qualité générale de cette jurisprudence m'apparaît de bon augure. Selon ce que j'ai pu constater, la SAR n'a aucune difficulté à remplir sa mission quand elle procède à des examens au fond des décisions attaquées de la SPR. Je n'ai trouvé aucune mention de telles difficultés dans la jurisprudence fondée sur la méthode d'analyse préconisée par le juge dans la présente affaire. Quelques commissaires de la SAR

felt that it was easier to apply a standard that was already well defined, not because they did not have the time or the resources to conduct the substantive review of the documents on file that would be mandated if a less deferential standard were applied.

[77] In any event, and as indicated above at paragraphs 49 and 51, the number of appeals and the time and effort required on each appeal is for the legislator to consider. I find no indication in the wording of the IRPA, read in the context of the legislative scheme and its objectives, that supports the application of a standard of reasonableness or of palpable and overriding error to RPD findings of fact or mixed fact and law.

[78] At this stage of my analysis, I find that the role of the RAD is to intervene when the RPD is wrong in law, in fact or in fact and law. This translates into an application of the correctness standard of review. If there is an error, the RAD can still confirm the decision of the RPD on another basis. It can also set it aside, substituting its own determination of the claim, unless it is satisfied that it cannot do either without hearing the evidence presented to the RPD: paragraph 111(2)(b) of the IRPA.

[79] I also conclude that an appeal before the RAD is not a true *de novo* proceeding. Recognizing that there may be different views and definitions, I need to clarify what I mean by “true *de novo* proceeding”. It is a proceeding where the second decision maker starts anew: the record below is not before the appeal body and the original decision is ignored in all respects. When the appeal is a true *de novo* proceeding, standard of review is not an issue. This is clearly not what is contemplated where the RAD proceeds without a hearing.

[80] I will now look at the IRPA’s legislative evolution and history. Despite the relatively low weight generally

ont opté pour l’analyse proposée dans la décision *Spasoja*. Si j’ai bien compris, ils ont choisi cette méthode parce qu’il s’avérait plus facile d’appliquer une norme déjà bien définie, et non parce qu’ils manquaient de temps ou de ressources pour réaliser l’examen au fond des documents au dossier qui aurait été requis par une norme commandant un degré de déférence moindre.

[77] Quoi qu’il en soit, et tel qu’il a été signalé aux paragraphes 49 et 51 ci-devant, il revient au législateur de prendre en compte le nombre d’appels, de même que les efforts et le temps qu’il faut consacrer à chacun. Si je l’interprète en fonction du régime législatif et de ses objectifs, je ne trouve rien dans la LIPR qui justifie le recours à une norme du caractère raisonnable ou de l’erreur manifeste et dominante pour analyser les conclusions de fait, ou les conclusions mixtes de fait et de droit de la SPR.

[78] À cette étape-ci de mon analyse, je conclus que la SAR doit intervenir quand la SPR a commis une erreur de droit, de fait, ou une erreur mixte de fait et de droit. Dans la pratique, cela signifie qu’elle doit appliquer la norme de contrôle de la décision correcte. Si une erreur a été commise, la SAR peut confirmer la décision de la SPR sur un autre fondement. La SAR peut aussi casser une décision et y substituer la sienne eu égard à une demande, sauf si elle conclut qu’elle ne peut y arriver sans examiner les éléments de preuve présentés à la SPR (alinéa 111(2)b) de la LIPR).

[79] Je suis d’avis par ailleurs que l’appel auprès de la SAR ne constitue pas un véritable processus *de novo*. Étant conscient qu’il puisse exister des divergences d’opinion et d’interprétation, je tiens à clarifier ce que j’entends par « véritable processus *de novo* ». À mon sens, lorsqu’il y a réexamen de l’affaire *de novo*, le décideur repart à zéro, c’est-à-dire que la juridiction d’appel ne reçoit pas le dossier de l’instance inférieure et ne prend en compte aucun aspect de la décision initiale. Lorsque l’appel consiste en un véritable processus *de novo*, la norme de contrôle n’est jamais en cause. De toute évidence, telle n’est pas l’idée lorsque la SAR instruit l’affaire sans tenir d’audience.

[80] Je ferai maintenant l’analyse de l’évolution et de l’histoire de la LIPR. En dépit du peu de poids accordé

given to legislative history, I agree with the Federal Court in *Spasoja* that on the issue before us, it is particularly instructive and simply impossible to ignore. As mentioned, I believe that both the legislative evolution and its history confirm the conclusion that I have reached at this stage of my analysis.

### (3) Legislative evolution and history

[81] Although much of what I will say here has been discussed in various decisions of the Federal Court (see, for example, *Djossou*, at paragraphs 74–85 and *Spasoja*, at paragraphs 32–38), it is worthwhile to set it out again, as it provides useful indications as to how the legislator envisioned the role of the RAD and how the two-tier administrative decision-making process was understood to provide a fair and more efficient process.

[82] From 1985 until the enactment of the IRPA, the determination of refugee claims was governed by sections 67–69.1 of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 [repealed by S.C. 2001, c. 27, s. 274]. Refugee claims were decided by a quorum of two members of the Convention Refugee Determination Division, unless claimants consented to have their case determined by a single member. There was no appeal, and the only recourse was judicial review.

[83] Bill C-11 (now the IRPA), which received Royal Assent on November 1, 2001, provided for the creation of a Refugee Appeal Division (the RAD) within the Immigration and Refugee Board (I.R.B.). In 2007, a private Member's bill (Bill C-280 [*An Act to Amend the Immigration and Refugee Protection Act (coming into force of sections 110, 111 and 171)*], 39th Parl., 2nd Sess., 2007) was introduced to implement the provisions relating to the RAD (sections 110 and 111 particularly), but it never received Royal Assent.

[84] Another Bill C-11, entitled the *Balanced Refugee Reform Act* [S.C. 2010, c. 8], was introduced in March 2010. It proposed to bring the unproclaimed RAD provisions of the IRPA into force within two years of its

généralement aux travaux préparatoires d'une loi, je suis d'accord avec la Cour fédérale dans la décision *Spasoja* que dans le cas qui nous occupe, il s'agit d'un élément particulièrement instructif qu'on ne saurait ignorer. Je le répète, je suis d'avis que l'évolution et l'historique législatifs confirment la conclusion que j'ai tirée à ce stade de mon analyse.

### 3) Évolution et historique législatifs

[81] Bien qu'une grande partie de mes observations qui suivent se trouve déjà dans diverses décisions de la Cour fédérale (voir par exemple *Djossou*, aux paragraphes 74 à 85, ainsi que *Spasoja*, aux paragraphes 32 à 38), il est utile d'y revenir, notamment parce que ces analyses nous éclairent sur la manière dont le législateur envisageait le rôle de la SAR et dont le processus décisionnel administratif à deux paliers a été conçu pour garantir son équité et son efficacité.

[82] De 1985 jusqu'à la promulgation de la LIPR, les demandes d'asile étaient tranchées sous le régime des articles 67 à 69.1 de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 [abrogé par L.C. 2001, ch. 27, art. 274]. Les demandes d'asile étaient tranchées par une formation de deux commissaires de la Section du statut de réfugié, sauf si les demandeurs acceptaient que leur demande soit instruite par un seul commissaire. Aucun appel n'était possible; la seule voie de recours était le contrôle judiciaire.

[83] Le projet de loi C-11 (devenu la LIPR) a reçu la sanction royale le 1<sup>er</sup> novembre 2001; il prévoyait la création d'une Section d'appel des réfugiés (la SAR) au sein de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (C.I.S.R.). En 2007, un projet d'initiative parlementaire (projet de loi C-280 [*Loi modifiant la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (entrée en vigueur des articles 110, 111 et 171)*], 39<sup>e</sup> lég., 2<sup>e</sup> sess., 2007) visant l'adoption de dispositions sur la SAR (articles 110 et 111 en particulier) n'a toutefois jamais reçu la sanction royale.

[84] Un autre projet de loi C-11, intitulé la *Loi sur des mesures de réforme équitables concernant les réfugiés* [L.C. 2010, ch. 8], a été déposé en mars 2010. Il proposait de mettre en vigueur les dispositions non encore

Royal Assent. It also proposed changes to the existing RAD provisions, such that the RAD would have the power to accept new evidence in certain circumstances and the ability to hold a hearing in specified situations (subsections 110(4) and (6)). It received Royal Assent on June 29, 2010.

[85] In February 2012, Bill C-31, entitled *Protecting Canada's Immigration System Act* [S.C. 2012, c. 17], was introduced. It proposed further changes to the RAD provisions; in particular, it proposed limitations on access to the appeal provided for in the IRPA by several categories of refugee claimants, and barred appeals on cessation and vacation decisions (see subsection 110(2) of the IRPA). It received Royal Assent on June 28, 2012.

[86] On December 15, 2012, the 2010 and 2012 amendments came into force and the RAD was formally launched. As mentioned, although the legislative history is not in any way determinative and should not to be given undue weight as to the legislative intent (*CN v. Canada*, at paragraph 47), it remains useful to consider statements of the Minister responsible for the legislation, as well as those of others directly involved in its development.

[87] When Bill C-11 was tabled, Joan Atkinson, Assistant Deputy Minister, noted that the introduction of single-member RPD panels was to be offset by the introduction of the claimants' right of appeal before the RAD: Standing Committee on Citizenship and Immigration, *Evidence*, 37th Parl., 1st Sess., No. 27 (May 17, 2001), at page 1140 in joint book of authorities (JBA), Part II, Vol. 1, Tab 10. Similarly, the Honourable Elinor Caplan, who was the Minister responsible for the bill, underlined that (*Proceedings of the Standing Senate Committee on Social Affairs, Science and Technology*, 37th Parl., 1st Sess., No. 29 (October 4, 2001) in JBA, Part II, Vol. 1, Tab 11):

édictees de la LIPR concernant la SAR dans les deux années suivant la proclamation royale. Il prévoyait en outre des modifications des dispositions visant la SAR afin de l'habiliter à recueillir de nouveaux éléments de preuve dans certains cas, de même qu'à tenir une audience dans certains cas précis (paragraphe 110(4) et (6)). Il a reçu la sanction royale le 29 juin 2010.

[85] Le projet de loi C-31, *Loi visant à protéger le système d'immigration du Canada* [L.C. 2012, ch. 17], a été déposé en février 2012. Il proposait de nouvelles modifications des dispositions visant la SAR, y compris des restrictions au droit d'appel prévu dans la LIPR pour plusieurs catégories de demandeurs d'asile, ainsi que l'interdiction d'interjeter appel en cas de retrait d'asile ou d'annulation d'une décision (paragraphe 110(2) de la LIPR). Il a reçu la sanction royale le 28 juin 2012.

[86] Les modifications proposées en 2010 et en 2012 sont entrées en vigueur le 15 décembre 2012, et la SAR a été officiellement instituée. Comme nous l'avons dit, l'historique législatif n'est pas déterminant et ne doit pas recevoir une importance indue dans la recherche de l'intention du législateur (*CN c. Canada*, au paragraphe 47). Il est néanmoins instructif de tenir compte des déclarations de la ministre à l'origine de la législation, ainsi que des autres intervenants ayant participé directement à son élaboration.

[87] Lorsque le projet de loi C-11 a été déposé, la sous-ministre adjointe Joan Atkinson a souligné que le recours à des formations ne comprenant qu'un seul commissaire (la SPR) serait compensé par l'introduction du droit d'appel auprès de la SAR pour les demandeurs (Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration, *Témoignages*, 37<sup>e</sup> lég., 1<sup>re</sup> sess., n<sup>o</sup> 27 (17 mai 2001), à la page 1140, cahier conjoint de jurisprudence et de doctrine, partie II, vol. 1, onglet 10). De même, l'honorable Elinor Caplan, la ministre responsable du projet de loi, a cru bon de souligner que (*Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires sociales, des sciences et de la technologie*, 37<sup>e</sup> lég., 1<sup>re</sup> sess., n<sup>o</sup> 29 (4 octobre 2001), cahier conjoint de jurisprudence et de doctrine, partie II, vol. 1, onglet 11) :

The whole purpose [of the RAD] is to ensure that the correct decision is made ... Our expectation is that ... the ability of the RAD to fix mistakes will give greater assurance to the Federal Court in the decision making at the IRB. In that way, we will see fewer cases actually given review at the Federal Court. [Emphasis added.]

[88] Peter Showler, former Chairman of the I.R.B., stated the following as to why it would be appropriate to reduce the number of members dealing with refugee claims from two to one (Standing Committee on Citizenship and Immigration, *Evidence*, 37th Parl., 1st Sess., No. 5 (March 20, 2001), at pages 0915–0920 and 0925 in JBA, Part II, Vol. 1, Tab 6):

In contrast to the present model, where claims are normally heard by two-member panels, the vast majority of protection decisions will be made by a single member. Single-member panels are a far more efficient means of determining claims. It is true that claimants will no longer enjoy the benefit of the doubt currently accorded them with two-member panels, and I think that should be noted. However, any perceived disadvantage is more than offset by the creation of the refugee appeal division, the RAD, where all refused claimants and the minister have a right of appeal on RPD decisions.

Appeals to the RAD will be in writing only and will be reviewed by experienced RPD decision-makers with the power to affirm the RPD decision, to set it aside and substitute their own decision, or to refer the matter back to the RPD for a rehearing on particular issues in exceptional cases where it might be necessary to hear additional evidence. We estimate the workload of the RAD will be about 8,000 to 9,000 cases per year, and we intend to equip the division with a corresponding level of staff and resources.

It is expected that the RAD will produce two different but complementary results. By reviewing individual RPD decisions on the merits, the RAD can efficiently remedy errors made by the RPD. That, if you will, is the safety net for the RPD. However, in addition the divisions will ensure consistency in refugee decision-making by developing coherent national jurisprudence in refugee law issues. As I said to this committee before, we don't see

Le but [de la SAR] est d'assurer que la bonne décision est prise [...] Nous voudrions que [...] le fait que la SAR est en mesure de réparer les erreurs éventuelles rassurera la Cour fédérale quant au processus de prise de décisions de la SSR. De cette manière, nous devrions voir moins de dossiers soumis à la Cour fédérale. [Je souligne.]

[88] Peter Showler, ancien président de la C.I.S.R., a expliqué pourquoi il serait opportun que la formation qui instruit les demandes d'asile soit composée d'un commissaire au lieu de deux (Comité permanent de la Citoyenneté et de l'immigration, *Témoignages*, 37<sup>e</sup> lég., 1<sup>re</sup> sess., n<sup>o</sup> 5 (20 mars 2001), aux pages 0915 à 0920 et 0925, cahier conjoint de jurisprudence et de doctrine, partie II, vol. 1, onglet 6) :

Dorénavant, la grande majorité des décisions de protection seront rendues par un seul commissaire, contrairement au modèle actuel en vertu duquel les revendications sont normalement entendues par un tribunal composé de deux commissaires. Les audiences tenues par un commissaire unique sont un moyen beaucoup plus efficace de trancher les revendications. Il est vrai que les revendicateurs ne pourront plus tirer profit du bénéfice du doute actuellement accordé par un tribunal composé de deux commissaires. Toutefois, cet inconvénient perçu est largement compensé par la création de la section d'appel des réfugiés, la SAR, où tous les demandeurs d'asile déboutés et le ministre pourront interjeter appel des décisions rendues par la SPR.

Les appels interjetés devant la SAR seront uniquement faits par écrit et examinés par des décideurs chevronnés de la SPR, dotés des pouvoirs de confirmer la décision de celle-ci, de l'infirmier ou de lui substituer leurs propres décisions; ou encore, dans certains cas exceptionnels où il sera nécessaire d'entendre des témoignages supplémentaires de vive voix, ils pourront renvoyer le cas à la SPR pour une nouvelle audience. Nous avons l'intention de doter la SAR de personnel et de ressources dont elle aura besoin pour traiter, selon nos estimations, entre 8 000 et 9 000 cas par an.

Nous croyons que la SAR obtiendra deux résultats différents, mais complémentaires. En examinant les décisions individuelles de la SPR sur le fond, la SAR pourra, de manière efficace, corriger les erreurs faites par la SPR. De plus, la Section assurera la cohérence dans le processus décisionnel grâce à la jurisprudence uniforme à l'échelle du pays que cette section établira sur les questions liées au droit des réfugiés. Comme je l'ai déjà dit

that as a benefit simply in that it will improve the quality of our decision-making. If there is more coherent, consistent jurisprudence, we think RPD decision-makers can actually make their decisions more quickly as well.

...

So there's a significant difference between them. We think the total result will end up the same as before. But as I've already indicated, we think we will have a better-quality decision—because we'll have had two goes, two kicks, at the can. There's not only been the original decision, but also a clear, authoritative, experienced review of that decision. [Emphasis added.]

[89] Minister Elinor Caplan further stated that (Standing Committee on Citizenship and Immigration, *Evidence*, 37th Parl., 1st Sess., No. 22 (May 8, 2001), at pages 0845, 0935 in JBA, Part II, Vol. 1, Tab 8):

Bill C-11 will create a new Refugee Appeal Division at the IRB to hear appeals on merit for decisions on refugee claims, rendering the system both faster and fairer by providing a mechanism to correct error in the first instance.

...

... Also I want to clarify that the RAD, the Refugee Appeal Division is not a second hearing. It is a review on merit of the hearing that took place at the Refugee Protection Division.

[90] At the second reading of the private Member's bill presented in 2007, Member of Parliament Richard Nadeau referred to a number of systemic considerations justifying the establishment of the RAD, including the need for more efficiency. This particular need had been described as follows by the Canadian Council for Refugees: “[a] specialized appeal division for refugee matters can deal much more efficiently with unsuccessful claimants than the Federal Court .... The refugee appeals division can do a better job of correcting errors of law and fact”: *House of Commons Debates*, 39th Parl., 1st Sess., Vol. 141, No. 122 (March 2, 2007), at page 7569 in JBA, Part II, Vol. 1, Tab 15.

devant votre comité, ce système n'aura pas selon nous pour seul avantage d'améliorer la qualité de nos décisions. Si la jurisprudence est plus cohérente et uniforme, les décideurs de la SPR pourront en fait également rendre leurs décisions plus rapidement.

[...]

Il y a donc une importante différence entre les deux. Nous pensons qu'en fin de compte le délai sera le même délai qu'auparavant. Mais comme je l'ai déjà dit, nous escomptons des décisions de meilleure qualité, parce que nous aurons bénéficié de deux essais. Il y aura en effet la décision originale, suivie d'une révision de cette décision par des personnes expérimentées et faisant autorité. [Je souligne.]

[89] La ministre Caplan a ajouté ultérieurement (Comité permanent de la Citoyenneté et de l'immigration, *Témoignages*, 37<sup>e</sup> lég., 1<sup>re</sup> sess., n<sup>o</sup> 22 (8 mai 2001), aux pages 0845 et 0935, cahier conjoint de jurisprudence et de doctrine, partie II, vol. 1, onglet 8) :

Le projet de loi C-11 créera, à la CISR, une nouvelle Section d'appel des réfugiés chargée d'entendre les appels au fond des décisions sur les demandes d'asile, cette section rendra le système plus rapide et plus équitable en servant de mécanisme pour corriger les erreurs du premier palier de décision.

[...]

[...] Je veux également préciser que la SAR, la Section d'appel des réfugiés, n'offre pas la possibilité d'une deuxième audience. Elle effectue un examen du bien-fondé des informations données lors de l'audience tenue par la Section de protection des réfugiés.

[90] Lors de la deuxième lecture du projet de loi d'initiative parlementaire déposé en 2007, le député Richard Nadeau a évoqué une série de critères systémiques justifiant la création de la SAR, y compris la nécessité d'accroître l'efficacité. Cette nécessité a été précisée comme suit par le Conseil canadien pour les réfugiés : « Une section d'appel spécialisée pour des questions de réfugiés est une instance bien plus efficace pour traiter les demandeurs déboutés que ne peut l'être la Cour fédérale [...] La correction des erreurs de droit comme de faits est donc mieux assurée avec la Section d'appel des réfugiés » (*Débats de la Chambre des communes*, 39<sup>e</sup> lég., 1<sup>re</sup> sess., vol. 141, n<sup>o</sup> 122 (2 mars



[91] During the debate on the second reading of Bill C-11 on April 26, 2010, the Honourable Jason Kenney, then-Minister of Citizenship and Immigration, stated (*House of Commons Debates*, 40th Parl., 3rd Sess., Vol. 145, No. 033 (April 26, 2010), at page 1945 in JBA, Part II, Vol. 2, Tab 24):

The proposed new system would also include, and this is very important, a full appeal for most claimants. Unlike the appeal process proposed in the past and the one dormant in our current legislation, this refugee appeal division, or RAD, would allow for the introduction of new evidence and, in certain circumstances, provide for an oral hearing. [Emphasis added.]

[92] Then, on May 4, 2010, Minister Kenney pointed out before the Standing Committee on Citizenship and Immigration (*Evidence*, 40th Parl., 3rd Sess., No. 012 (May 4, 2010), at pages 2, 7 in JBA, Part II, Vol. 2, Tab 25):

... However, there is finally an appeal section, which is even better than what was provided by the legislation in 2002.

This new appeal division would provide most claimants with a second chance, an opportunity to introduce new evidence about their claim and to do so in an oral hearing, if necessary. And, significantly, Mr. Chairman, the bill would make it possible to remove those who would abuse our system within a year of their final IRB decision.

...

I want to underscore that the refugee appeal division foreseen in the Immigration and Refugee Protection Act 2003, and proposed, for instance, in Mr. St-Cyr's private member's bill, does not actually include, as does the RAD in Bill C-11, the ability to present new evidence and in certain cases to have an oral hearing before the appeal division decision-maker. This is an improved RAD. It's an additional level of administrative fairness, but it's not going to happen if we don't achieve the other streamlining

2007), à la page 7569, cahier conjoint de jurisprudence et de doctrine, partie II, vol. 1, onglet 15).

[91] Le 26 avril 2010, lors du débat en deuxième lecture du projet de loi C-11, l'honorable Jason Kenney, alors ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, s'est prononcé comme suit (*Débats de la Chambre des communes*, 40<sup>e</sup> lég., 3<sup>e</sup> sess., vol. 145, n<sup>o</sup> 033 (26 avril 2010), à la page 1945, cahier conjoint de jurisprudence et de doctrine, partie II, vol. 2, onglet 24) :

Il est très important de noter que le nouveau système proposé comprendrait également une procédure d'appel complète. Contrairement à la procédure d'appel proposée dans le passé et à celle qui est en veilleuse dans la loi actuelle, cette section d'appel pour les réfugiés permettrait la présentation de nouveaux éléments de preuve et, dans certains cas, la tenue d'une audience. [Je souligne.]

[92] Le 4 mai 2010, le ministre Kenney a fait les observations suivantes devant le Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration (*Témoignages*, 40<sup>e</sup> lég., 3<sup>e</sup> sess., n<sup>o</sup> 012 (4 mai 2010), aux pages 2 et 7, cahier conjoint de jurisprudence et de doctrine, partie II, vol. 2, onglet 25) :

[...] Toutefois, il y a enfin une section d'appel, ce qui est même mieux que ce qui était prévu par la loi en 2002.

Cette nouvelle Section d'appel des réfugiés fournirait à la plupart des demandeurs une seconde chance, une possibilité de présenter de nouveaux éléments de preuve relativement à leur demande, et de le faire dans le cadre d'une audience, au besoin. Puis, il m'importe de mentionner que la loi permettra d'exécuter le renvoi des personnes qui feraient un usage abusif de notre système, et ce, dans un délai d'un an suivant une décision définitive défavorable de la CISR quant à leur demande

[...]

Je voudrais souligner que la Section d'appel des réfugiés prévue dans la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, 2003, et proposée dans le projet de loi d'initiative parlementaire de M. St-Cyr, n'inclut pas, comme le fait la SAR prévue dans le projet de loi C-11, la possibilité de présenter de nouveaux éléments de preuve et dans certains cas de tenir une audience verbale devant le décisionnaire de la section d'appel. Il s'agit là d'une SAR améliorée. Cela permet d'avoir une plus

in the system that the package speaks to. [Emphasis added.]

[93] Minister Kenney added before the Senate Committee on Social Affairs, Science and Technology (*Proceedings of the Standing Senate Committee on Social Affairs, Science and Technology*, 40th Parl., 3rd Sess., No. 11 (June 22, 2010), at pages 11:14 and 11:19 in JBA, Part II, Vol. 2, Tab 34):

....The result would be a streamlined system that would actually add greater procedural fairness, through the creation of what's known as the Refugee Appeal Division. This would allow failed claimants a full appeal of their claims.

In terms of our system, Bill C-11 would provide for the following. First, the creation of a new interview with an Immigration and Refugee Board public servant, in place of a written form, early in the claims process. In our opinion, that would speed up the process and make it more efficient. Second, independent decision makers at the Refugee Protection Division of the IRB who are public servants rather than political appointees. That means that people who hold the hearings for asylum claimants will be, after those reforms, IRB officials rather than cabinet appointees. Third, a new fact-based refugee appeal division that even surpasses what refugee advocates have requested for a long time.

...

....The initial hearing at the Refugee Protection Division and the appeal at the Refugee Appeal Division both constitute an analysis of the risk faced by the claimant. Will they face a risk of torture or threat to their life if returned to their country of origin? .... Our position is that once you have had two negative risk assessments — that is, once an IRB officer has looked at your case and said that you do not face risk if returned to your country and a refugee appeal decision maker has made the same decision — we do not think it is appropriate to have a third, redundant, risk assessment based on that legal criteria of risk, which is now embedded in sections 96 and 97 of the Immigration and Refugee Protection Act. [Emphasis added.]

grande équité dans les mesures administratives, mais ce ne sera possible qu'avec la rationalisation d'autres éléments du système qui est indiquée dans les propositions. [Je souligne.]

[93] Le ministre Kenney a ajouté lors de son témoignage devant le Comité sénatorial permanent des affaires sociales, des sciences et de la technologie (*Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires sociales, des sciences et de la technologie*, 40<sup>e</sup> lég., 3<sup>e</sup> sess., n<sup>o</sup> 11 (22 juin 2010), aux pages 11:14 et 11:19, dans le cahier conjoint de jurisprudence et de doctrine, partie II, vol. 2, onglet 34) :

[...] Grâce à la création de la section d'appel des réfugiés, nous disposerions d'un système simplifié qui, dans les faits, renforcerait l'équité procédurale. Ainsi, les demandeurs déboutés auraient droit à un processus d'appel complet.

Voici ce que prévoit le projet de loi C-11 en ce qui concerne notre système. Tout d'abord, la tenue d'une nouvelle entrevue avec un fonctionnaire de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada en début de processus au lieu du formulaire écrit. D'après nous, cela accélérera le processus et le rendra plus efficace. Deuxièmement, des fonctionnaires chargés des décisions indépendantes à la section de la protection des réfugiés au lieu de nominations politiques. Cela veut dire que les gens qui président aux audiences auprès des demandeurs d'asile seront, à la suite de ces réformes, des fonctionnaires situés à la CISR au lieu des nominations du Conseil des ministres. Troisièmement, une nouvelle Section d'appel des réfugiés, qui s'appuie sur des éléments factuels et surpasse ce que réclament depuis longtemps les défenseurs des droits des réfugiés.

[...]

[...] L'audience initiale devant la Section de la protection des réfugiés et l'appel devant la Section d'appel des réfugiés constituent tous deux une analyse du risque auquel s'expose le demandeur d'asile. Le demandeur est-il exposé à un risque de torture ou à une menace à sa vie si on le renvoie dans son pays d'origine? [...] Nous sommes d'avis que, dès le moment où l'évaluation du risque a été deux fois négative — c'est-à-dire une fois que l'agent de la CISR a examiné le dossier et déclaré que la personne ne s'expose à aucun risque si elle est renvoyée dans son pays et si la Section d'appel des réfugiés rend la même décision —, il n'est pas approprié de procéder à une troisième évaluation fondée sur le critère juridique de risque actuellement prévu par les articles 96 et 97 de la

[94] The same idea was reiterated by Minister Kenney during the second reading of Bill C-31, when it was presented in the House of Commons in 2012 (*House of Commons Debates*, 41st Parl., 1st Sess., Vol. 146, No. 090 (March 6, 2012), at page 5874 in JBA, Part II, Vol. 2, Tab 36):

I reiterate that the bill would also create the new refugee appeal division. The vast majority of claimants who are coming from countries that do normally produce refugees would for the first time, if rejected at the refugee protection division, have access to a full fact-based appeal at the refugee appeal division of the IRB. This is the first government to have created a full fact-based appeal.

[95] Shortly thereafter, he added (*House of Commons Debates*, 41st Parl., 1st Sess., Vol. 146, No. 094 (March 12, 2012), at page 6092 in JBA, Part II, Vol. 2, Tab 37):

What we are proposing in C-31 goes above and beyond our legal and humanitarian obligations under both the Charter of Rights and Freedoms and the UN convention on refugees. It proposes an asylum system that would be universally accessible and that would respect absolutely our obligation of non-refoulement of people deemed to be in need of our protection. It would provide access to a full and fair hearing at an independent quasi-judicial body, which again goes above and beyond our charter and UN convention obligations. It would create for the first time a full and fact-based appeal at the refugee appeal division, accessible to the vast majority of failed asylum claimants who lose at the first instance. [Emphasis added.]

[96] From these excerpts, I understand that the legislator expected to create a more efficient process by having a single member of the RPD evaluate each refugee claim, and enabling this decision maker to issue his or her decision more quickly, with the assurance that any error would be corrected on appeal by another specialized decision maker with experience and strong analytical skills.

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, évaluation qui serait redondante. [Je souligne.]

[94] Le ministre Kenney reprend les mêmes arguments à l'occasion de la deuxième lecture du projet de loi C-31, déposé à la Chambre des communes en 2012 (*Débats de la Chambre des communes*, 41<sup>e</sup> lég., 1<sup>re</sup> sess., vol. 146, n<sup>o</sup> 090 (6 mars 2012), à la page 5874, cahier conjoint de jurisprudence et de doctrine, partie II, vol. 2, onglet 36) :

Je répète que le projet de loi créerait également la Section d'appel des réfugiés. La grande majorité des demandeurs qui viennent de pays qui ne produisent pas normalement de réfugiés auraient, pour la première fois, en cas de refus par la Section de la protection des réfugiés, accès à un appel fondé sur les faits devant la Section d'appel des réfugiés de la CISR. Nous sommes le premier gouvernement à avoir créé un véritable appel fondé sur l'établissement des faits.

[95] Il a ajouté ce qui suit peu de temps après (*Débats de la Chambre des communes*, 41<sup>e</sup> lég., 1<sup>re</sup> sess., vol. 146, n<sup>o</sup> 094 (12 mars 2012), à la page 6092, cahier conjoint de jurisprudence et de doctrine, partie II, vol. 2, onglet 37) :

Ce que nous préconisons dans le projet de loi C-31 excède nos obligations juridiques et humanitaires aux termes de la Charte des droits et libertés et de la Convention des Nations Unies sur les réfugiés. Cette mesure propose un système d'asile universellement accessible qui respecterait assurément notre obligation à l'égard du principe de non-refoulement des personnes qui ont besoin de la protection du Canada. Elle prévoit une audience complète et équitable devant un organisme quasi judiciaire indépendant, ce qui va bien au-delà de nos obligations en vertu de la Charte et de la Convention des Nations Unies. Le projet de loi permettrait, pour la première fois, à la grande majorité des demandeurs à qui on a refusé l'asile à la première instance d'interjeter appel et d'exposer leur situation à la Section d'appel des réfugiés. [Je souligne.]

[96] Au vu de ces extraits, il m'apparaît clair que le législateur souhaitait créer un processus plus efficace en demandant à un commissaire unique de la SPR d'examiner les demandes d'asile, et en habilitant celui-ci à rendre plus rapidement sa décision, tout en sachant que toute erreur de sa part serait redressée en appel par un autre décideur spécialisé, d'expérience et doté d'une bonne capacité d'analyse.

[97] Rather than systematically holding a second hearing on appeal, which might delay the RAD's final decisions on refugee claims, the claimants' second "kick at the can" on appeal (see paragraph 88 above) was to be done on the basis of the record before the RPD, except in limited cases where new evidence would be admitted and the requirements of subsection 110(6) were fulfilled.

[98] The RAD was essentially viewed as the safety net that would catch all mistakes made by the RPD, be it on the law or the facts. This confirms my prior conclusion that the legislator intended the RAD to review the RPD decisions on the standard of correctness.

[99] This appears to be substantially in line with the submissions of the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) on Bill C-31, in which the UNHCR noted that on an appeal in respect of refugee claims, the decision maker should have the jurisdiction to review questions of both fact and law, be able to accept and assess new evidence, and to recognize refugees independently: *UNHCR Submission on Bill C-31: Protecting Canada's Immigration System Act*, May 2012, online: UNHCR Canada <<http://www.unhcr.ca/newsroom/publications/>> in JBA, Part I, Vol. 4, Tab 93.

[100] It was certainly expected in 2001 that the workload of the RAD would be important (i.e., 8 000 to 9 000 cases annually) and the I.R.B.'s intent was to equip the new division with a corresponding level of staff and resources. The then-chairman of the I.R.B. appears to have had no issue with respect to the capacity (in terms of staff and resources) of the RAD to substantively review RPD decisions on the merits and remedy errors made by the RPD: see above, at paragraph 88. There is no indication that this exercise was viewed as a useless duplication of the work of the RPD, for this is exactly what justified reducing the number of members on the RPD panel involved in reviewing each refugee claim. It would certainly be more efficient to have only one

[97] Au lieu d'une deuxième audience obligatoire en appel — laquelle pourrait retarder la décision définitive de la SAR à l'égard d'une demande d'asile — le « deuxième essai » en appel consenti au demandeur (paragraphe 88 ci-dessus) devait reposer sur le dossier présenté à la SPR, sauf dans des cas exceptionnels dans lesquels de nouveaux éléments de preuves pouvaient être admis et sous réserve du respect des exigences du paragraphe 110(6).

[98] Essentiellement, la SAR devait servir de filet de sécurité puisqu'elle devait rattraper les erreurs de droit ou de fait de la SPR. Cela me conforte dans ma première conclusion quant à l'intention du législateur de confier à la SAR la mission d'examiner les décisions de la SPR en fonction de la norme de la décision correcte.

[99] Apparemment, cet objectif rejoint les commentaires du Haut-Commissariat des Nations Unies aux réfugiés (HCR) sur le projet de loi C-31, qui soutient que dans la procédure d'appel des décisions en matière d'asile, le décideur doit pouvoir examiner les questions de fait et de droit, accueillir et apprécier de nouveaux éléments de preuve, et reconnaître les réfugiés sur une base indépendante (*Commentaires du HCR sur le projet de loi C-31 : Loi visant à protéger le système d'immigration au Canada*, mai 2012, site du HCR Canada : <<http://www.unhcr.ca/fr/download-app/publications/>>, cahier conjoint de jurisprudence et de doctrine, partie I, vol. 4, onglet 93).

[100] Il était certainement à prévoir en 2001 que la SAR devrait composer avec une lourde charge de travail (entre 8 000 et 9 000 dossiers par année), et la C.I.S.R. avait donc projeté de doter la nouvelle section des ressources humaines et matérielles suffisantes. Le président de la C.I.S.R. de l'époque ne semblait aucunement douter de la capacité (eu égard aux ressources humaines et matérielles) de la SAR à examiner les décisions de la SPR au fond et à corriger les erreurs de celle-ci (paragraphe 88 ci-dessus). Apparemment, cet exercice n'était aucunement perçu comme un dédoublement inutile du travail de la SPR — c'est pour cette raison même qu'on a réduit le nombre de commissaires composant les formations de la SPR chargées d'examiner les demandes d'asile. Il

instead of two decision makers routinely involved in preparing and holding a hearing.

[101] The restrictions on the claimants' right to appeal introduced in 2012 would necessarily, in and of themselves, reduce the caseload of the RAD, while the other provision introduced expanded the RAD's ability to admit new evidence.

[102] The efficiency contemplated here by the legislator (that is, a more quickly-reached decision by a single member, usually reviewed—where the right of appeal exists—by a member of the RAD, generally without the need to hold a second hearing to correct any mistakes), as well as the legislator's intention to assign the resources necessary to achieve this aim, are quite distinct from the considerations driving the judicial policy described in *Housen* and incorporated in the factors of *Newton*.

#### (4) Conclusion on statutory interpretation

[103] I conclude from my statutory analysis that with respect to findings of fact (and mixed fact and law) such as the one involved here, which raised no issue of credibility of oral evidence, the RAD is to review RPD decisions applying the correctness standard. Thus, after carefully considering the RPD decision, the RAD carries out its own analysis of the record to determine whether, as submitted by the appellant, the RPD erred. Having done this, the RAD is to provide a final determination, either by confirming the RPD decision or setting it aside and substituting its own determination of the merits of the refugee claim. It is only when the RAD is of the opinion that it cannot provide such a final determination without hearing the oral evidence presented to the RPD that the matter can be referred back to the RPD for redetermination. No other interpretation of the relevant statutory provisions is reasonable.

[104] Thus, the RAD erred by applying the reasonableness standard to the RPD's analysis of the objective evidence regarding state protection and to its conclusion

semble certainement plus efficace de confier les activités courantes de préparation et de tenue des audiences à un seul décideur plutôt qu'à deux.

[101] Forcément, les restrictions imposées au droit d'appel des demandeurs d'asile en 2012 auraient pour effet d'alléger la charge de travail de la SAR, alors que l'autre disposition adoptée a élargi son droit de recevoir de nouveaux éléments de preuve.

[102] L'efficacité recherchée par le législateur (décision rendue plus rapidement par un seul commissaire et généralement examinée — si un droit d'appel est prévu — par un commissaire de la SAR, sans nécessité d'une deuxième audience la plupart du temps pour corriger les erreurs), de même que son intention d'affecter les ressources nécessaires pour réaliser cet objectif, s'éloignent passablement des facteurs à l'origine de la politique judiciaire exposée dans l'arrêt *Housen* et intégrée aux critères pris en compte dans l'arrêt *Newton*.

#### 4) Conclusion concernant l'interprétation des textes législatifs

[103] Au terme de mon analyse des dispositions législatives, je conclus que, concernant les conclusions de fait (ainsi que les conclusions mixtes de fait et de droit) comme celle dont il est question ici, laquelle ne soulève pas la question de la crédibilité des témoignages de vive voix, la SAR doit examiner les décisions de la SPR en appliquant la norme de la décision correcte. Ainsi, après examen attentif de la décision de la SPR, la SAR doit effectuer sa propre analyse du dossier afin de décider si la SPR a bel et bien commis l'erreur alléguée par l'appelant. Après cette étape, la SAR peut statuer sur l'affaire de manière définitive, soit en confirmant la décision de la SPR, soit en cassant celle-ci et en y substituant sa propre décision sur le fond de la demande d'asile. L'affaire ne peut être renvoyée à la SPR pour réexamen que si la SAR conclut qu'elle ne peut rendre une décision définitive sans entendre les témoignages de vive voix présentés à la SPR. Nulle autre interprétation des dispositions législatives pertinentes ne serait raisonnable.

[104] Ainsi, la SAR a commis une erreur en appliquant la norme de la décision raisonnable à l'analyse de la SPR concernant la preuve objective de la protection

in that respect. I would, therefore, dismiss the appeal with costs to the respondents.

[105] I wish to thank the interveners for their excellent submissions, which were quite useful.

[106] In light of paragraphs 23 and 24 above, I would reformulate the certified question as follows:

Was it reasonable for the RAD to limit its role to a review of the reasonableness of the RPD's findings of fact (or mixed fact and law), which involved no issue of credibility?

Answer: No. The RAD ought to have applied the correctness standard of review to determine whether the RPD erred.

WEBB J.A.: I agree.

NEAR J.A.: I agree.

#### APPENDIX A—OTHER RELEVANT PROVISIONS

*Immigration and Refugee Protection Act* (S.C. 2001, c. 27)

##### Appeal allowed

**67 (1)** To allow an appeal, the Immigration Appeal Division must be satisfied that, at the time that the appeal is disposed of,

(a) the decision appealed is wrong in law or fact or mixed law and fact;

(b) a principle of natural justice has not been observed; or

(c) other than in the case of an appeal by the Minister, taking into account the best interests of a child directly affected by the decision, sufficient humanitarian and compassionate considerations warrant special relief in light of all the circumstances of the case.

de l'État et à sa conclusion afférente. Par ces motifs, je rejeterais l'appel avec dépens en faveur des intimés.

[105] Je tiens à souligner l'excellente qualité des observations présentées par les intervenants, qui m'ont été d'une grande utilité.

[106] À la lumière des paragraphes 23 et 24 ci-devant, je reformulerais la question certifiée comme suit :

Était-il raisonnable de la part de la SAR de limiter son rôle à l'examen du caractère raisonnable des conclusions de fait (ou des conclusions mixtes de fait et de droit) de la SPR, lesquelles ne mettent pas en cause la question de la crédibilité?

Réponse : Non. La SAR aurait dû appliquer la norme de la décision correcte dans le cadre de son examen visant à décider si la SPR a commis une erreur.

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

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

#### ANNEXE A — AUTRES DISPOSITIONS APPLICABLES

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (L.C. 2001, ch. 27)

##### Fondement de l'appel

**67 (1)** Il est fait droit à l'appel sur preuve qu'au moment où il en est disposé :

a) la décision attaquée est erronée en droit, en fait ou en droit et en fait;

b) il y a eu manquement à un principe de justice naturelle;

c) sauf dans le cas de l'appel du ministre, il y a — compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant directement touché — des motifs d'ordre humanitaire justifiant, vu les autres circonstances de l'affaire, la prise de mesures spéciales.

**Effect**

(2) If the Immigration Appeal Division allows the appeal, it shall set aside the original decision and substitute a determination that, in its opinion, should have been made, including the making of a removal order, or refer the matter to the appropriate decision-maker for reconsideration.

...

**Application for judicial review**

**72 (1)** Judicial review by the Federal Court with respect to any matter — a decision, determination or order made, a measure taken or a question raised — under this Act is, subject to section 86.1, commenced by making an application for leave to the Court.

**Application**

(2) The following provisions govern an application under subsection (1):

(a) the application may not be made until any right of appeal that may be provided by this Act is exhausted;

(b) subject to paragraph 169(f), notice of the application shall be served on the other party and the application shall be filed in the Registry of the Federal Court (“the Court”) within 15 days, in the case of a matter arising in Canada, or within 60 days, in the case of a matter arising outside Canada, after the day on which the applicant is notified of or otherwise becomes aware of the matter;

(c) a judge of the Court may, for special reasons, allow an extended time for filing and serving the application or notice;

(d) a judge of the Court shall dispose of the application without delay and in a summary way and, unless a judge of the Court directs otherwise, without personal appearance; and

(e) no appeal lies from the decision of the Court with respect to the application or with respect to an interlocutory judgment.

...

**Judicial review**

**74** Judicial review is subject to the following provisions:

**Effet**

(2) La décision attaquée est cassée; y est substituée celle, accompagnée, le cas échéant, d’une mesure de renvoi, qui aurait dû être rendue, ou l’affaire est renvoyée devant l’instance compétente.

[...]

**Demande d’autorisation**

**72 (1)** Le contrôle judiciaire par la Cour fédérale de toute mesure — décision, ordonnance, question ou affaire — prise dans le cadre de la présente loi est, sous réserve de l’article 86.1, subordonné au dépôt d’une demande d’autorisation.

**Application**

(2) Les dispositions suivantes s’appliquent à la demande d’autorisation :

a) elle ne peut être présentée tant que les voies d’appel ne sont pas épuisées;

b) elle doit être signifiée à l’autre partie puis déposée au greffe de la Cour fédérale — la Cour — dans les quinze ou soixante jours, selon que la mesure attaquée a été rendue au Canada ou non, suivant, sous réserve de l’alinéa 169f), la date où le demandeur en est avisé ou en a eu connaissance;

c) le délai peut toutefois être prorogé, pour motifs valables, par un juge de la Cour;

d) il est statué sur la demande à bref délai et selon la procédure sommaire et, sauf autorisation d’un juge de la Cour, sans comparution en personne;

e) le jugement sur la demande et toute décision interlocutoire ne sont pas susceptibles d’appel.

[...]

**Demande de contrôle judiciaire**

**74** Les règles suivantes s’appliquent à la demande de contrôle judiciaire :

(a) the judge who grants leave shall fix the day and place for the hearing of the application;

(b) the hearing shall be no sooner than 30 days and no later than 90 days after leave was granted, unless the parties agree to an earlier day;

(c) the judge shall dispose of the application without delay and in a summary way; and

(d) subject to section 87.01, 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.

...

153...

#### Qualification

(4) The Deputy Chairperson of the Immigration Appeal Division and a majority of the Assistant Deputy Chairpersons of that Division and at least 10 per cent of the members of the Divisions referred to in subsection (1) must be members of at least five years standing at the bar of a province or notaries of at least five years standing at the Chambre des notaires du Québec.

...

#### Powers of a commissioner

165 The Refugee Protection Division, the Refugee Appeal Division and the Immigration Division and each member of those Divisions have the powers and authority of a commissioner appointed under Part I of the *Inquiries Act* and may do any other thing they consider necessary to provide a full and proper hearing.

...

#### Proceedings

170 The Refugee Protection Division, in any proceeding before it,

(a) may inquire into any matter that it considers relevant to establishing whether a claim is well-founded;

(b) must hold a hearing;

a) le juge qui accueille la demande d'autorisation fixe les date et lieu d'audition de la demande;

b) l'audition ne peut être tenue à moins de trente jours — sauf consentement des parties — ni à plus de quatre-vingt-dix jours de la date à laquelle la demande d'autorisation est accueillie;

c) le juge statue à bref délai et selon la procédure sommaire;

d) sous réserve de l'article 87.01, 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.

[...]

153 [...]

#### Qualité

(4) Le vice-président de la Section d'appel de l'immigration, la majorité des vice-présidents adjoints de cette section et au moins dix pour cent des commissaires visés au paragraphe (1) sont obligatoirement inscrits, depuis au moins cinq ans, au barreau d'une province ou membres de la Chambre des notaires du Québec.

[...]

#### Pouvoir d'enquête

165 La Section de la protection des réfugiés, la Section d'appel des réfugiés et la Section de l'immigration et chacun de leurs commissaires sont investis des pouvoirs d'un commissaire nommé aux termes de la partie I de la *Loi sur les enquêtes* et peuvent prendre les mesures que ceux-ci jugent utiles à la procédure.

[...]

#### Fonctionnement

170 Dans toute affaire dont elle est saisie, la Section de la protection des réfugiés :

a) procède à tous les actes qu'elle juge utiles à la manifestation du bien-fondé de la demande;

b) dispose de celle-ci par la tenue d'une audience;



(c) must notify the person who is the subject of the proceeding and the Minister of the hearing;

(d) must provide the Minister, on request, with the documents and information referred to in subsection 100(4);

(d.1) may question the witnesses, including the person who is the subject of the proceeding;

(e) must give the person and the Minister a reasonable opportunity to present evidence, question witnesses and make representations;

(f) may, despite paragraph (b), allow a claim for refugee protection without a hearing, if the Minister has not notified the Division, within the period set out in the rules of the Board, of the Minister's intention to intervene;

(g) is not bound by any legal or technical rules of evidence;

(h) may receive and base a decision on evidence that is adduced in the proceedings and considered credible or trustworthy in the circumstances; and

(i) may take notice of any facts that may be judicially noticed, any other generally recognized facts and any information or opinion that is within its specialized knowledge.

...

#### Proceedings

**175 (1)** The Immigration Appeal Division, in any proceeding before it,

(a) must, in the case of an appeal under subsection 63(4), hold a hearing;

(b) is not bound by any legal or technical rules of evidence; and

(c) may receive and base a decision on evidence adduced in the proceedings that it considers credible or trustworthy in the circumstances.

*Refugee Appeal Division Rules (SOR/2012-257)*

3 ...

c) convoque la personne en cause et le ministre;

d) transmet au ministre, sur demande, les renseignements et documents fournis au titre du paragraphe 100(4);

d.1) peut interroger les témoins, notamment la personne en cause;

e) donne à la personne en cause et au ministre la possibilité de produire des éléments de preuve, d'interroger des témoins et de présenter des observations;

f) peut accueillir la demande d'asile sans qu'une audience soit tenue si le ministre ne lui a pas, dans le délai prévu par les règles, donné avis de son intention d'intervenir;

g) n'est pas liée par les règles légales ou techniques de présentation de la preuve;

h) peut recevoir les éléments qu'elle juge crédibles ou dignes de foi en l'occurrence et fonder sur eux sa décision;

i) peut admettre d'office les faits admissibles en justice et les faits généralement reconnus et les renseignements ou opinions qui sont du ressort de sa spécialisation.

[...]

#### Fonctionnement

**175 (1)** Dans toute affaire dont elle est saisie, la Section d'appel de l'immigration :

a) dispose de l'appel formé au titre du paragraphe 63(4) par la tenue d'une audience;

b) n'est pas liée par les règles légales ou techniques de présentation de la preuve;

c) peut recevoir les éléments qu'elle juge crédibles ou dignes de foi en l'occurrence et fonder sur eux sa décision.

*Règles de la Section d'appel des réfugiés (DORS/2012-257)*

3 [...]

**Content of appellant's record**

(3) The appellant's record must contain the following documents, on consecutively numbered pages, in the following order:

...

(g) a memorandum that includes full and detailed submissions regarding

(i) the errors that are the grounds of the appeal,

(ii) where the errors are located in the written reasons for the Refugee Protection Division's decision that the appellant is appealing or in the transcript or in any audio or other electronic recording of the Refugee Protection Division hearing.

*Immigration and Refugee Protection Regulations (SOR/2002-227)*

Appeal to Refugee Appeal Division

**Time limit for appeal**

**159.91 (1)** Subject to subsection (2), for the purpose of subsection 110(2.1) of the Act,

(a) the time limit for a person or the Minister to file an appeal to the Refugee Appeal Division against a decision of the Refugee Protection Division is 15 days after the day on which the person or the Minister receives written reasons for the decision; and

(b) the time limit for a person or the Minister to perfect such an appeal is 30 days after the day on which the person or the Minister receives written reasons for the decision.

*Commissioner's Standing Orders (Grievances and Appeals) (SOR/2014-289)*

**Decision at final level**

**18 (1)** An adjudicator may dispose of a grievance at the final level by rendering a decision

(a) dismissing the grievance and confirming the decision rendered at the initial level; or

**Contenu du dossier de l'appelant**

(3) Le dossier de l'appelant comporte les documents ci-après, sur des pages numérotées consécutivement, dans l'ordre qui suit :

[...]

g) un mémoire qui inclut des observations complètes et détaillées concernant :

(i) les erreurs commises qui constituent les motifs d'appel,

(ii) l'endroit où se trouvent ces erreurs dans les motifs écrits de la décision de la Section de la protection des réfugiés portée en appel ou dans la transcription ou dans tout enregistrement audio ou électronique de l'audience tenue devant cette dernière.

*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés (DORS/2002-227)*

Appel devant la Section d'appel des réfugiés

**Délais d'appel**

**159.91 (1)** Pour l'application du paragraphe 110(2.1) de la Loi et sous réserve du paragraphe (2), la personne en cause ou le ministre qui porte en appel la décision de la Section de la protection des réfugiés le fait dans les délais suivants :

a) pour interjeter appel de la décision devant la Section d'appel des réfugiés, dans les quinze jours suivant la réception, par la personne en cause ou le ministre, des motifs écrits de la décision;

b) pour mettre en état l'appel, dans les trente jours suivant la réception, par la personne en cause ou le ministre, des motifs écrits de la décision.

*Consignes du commissaire (griefs et appels) (DORS/2014-289)*

**Décision au dernier niveau**

**18 (1)** L'arbitre qui dispose d'un grief de dernier niveau peut rendre une décision :

a) le rejetant et confirmant la décision de premier niveau;

(b) allowing the grievance and

(i) remitting the matter, with directions for reconsidering the decision, act or omission, to the respondent or to the person who is responsible for the reconsideration,

(ii) remitting the matter, with directions for rendering a new decision to the adjudicator at the initial level or to another adjudicator, or

(iii) directing any appropriate redress.

#### Considerations

(2) An adjudicator, when rendering the decision, must consider whether the decision at the initial level contravenes the principles of procedural fairness, is based on an error of law or is clearly unreasonable.

...

#### Decision of Commissioner

**33 (1)** The Commissioner, when rendering a decision as to the disposition of the appeal, must consider whether the decision that is the subject of the appeal contravenes the principles of procedural fairness, is based on an error of law or is clearly unreasonable.

#### Non-compliance with direction

(2) Despite subsection (1), the Commissioner may, subject to the principles of procedural fairness, dispose of an appeal against the interests of a party that has failed to comply with any of his or her directions.

*Corrections and Conditional Release Act* (S.C. 1992, c. 20)

147 ...

#### Conditions of immediate release

(5) The Appeal Division shall not render a decision under subsection (4) that results in the immediate release of an offender from imprisonment unless it is satisfied that

(a) the decision appealed from cannot reasonably be supported in law, under the applicable policies of the Board, or on the basis of the information available to the Board in its review of the case; and

(b) a delay in releasing the offender from imprisonment would be unfair.

b) l'accueillant et :

(i) renvoyant l'affaire avec des directives relatives au réexamen de la décision, de l'acte ou de l'omission à l'intimé ou à la personne chargée de faire un tel réexamen,

(ii) renvoyant l'affaire à l'arbitre qui a rendu la décision au premier niveau ou à un autre arbitre, avec des directives en vue d'une nouvelle décision,

(iii) ordonnant la réparation qui s'impose.

#### Éléments à considérer

(2) Lorsqu'il rend la décision, l'arbitre évalue si la décision de premier niveau contrevient aux principes d'équité procédurale, est entachée d'une erreur de droit ou est manifestement déraisonnable.

[...]

#### Décision du commissaire

**33 (1)** Lorsqu'il rend une décision sur la disposition d'un appel, le commissaire évalue si la décision qui fait l'objet de l'appel contrevient aux principes d'équité procédurale, est entachée d'une erreur de droit ou est manifestement déraisonnable.

#### Décision — non-respect des directives

(2) Malgré le paragraphe (1), le commissaire peut, sous réserve des principes d'équité procédurale, disposer de l'appel à l'encontre des intérêts de la partie qui ne respecte pas l'une de ses directives.

*Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* (L.C. 1992, ch. 20)

147 [...]

#### Mise en liberté immédiate

(5) Si sa décision entraîne la libération immédiate du délinquant, la Section d'appel doit être convaincue, à la fois, que :

a) la décision visée par l'appel ne pouvait raisonnablement être fondée en droit, en vertu d'une politique de la Commission ou sur les renseignements dont celle-ci disposait au moment de l'examen du cas;

b) le retard apporté à la libération du délinquant serait inéquitable.

A-419-14  
2016 FCA 37

A-419-14  
2016 CAF 37

**Louis Brown, 2202240 Ontario Inc. d/b/a Nor Environmental International** (*Appellants*)

**Louis Brown, 2202240 Ontario Inc. faisant affaire sous le nom de Nor Environmental International** (*appelants*)

v.

c.

**Her Majesty the Queen in Right of Canada and HDT Tactical Systems, Inc. d/b/a HDT Engineered Technologies** (*Respondents*)

**Sa Majesté la Reine du chef du Canada et HDT Tactical Systems, Inc. faisant affaire sous le nom de HDT Engineered Technologies** (*intimées*)

and

et

**Intellectual Property Institute of Canada/Institut de la propriété intellectuelle du Canada** (*Intervener*)

**Institut de la propriété intellectuelle du Canada / Intellectual Property Institute of Canada** (*intervenant*)

**INDEXED AS: BROWN v. CANADA**

**RÉPERTORIÉ : BROWN c. CANADA**

Federal Court of Appeal, Webb, Boivin and de Montigny J.J.A.—Toronto, December 10, 2015; Ottawa, February 5, 2016.

Cour d'appel fédérale, juges Webb, Boivin et de Montigny, J.C.A.—Toronto, 10 décembre 2015; Ottawa, 5 février 2016.

*Patents — Appeal from Federal Court decision granting in part Crown's motion for summary judgment in patent invalidity claim pursuant to Patent Act, s. 53 — Underlying proceedings brought by appellants Brown, Nor Environmental International (NOR) (appellants) against Crown, HDT Tactical Systems (HDT) for infringement of Canadian Patent No. 2285748 ('748 patent) — Crown seeking dismissal of appellants' claim, summary judgment for invalidation of Brown's '748 patent on basis Brown member of Canadian Forces when filing patent; as such, breaching statutory obligations under Public Servants Inventions Act (PSIA), s. 4 by failing to disclose public servant status — Federal Court finding that Brown public servant for purposes of PSIA when applying for patent at issue; failing to disclose public servant status as required pursuant to PSIA, s. 4 — Finding that omission constituting untrue allegation — Whether Federal Court erring in concluding that Brown's failure to disclose public servant status at time filing application for '748 patent constituting untrue, material allegation pursuant to Patent Act, s. 53 — Federal Court correctly noting that present matter raising novel issue of relationship between PSIA, s. 4, Patent Act, s. 53 in specific context of voiding patent under Patent Act, s. 53 as result of contravention of PSIA, s. 4 — However, failing to properly conduct analysis of interaction between PSIA, s. 4, Patent Act, s. 53 — Brown using required form specified under Patent Rules (Rules) when filing application*

*Brevets — Appel d'une décision par laquelle la Cour fédérale a accueilli en partie une requête en jugement sommaire présentée par la Couronne dans une action en nullité de brevet en vertu de l'art. 53 de la Loi sur les brevets — La requête a été présentée dans l'action intentée par les appelants, M. Brown et Nor Environmental International (NOR) (les appelants), contre la Couronne et HDT Tactical Systems (HDT) pour contrefaçon du brevet canadien n° 2285748 (le brevet '748) — La Couronne a répondu en cherchant à obtenir le rejet de la demande des appelants et en demandant un jugement sommaire en annulation du brevet '748 de M. Brown au motif qu'il était membre des Forces canadiennes au moment où il a déposé la demande de brevet et, par conséquent, qu'il a manqué aux obligations qui lui incombaient en vertu de l'art. 4 de la Loi sur les inventions des fonctionnaires (LIF), en omettant de révéler sa qualité de fonctionnaire — La Cour fédérale a conclu que M. Brown était un fonctionnaire au sens de la LIF quand il a déposé la demande de brevet en cause sans révéler sa qualité de fonctionnaire comme l'exigeait explicitement l'art. 4 de la Loi — Elle a conclu que cette omission constituait une allégation non conforme à la vérité — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en concluant que l'omission de M. Brown de révéler sa qualité de fonctionnaire au moment où il a déposé sa demande pour le brevet '748 était une allégation importante non conforme à la vérité aux termes de l'art. 53 de la Loi sur les*

*for '748 patent but form silent on disclosure of public servant status — Comparison of forms under Rules, forms under Public Servants Inventions Regulations revealing lack of consistency; thus conflict existing regarding required forms given that forms under Rules not referring to obligation to disclose public servant status whereas obligation existing under Public Servants Inventions Regulations — Pursuant to Patent Act, s. 12(2), Rules having same force, effect as if enacted in Patent Act itself whereas PSIA containing no similar provision; Regulations thereof thus to be considered subordinate legislation — Therefore, Rules carrying greater weight, prevailing over Public Servants Inventions Regulations, supporting conclusion that failure to disclose one's status as public servant not invalidating patent given that such disclosure not required under either Patent Act or Rules — Thus, Federal Court erring in concluding Brown's failure to disclose public servant status when filing application for '748 patent constituting untrue, material allegation pursuant to Patent Act, s. 53(1); failure thereof could not affect validity of '748 patent — Appeal allowed; cross-appeal dismissed.*

*Public Service — Crown seeking summary judgment in patent invalidity claim pursuant to Patent Act, s. 53 — Motion arising in proceedings appellants Brown, Nor Environmental International (NOR) (appellants) bringing against Crown, HDT Tactical Systems (HDT) for patent infringement — Crown claiming Brown's patent invalid on basis Brown member of Canadian Forces when filing patent; as such, breaching statutory obligations under Public Servants Inventions Act (PSIA), s. 4 by failing to disclose public servant status — Federal Court granting motion in part — Whether Federal Court erring in concluding that Brown public servant within meaning of PSIA, s. 2 when filing application for '748 patent — Federal Court properly concluding that Brown, as member of Supplementary Reserve, "public servant" within meaning of PSIA when applying for patent — Conducting bilingual review of term "public servant" as used in PSIA, s. 2 — Language of PSIA, s. 2 evidencing Parliament's intention to extend definition of "public*

*brevets — C'est avec raison que la Cour a souligné que l'affaire soulevait la question nouvelle de l'interaction entre l'art. 4 de la LIF et l'art. 53 de la Loi sur les brevets dans le contexte précis de l'annulation d'un brevet en vertu de l'art. 53 de la Loi sur les brevets à la suite d'une contravention à l'art. 4 de la LIF — Elle n'a toutefois pas mené correctement son analyse de l'interaction entre l'art. 4 de la LIF et l'art. 53 de la Loi sur les brevets — M. Brown avait utilisé la formule exigée par les Règles sur les brevets (Règles) lorsqu'il a déposé sa demande pour le brevet '748, mais celle-ci est silencieuse sur l'obligation de divulguer sa qualité de fonctionnaire — Une comparaison des formules en vertu des Règles et des formules en vertu du Règlement sur les inventions des fonctionnaires a révélé un manque de cohérence et, partant, un conflit concernant les formes prescrites puisque les formules ne mentionnent aucune obligation de révéler la qualité de fonctionnaire, alors que le Règlement sur les inventions des fonctionnaires exige expressément que la qualité de fonctionnaire du demandeur soit révélée — Aux termes de l'art. 12(2) de la Loi sur les brevets, les Règles ont la même force et le même effet que si elles avaient été édictées dans la Loi sur les brevets elle-même, tandis que la LIF ne contient aucune disposition semblable et son règlement doit donc être considéré comme un texte d'application — Par conséquent, les Règles ont plus de poids et prévalent sur le Règlement sur les inventions des fonctionnaires, étayant ainsi la conclusion selon laquelle l'omission de divulguer la qualité de fonctionnaire n'invalidé pas un brevet, étant donné qu'une telle divulgation n'est pas requise en vertu de la Loi sur les brevets ou de ses règles — La Cour fédérale a donc commis une erreur lorsqu'elle a conclu que l'omission de M. Brown de révéler sa qualité de fonctionnaire au moment où il a déposé sa demande pour le brevet '748 était une allégation importante non conforme à la vérité aux termes de l'art. 53(1) de la Loi sur les brevets; cette omission ne pouvait pas avoir d'effet sur la validité du brevet '748 — Appel accueilli; appel incident rejeté.*

*Fonction publique — La Couronne a présenté une requête en jugement sommaire dans une action en nullité de brevet en vertu de l'art. 53 de la Loi sur les brevets — La requête a été présentée dans l'action intentée par les appelants, M. Brown et Nor Environmental International (NOR) (les appelants), contre la Couronne et HDT Tactical Systems (HDT) pour contrefaçon de brevet — La Couronne a allégué que le brevet de M. Brown était invalide, car M. Brown était membre des Forces canadiennes au moment où il a déposé la demande de brevet et, par conséquent, qu'il a manqué aux obligations qui lui incombait en vertu de l'art. 4 de la Loi sur les inventions des fonctionnaires (LIF), en omettant de révéler sa qualité de fonctionnaire — La Cour fédérale a accueilli la requête en partie — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en concluant que M. Brown était fonctionnaire au sens de l'art. 2 de la LIF au moment où il a déposé sa demande pour le brevet '748 — C'est à bon droit que la Cour fédérale a conclu que M. Brown, en sa qualité*

*servant” to more than members of Canadian Forces “actively employed” — Federal Court right in holding that wording in s. 2 sufficiently clear in both languages to support finding — Consequently, for purpose of PSIA, all members of Canadian Forces “public servants”, whether they are in Regular Force or Reserve Force — No reason to interfere with Federal Court’s conclusion thereon — PSIA, s. 4 imposing on public servant-inventors duty to disclose inventions to appropriate minister — Public Servants Inventions Regulations setting forth forms to be completed by public servant filing patent application — As public servant, Brown having to fill out forms referred to therein to fulfill obligations under PSIA when applying for his patent — Because obliged to disclose public servant status under PSIA, s. 4(2), Brown becoming subject to penalties thereunder given failure to do so — However, such obligation not existing under Patent Act; therefore validity of patent thereof not affected.*

This was an appeal from a Federal Court decision granting in part a motion for summary judgment by the Crown in a patent invalidity claim pursuant to section 53 of the *Patent Act*. The motion arose in proceedings brought by the appellants Brown and Nor Environmental International (NOR) (appellants) against the Crown and HDT Tactical Systems (HDT) for infringement of Canadian Patent No. 2285748 ('748 patent). The Crown responded by seeking the dismissal of the appellants' claim and summary judgment for the invalidation of Brown's '748 patent on the basis that he was a member of the Canadian Forces when he filed the patent and, as such, breached his statutory obligations under section 4 of the *Public Servants Inventions Act* (PSIA) by failing to disclose his public servant status. The Crown alleged that this resulted in a material untrue allegation voiding the '748 patent under section 53 of the Act.

Brown was enrolled in the Canadian Forces' Regular Force until his retirement in 1993 when he was placed in the Reserve Force, which includes the Primary Reserve and the Supplementary Reserve. During that time, he founded NOR. He was subsequently transferred to the Primary Reserve and

*de membre de la Réserve supplémentaire, était un « fonctionnaire » au sens de la LIF au moment où il a déposé sa demande de brevet — La Cour a fait un examen bilingue du terme « fonctionnaire » tel qu'il est utilisé à l'art. 2 de la LIF — Le libellé de l'art. 2 de la LIF établit clairement l'intention du législateur d'étendre la définition du terme « fonctionnaire » au-delà des membres des Forces canadiennes qui sont « des employés actifs » — La Cour fédérale a eu raison d'affirmer que le libellé de l'art. 2 est suffisamment clair dans les deux langues pour appuyer sa conclusion — En conséquence, pour l'application de la LIF, tous les membres du personnel des Forces canadiennes sont des « fonctionnaires », qu'ils soient dans la Force régulière ou dans la Force de réserve — Il n'y avait aucune raison de modifier la conclusion de la Cour fédérale à cet égard — L'art. 4 de la LIF impose aux fonctionnaires inventeurs l'obligation de divulguer leurs inventions au ministre compétent — Le Règlement sur les inventions des fonctionnaires établit un nombre de formules qui doivent être utilisées par un fonctionnaire qui présente une demande de brevet — En tant que fonctionnaire, M. Brown aurait dû utiliser ces formules pour remplir son obligation en vertu de la LIF lorsqu'il a présenté sa demande pour le brevet '748 — Comme M. Brown avait l'obligation de révéler sa qualité de fonctionnaire en vertu de l'art. 4(2) de la LIF, en omettant de le faire, il est devenu passible des peines prévues à la Loi — Cependant, il n'avait pas une telle obligation en vertu de la Loi sur les brevets; cette omission ne pouvait donc pas avoir d'effet sur la validité du brevet.*

Il s'agissait d'un appel d'une décision par laquelle la Cour fédérale a accueilli en partie une requête en jugement sommaire présentée par la Couronne dans une action en nullité de brevet en vertu de l'article 53 de la *Loi sur les brevets*. La requête a été présentée dans l'action intentée par les appellants, M. Brown et Nor Environmental International (NOR) (les appelants), contre la Couronne et HDT Tactical Systems (HDT) pour contrefaçon du brevet canadien n° 2285748 (le brevet '748). La Couronne a répondu en cherchant à obtenir le rejet de la demande des appelants et en demandant un jugement sommaire en annulation du brevet '748 de M. Brown au motif qu'il était membre des Forces canadiennes au moment où il a déposé la demande de brevet et, par conséquent, qu'il a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 4 de la *Loi sur les inventions des fonctionnaires* (LIF), en omettant de révéler sa qualité de fonctionnaire. Cette omission, aux dires de la Couronne, constituait une allégation importante non conforme à la vérité qui entraînait l'invalidité du brevet '748 en vertu de l'article 53 de la Loi.

M. Brown était enrôlé dans la Force régulière des Forces canadiennes jusqu'à sa retraite en 1993, année où il a été placé dans la Force de réserve, qui comprend la Première réserve et la Réserve supplémentaire. Pendant cette période, il a fondé NOR. Il a ensuite été affecté à la Première réserve et

worked part-time. Later, in 1999, Mr. Brown was released from the Primary Reserve and was listed in a subset of the Supplementary Reserve. As such, he became an individual who was not available to undertake any duties. He therefore did not receive any benefits or remuneration and was not subject to the Canadian Forces' Code of Discipline. He was listed on this specific Reserve until 2009 and was never placed on active service or received any benefits or remuneration during this period. In 1999, after his release from the Primary Reserve, he filed an application for the '748 patent in the Canadian Patent Office. The '748 Patent is entitled "Transportable Collective Protection System" and is directed to a system for decontamination and containment of biological and chemical hazards. NOR is a licensee of the '748 patent. In 2009, NOR and HDT both submitted bids in response to a request for proposals by Public Works and Government Services Canada involving transportable collective protective (ColPro) systems, used in particular for the defence of Canada. The contract was awarded to HDT. The appellants subsequently launched proceedings in the Federal Court for patent infringement. The Crown and HDT responded by moving for dismissal of the appellants' claim and summary judgment for the invalidation of the '748 patent.

The Federal Court found that Brown was a public servant for purposes of the PSIA when he applied for the patent at issue and that he did not disclose his public servant status as he was explicitly required to do pursuant to section 4 thereof. It found that this omission constituted an untrue allegation and that this untrue allegation was material for the purpose of subsection 53(1) of the *Patent Act*. However, the Federal Court decided that the issue of whether the untrue allegation needed to be made wilfully with the purpose of misleading, and if so, whether Brown had the requisite intention, was an issue best determined at trial.

The issues were whether the Federal Court erred in concluding that Brown was a public servant within the meaning of section 2 of the PSIA at the time he filed his application for the '748 patent and whether it erred in concluding that Brown's failure to disclose his public servant status at the time he filed his application for the '748 patent was an untrue and material allegation pursuant to section 53 of the *Patent Act*.

*Held*, the appeal should be allowed and the cross-appeal dismissed.

The Federal Court properly concluded that Brown, as a member of the Supplementary Reserve, was a "public servant" within the meaning of the PSIA when he applied for the '748 patent. The Federal Court conducted a thorough bilingual

y a travaillé à temps partiel. Plus tard, en 1999, M. Brown a été libéré de la Première réserve et a été affecté à un sous-ensemble de la Réserve supplémentaire. À ce titre, il était inscrit comme personne qui n'était pas disponible pour effectuer des tâches. Il ne recevait donc aucun bénéfice ni aucune rémunération et il n'était pas assujéti au Code de discipline militaire des Forces canadiennes. Bien qu'il fût inscrit à la Réserve supplémentaire d'attente jusqu'en 2009, M. Brown n'a jamais été mis en service actif et n'a jamais reçu de bénéfice ni de rémunération. En 1999, après sa libération de la Première réserve, M. Brown a déposé une demande pour le brevet '748 au Bureau canadien des brevets. Le brevet '748 est intitulé « Système de protection collectif transportable »; il s'agit d'un système de décontamination servant aussi à contenir des dangers biologiques ou chimiques. NOR est titulaire d'une licence à l'égard du brevet '748. En 2009, NOR et HDT ont tous deux présenté des soumissions en réponse à une demande de propositions de Travaux publics et Services gouvernementaux Canada pour des systèmes de protection collective transportable (ColPro) servant à la défense du Canada. Le contrat a été attribué à HDT. Les appelants ont intenté par la suite une action devant la Cour fédérale en contrefaçon de brevet. La Couronne et HDT ont réagi en déposant une requête en vue d'obtenir le rejet de l'action des appelants et un jugement sommaire annulant le brevet '748.

La Cour fédérale a conclu que M. Brown était un fonctionnaire au sens de la LIF quand il a déposé la demande de brevet en cause sans révéler sa qualité de fonctionnaire comme l'exigeait explicitement l'article 4 de la Loi. Elle a également conclu que cette omission constituait une allégation non conforme à la vérité et que cette allégation non conforme à la vérité était importante au sens du paragraphe 53(1) de la *Loi sur les brevets*. Toutefois, la Cour fédérale a jugé que la question de savoir si l'allégation non conforme à la vérité devait être faite délibérément pour induire en erreur et, le cas échéant, si M. Brown avait l'intention requise était une question qui devrait être tranchée lors du procès.

Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en concluant que M. Brown était fonctionnaire au sens de l'article 2 de la LIF au moment où il a déposé sa demande pour le brevet '748 et si elle a commis une erreur en concluant que l'omission de M. Brown de révéler sa qualité de fonctionnaire au moment où il a déposé sa demande pour le brevet '748 était une allégation importante non conforme à la vérité aux termes de l'article 53 de la *Loi sur les brevets*.

*Arrêt* : l'appel doit être accueilli et l'appel incident doit être rejeté.

C'est à bon droit que la Cour fédérale a conclu que M. Brown, en sa qualité de membre de la Réserve supplémentaire, était un « fonctionnaire » au sens de l'article 2 de la LIF au moment où il a déposé sa demande pour le brevet '748. La

review of the statutory term “public servant” as used in section 2 of the PSIA. On its face, the language of section 2 of the PSIA and the specific use of “member of the Canadian Forces” and “*membre du personnel des Forces canadiennes*” as opposed to “employed in a department” and “*employée dans un ministère*” clearly evidence Parliament’s intention to extend the definition of “public servant” to more than members of the Canadian Forces who are “actively employed”. Furthermore, the Federal Court’s reasons were well-supported. On the whole, in reading section 2 of the PSIA in both official versions, the Federal Court was right in holding that the wording is “sufficiently clear in English and crystal clear in French” to support its finding. It follows that, for the purpose of the PSIA, all members of the Canadian Forces are “public servants” whether they are in the Regular Force or the Reserve Force. There was consequently no reason to interfere with the Federal Court’s conclusion in this regard.

Regarding the issue of an untrue and material allegation pursuant to section 53 of the *Patent Act*, the Federal Court correctly noted that the present matter raised the novel issue of the relationship between section 4 of the PSIA and section 53 of the *Patent Act* in the specific context of voiding a patent under section 53 of the *Patent Act* as a result of a contravention of section 4 of the PSIA. However, in performing its analysis as to whether Brown’s failure to disclose his public servant status constituted a material untrue allegation within the meaning of subsection 53(1) of the *Patent Act*, the Federal Court short circuited a crucial step. Despite acknowledging that the present matter raised the interaction between section 4 of the PSIA and section 53 of the *Patent Act*, the Federal Court failed to properly conduct an analysis of this issue.

While the *Patent Act* does not address the issue of ownership of patent rights in inventions made during the course of employment, the PSIA was enacted to govern inventions developed by public servants in particular. Section 4 of the PSIA imposes on public servant-inventors a duty to disclose their inventions to the appropriate minister. The minister can then decide whether or not to waive, abandon or transfer all or any of its rights in respect of that invention. As for the *Patent Act*, it stands as a complete statutory scheme regarding patents. The Commissioner of Patents has no discretion to not grant a patent if all the requirements set forth under the *Patent Act* are met. Under subsection 27(2) of the *Patent Act*, a patent application must be filed in accordance with the *Patent Rules* (Rules), which provide for the completion of a specific form (Form 3). Brown used this form when he filed his application for the '748 patent. This form and its instructions are entirely silent on the disclosure of one’s public servant status.

Cour a fait un examen bilingue approfondi du terme « fonctionnaire » tel qu’il est utilisé à l’article 2 de la LIF. Selon son libellé, l’article 2 de la LIF, et l’utilisation des expressions « membre du personnel des Forces canadiennes » et « *member of the Canadian Forces* » plutôt que « employée dans un ministère » et « *employed in a department* », établissent clairement l’intention du législateur d’étendre la définition du terme « fonctionnaire » au-delà des membres des Forces canadiennes qui sont « des employés actifs ». Par ailleurs, les motifs de la Cour fédérale étaient bien étayés. Dans l’ensemble, si on lit l’article 2 de la LIF dans les deux langues officielles, la Cour fédérale a eu raison d’affirmer que le libellé est « suffisamment clair en anglais et il est on ne peut plus clair en français » pour appuyer sa conclusion. Il s’ensuit que, pour l’application de la LIF, tous les membres du personnel des Forces canadiennes sont des « fonctionnaires », qu’ils soient dans la Force régulière ou dans la Force de réserve. En conséquence, il n’y avait aucune raison de modifier la conclusion de la Cour fédérale à cet égard.

En ce qui concerne l’allégation importante non conforme à la vérité aux termes de l’article 53 de la *Loi sur les brevets*, c’est avec raison que la Cour fédérale a souligné que l’affaire soulevait la question nouvelle de l’interaction entre l’article 4 de la LIF et l’article 53 de la *Loi sur les brevets* dans le contexte précis de l’annulation d’un brevet en vertu de l’article 53 de la *Loi sur les brevets* à la suite d’une contravention à l’article 4 de la LIF. Toutefois, lorsqu’elle a analysé si l’omission de M. Brown de divulguer sa qualité de fonctionnaire constituait une allégation importante non conforme à la vérité aux termes du paragraphe 53(1) de la *Loi sur les brevets*, la Cour fédérale a omis une étape décisive. Bien qu’elle ait reconnu que l’affaire soulevait la question de l’interaction entre l’article 4 de la LIF et l’article 53 de la *Loi sur les brevets*, la Cour fédérale n’a pas mené correctement une analyse de la question.

Tandis que la *Loi sur les brevets* n’aborde pas la question de la propriété des droits de brevet afférents aux inventions faites dans l’exercice d’un emploi, la LIF, elle, a été adoptée pour régir les inventions créées par les fonctionnaires en particulier. L’article 4 de la LIF impose aux fonctionnaires inventeurs l’obligation de divulguer leurs inventions au ministre compétent. Le ministre peut ensuite décider de renoncer à tout ou partie des droits concernant l’invention ou abandonner ou transférer tout ou partie de ces droits. Quant à la *Loi sur les brevets*, il s’agit d’un régime légal complet en ce qui concerne les brevets. Le commissaire aux brevets n’a aucun pouvoir discrétionnaire de ne pas accorder un brevet si toutes les exigences établies en vertu de la *Loi sur les brevets* sont respectées. Aux termes du paragraphe 27(2) de la *Loi sur les brevets*, une demande de brevet doit être remplie conformément aux *Règles sur les brevets* (Règles), qui prévoient une formule particulière (formule 3). M. Brown avait



However, the *Public Servants Inventions Regulations* set forth a number of forms that must be completed by a public servant filing an application for a patent. As a public servant, Brown would have had to make use of the forms referred to therein to fulfill his obligations under the PSIA when he applied for the '748 patent. A comparison of the forms under the Rules and the forms under the *Public Servants Inventions Regulations* revealed a lack of consistency and thus a conflict regarding the required forms since the forms under the Rules do not refer to the obligation to disclose a public servant status whereas this obligation exists under the *Public Servants Inventions Regulations*. Pursuant to subsection 12(2) of the *Patent Act*, the Rules have the same force and effect as if they had been enacted in the *Patent Act* itself whereas the PSIA contains no similar provision and its Regulations are therefore to be considered subordinate legislation. Therefore, the Rules carry greater weight and prevail over the *Public Servants Inventions Regulations*, supporting the conclusion that the failure to disclose one's status as a public servant does not invalidate a patent given that such disclosure is not required under either the *Patent Act* or its Rules.

There are specific penalties under the PSIA relating to the failure to disclose public servant status whereas the *Patent Act* does not impose any penalties for such a failure. The review of the interaction between the PSIA and the *Patent Act* led to the conclusion that Brown had the obligation to disclose his public servant status under subsection 4(2) of the PSIA and, in failing to do so, he became subject to penalties under section 11 of the PSIA. However, he had no such obligation under the *Patent Act* when he filed his application for the '748 patent. Brown met the requirements under the *Patent Act* and the Rules and disclosed an invention that was determined by the Patent Office to be new, not obvious and useful. It was thus an error for the Federal Court to conclude that Brown's failure to disclose his public servant status at the time he filed his application for the '748 patent was an untrue and material allegation pursuant to subsection 53(1) of the *Patent Act* and Brown's failure could not affect the validity of his patent. Regardless of the disclosure obligations under the PSIA, since Brown complied with section 27 of the *Patent Act*, more specifically with the Rules and its forms, section 53 could not be triggered in the circumstances. However, the question as to whether the invention and the ownership of the '748 patent intellectual property rights are vested in Her Majesty pursuant to subsections 4(1) and 4(2) of the PSIA remains open.

utilisé cette formule lorsqu'il a déposé sa demande pour le brevet '748. Ni la formule 3 ni ses instructions n'indiquent qu'une personne qui dépose une demande de brevet a l'obligation de divulguer sa qualité de fonctionnaire. Cependant, le *Règlement sur les inventions des fonctionnaires* établit un nombre de formules qui doivent être utilisées par un fonctionnaire qui présente une demande de brevet. En tant que fonctionnaire, M. Brown aurait dû utiliser ces formules pour remplir son obligation en vertu de la LIF lorsqu'il a présenté sa demande pour le brevet '748. Une comparaison des formules en vertu des Règles et des formules en vertu du *Règlement sur les inventions des fonctionnaires* a révélé un manque de cohérence et, partant, un conflit concernant les formes prescrites puisque les formules ne mentionnent aucune obligation de révéler la qualité de fonctionnaire, alors que le *Règlement sur les inventions des fonctionnaires* exige expressément que la qualité de fonctionnaire du demandeur soit révélée. Aux termes du paragraphe 12(2) de la *Loi sur les brevets*, les Règles ont la même force et le même effet que si elles avaient été édictées dans la *Loi sur les brevets* elle-même, tandis que la LIF ne contient aucune disposition semblable et son règlement doit donc être considéré comme un texte d'application. Par conséquent, les Règles ont plus de poids et prévalent sur le *Règlement sur les inventions des fonctionnaires*, étayant ainsi la conclusion selon laquelle l'omission de divulguer la qualité de fonctionnaire n'invalide pas un brevet, étant donné qu'une telle divulgation n'est pas requise en vertu de la *Loi sur les brevets* ou de ses règles.

Des sanctions précises ont été adoptées en vertu de la LIF en cas d'omission de révéler la qualité de fonctionnaire, tandis que la *Loi sur les brevets* n'impose pas de sanction pour une telle omission. L'examen de l'interaction entre la LIF et la *Loi sur les brevets* a amené à la conclusion suivante : M. Brown avait l'obligation de révéler sa qualité de fonctionnaire en vertu du paragraphe 4(2) de la LIF et, en omettant de le faire, il est devenu passible des peines prévues à l'article 11 de la LIF. Cependant, il n'avait pas une telle obligation en vertu de la *Loi sur les brevets* au moment où il a déposé sa demande pour le brevet '748. M. Brown a satisfait aux exigences prévues par la *Loi sur les brevets* et par les Règles et a divulgué une invention considérée par le Bureau des brevets comme étant nouvelle, non évidente et utile. La Cour fédérale a donc commis une erreur lorsqu'elle a conclu que l'omission de M. Brown de révéler sa qualité de fonctionnaire au moment où il a déposé sa demande pour le brevet '748 était une alléga-tion importante non conforme à la vérité aux termes du paragraphe 53(1) de la *Loi sur les brevets*; cette omission ne pouvait pas avoir d'effet sur la validité du brevet '748. Peu importe les obligations de divulgation en vertu de la LIF, étant donné que M. Brown s'est conformé à l'article 27 de la *Loi sur les brevets*, et plus précisément aux Règles et à leurs formules, l'article 53 ne pouvait pas être appliqué dans les circonstances. Toutefois, la question de savoir si l'invention et

les droits de propriété intellectuelle afférents au brevet '748 sont dévolus à Sa Majesté conformément aux paragraphes 4(1) et 4(2) de la LIF reste à trancher.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42, s. 13(3).  
*Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50, s. 8.  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 214–219.  
*National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5, Part III.  
*Patent Act*, R.S.C. 1952, c. 203, s. 47 (repealed by *Public Servants Inventions Act*, S.C. 1953-54, c. 40, s. 15).  
*Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 12(2), 27, 53.  
*Patent Rules*, SOR/96-423, s. 77, Schedule I.  
*Public Servants Inventions Act*, R.S.C., 1985, c. P-32, ss. 2 “public servant”, 3, 4, 5, 6, 8, 11.  
*Public Servants Inventions Regulations*, C.R.C., c. 1332, s. 11, Schedule.

#### CASES CITED

##### REFERRED TO:

*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Rizzo and Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601; *Comstock Canada v. Electec Ltd.* (1991), 38 C.P.R. (3d) 29, 45 F.T.R. 241 (F.C.T.D.); *Commissioner of Patents v. Fabwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*, [1964] S.C.R. 49, (1963), 41 C.P.R. 9; *Apotex Inc. v. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, 2008 SCC 61, [2008] 3 S.C.R. 265; *Apotex Inc. v. Sanofi-Aventis*, 2013 FCA 186, [2015] 2 F.C.R. 644.

#### AUTHORS CITED

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

APPEAL from a Federal Court decision (2014 FC 831) granting in part a motion for summary judgment by the Crown in a patent invalidity claim pursuant to section 53 of the *Patent Act*. Appeal allowed; cross-appeal dismissed.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5, partie III.  
*Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 8.  
*Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 13(3).  
*Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 12(2), 27, 53.  
*Loi sur les brevets*, S.R.C. 1952, ch. 203, art. 47 (abrogé par la *Loi sur les inventions des fonctionnaires*, S.C. 1953-54, ch. 40, art. 15).  
*Loi sur les inventions des fonctionnaires*, L.R.C. (1985), ch. P-32, art. 2 « fonctionnaire », 3, 4, 5, 6, 8, 11.  
*Règlement sur les inventions des fonctionnaires*, C.R.C., ch. 1332, art. 11, annexe.  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 214 à 219.  
*Règles sur les brevets*, DORS/96-423, art. 77, annexe I.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS CITÉES :

*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Rizzo and Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *Comstock Canada c. Electec Ltd.*, [1991] A.C.F. n° 987 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Commissioner of Patents v. Fabwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*, [1964] R.C.S. 49; *Apotex Inc. c. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, 2008 CSC 61, [2008] 3 R.C.S. 265; *Apotex Inc. c. Sanofi-Aventis*, 2013 CAF 186, [2015] 2 R.C.F. 644.

#### DOCTRINE CITÉE

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6<sup>e</sup> éd. Markham, Ont. : LexisNexis, 2014.

APPEL d'une décision (2014 CF 831) par laquelle la Cour fédérale a accueilli en partie une requête en jugement sommaire présentée par la Couronne dans une action en nullité de brevet en vertu de l'article 53 de la *Loi sur les brevets*. Appel accueilli et appel incident rejeté.

## APPEARANCES

*Susan D. Beaubien* for appellants.  
*Jacqueline Dais-Visca* and *Abigail Browne* for respondents.  
*L.E. Trent Horne* and *Melissa M. Dimilta* for interveners.

## SOLICITORS OF RECORD

*Macara & Jarzyna LLP*, Ottawa, for appellants.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondents.  
*Bennett Jones LLP*, Toronto, for interveners.

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

[1] BOIVIN J.A.: This is an appeal from of a decision of a Federal Court Judge (the Judge) dated August 29, 2014 (2014 FC 831), regarding a motion for summary judgment by the Crown in a patent invalidity claim pursuant to section 53 of the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4. This motion arose in proceedings brought by the appellants Mr. Brown and Nor Environmental International (NOR) against the Crown and HDT Tactical Systems (HDT) for infringement of Canadian Patent No. 2285748 ('748 patent). The Crown responded by seeking the dismissal of the appellants' claim and summary judgment for the invalidation of Mr. Brown's '748 patent on the basis that he was a member of the Canadian Forces when he filed the patent and, as such, breached his statutory obligations under section 4 of the *Public Servants Inventions Act*, R.S.C., 1985, c. P-32 (PSIA) by failing to disclose his public servant status. This, the Crown alleged, resulted in a material untrue allegation voiding the '748 patent under section 53 of the *Patent Act*.

[2] The Judge granted the Crown's motion in part. She found that Mr. Brown was a public servant for the purposes of the PSIA when he applied for the patent at issue and that he did not disclose his public servant status as he was explicitly required to do pursuant to section 4 of the PSIA. The Judge found that this omission constituted

## ONT COMPARU

*Susan D. Beaubien* pour les appelants.  
*Jacqueline Dais-Visca* et *Abigail Browne* pour les intimées.  
*L.E. Trent Horne* et *Melissa M. Dimilta* pour l'intervenant.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Macara & Jarzyna LLP*, Ottawa, pour les appelants.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour les intimées.  
*Bennett Jones LLP*, Toronto, pour l'intervenant.

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

[1] LE JUGE BOIVIN, J.C.A. : La Cour est saisie d'un appel d'une décision d'un juge de la Cour fédérale (la juge) du 29 août 2014 (2014 CF 831) au sujet d'une requête en jugement sommaire présentée par la Couronne dans une action en nullité de brevet en vertu de l'article 53 de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4. La requête a été présentée dans l'action intentée par les appelants, M. Brown et Nor Environmental International (NOR), contre la Couronne et HDT Tactical Systems (HDT) pour contrefaçon du brevet canadien n° 2285748 (le brevet '748). La Couronne a répondu en cherchant à obtenir le rejet de la demande des appelants et en demandant un jugement sommaire en annulation du brevet '748 de M. Brown au motif qu'il était membre des Forces canadiennes au moment où il a déposé la demande de brevet et, par conséquent, qu'il a manqué aux obligations qui lui incombaient en vertu de l'article 4 de la *Loi sur les inventions des fonctionnaires*, L.R.C. (1985), ch. P-32 (la LIF), en omettant de révéler sa qualité de fonctionnaire. Il en est résulté, aux dires de la Couronne, une allégation importante non conforme à la vérité, ce qui rendait le brevet '748 nul aux termes de l'article 53 de la *Loi sur les brevets*.

[2] La juge a accueilli la requête de la Couronne en partie. Elle a conclu que M. Brown était un fonctionnaire au sens de la LIF quand il a déposé la demande de brevet en cause sans révéler sa qualité de fonctionnaire comme l'exigeait explicitement l'article 4 de la LIF. La juge a conclu que cette omission constituait une allégation non

an untrue allegation and that this untrue allegation was material for the purpose of subsection 53(1) of the *Patent Act*. However, the Judge decided that the issue of whether the untrue material allegation needed to be made wilfully with the purpose of misleading, and if so, whether Mr. Brown had the requisite intention, was an issue best determined at trial.

[3] For the reasons that follow, I am of the view that the appeal should be allowed.

#### I. Factual Background

[4] The parties do not dispute the relevant factual background.

[5] Between 1973 and 1993, Mr. Brown was enrolled in the Canadian Forces' Regular Force.

[6] In June 1993, following his retirement, Mr. Brown was placed in the Reserve Force. The Reserve Force includes both the Primary Reserve and the Supplementary Reserve.

[7] From 1993 to 1995, Mr. Brown was placed on the Supplementary Reserve. During that time, he founded NOR. Mr. Brown was then transferred to the Primary Reserve in October 1995, and, between 1995 and July 1998, he was remunerated for part-time work for the Air Forces which included the writing of training and equipment manuals.

[8] In June 1999, Mr. Brown was released from the Primary Reserve and was listed on the Supplementary Holding Reserve, which is a subset of the Supplementary Reserve. In this capacity, Mr. Brown was notably listed as an individual who was not available to undertake any duties, including in time of emergency; he did not receive any benefits or remuneration and was not subject to the Canadian Forces' Code of Service Discipline [being Part III of the *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5]. While he was listed on the Supplementary Holding Reserve until June 2009, Mr. Brown was never placed on active service and received no benefits or remuneration.

conforme à la vérité et que cette allégation non conforme à la vérité était importante au sens du paragraphe 53(1) de la *Loi sur les brevets*. Toutefois, la juge a conclu que la question de savoir si l'allégation importante non conforme à la vérité devait être faite délibérément pour induire en erreur et, le cas échéant, si M. Brown avait l'intention requise était une question qui devrait être tranchée lors du procès.

[3] Pour les motifs exposés ci-dessous, je suis d'avis que l'appel devrait être accueilli.

#### I. Contexte factuel

[4] Les parties ne contestent pas le contexte factuel.

[5] Entre 1973 et 1993, M. Brown était enrôlé dans la Force régulière des Forces canadiennes.

[6] En juin 1993, après avoir pris sa retraite, M. Brown a été placé dans la Force de réserve. La Force de réserve comprend la Première réserve et la Réserve supplémentaire.

[7] Entre 1993 et 1995, M. Brown a été affecté à la Réserve supplémentaire. Pendant cette période, il a fondé NOR. M. Brown a ensuite été affecté à la Première réserve en octobre 1995, et, entre 1995 et juillet 1998, il a été rémunéré pour son travail à temps partiel à la Force aérienne, qui comprenait la rédaction de manuels de formation et de manuels d'utilisation du matériel.

[8] En juin 1999, M. Brown a été libéré de la Première réserve et a été affecté à la Réserve supplémentaire d'attente, qui est un sous-ensemble de la Réserve supplémentaire. À ce titre, M. Brown était inscrit comme personne qui n'était pas disponible pour effectuer des tâches, même en période d'urgence; il ne recevait aucun bénéfice ni aucune rémunération et il n'était pas assujéti au Code de discipline militaire [qui constitue la partie III de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5] des Forces canadiennes. Bien qu'il fût inscrit à la Réserve supplémentaire d'attente jusqu'en 2009, M. Brown n'a jamais été mis en service actif et n'a jamais reçu de bénéfice ni de rémunération.

[9] On October 8, 1999, approximately 4 months after his release from the Primary Reserve, Mr. Brown filed an application for the '748 patent in the Canadian Patent Office. The '748 patent is entitled “Transportable Collective Protection System”. It is directed to a system for decontamination and containment of biological and chemical hazards. NOR is a licensee of the '748 patent.

[10] In June 2008, Public Works and Government Services Canada (Public Works) published a draft performance specification for transportable collective protective (ColPro) systems. A year later, in July 2009, Public Works published a request for proposals for ColPro systems and received bids from, amongst others, NOR and HDT. The contract was awarded to HDT in December 2009. The parties agree that ColPro systems are for the defence of Canada or for the training of or maintaining of the efficiency of the Canadian Forces.

[11] On April 2012, Mr. Brown and NOR launched proceedings in the Federal Court for patent infringement.

[12] The Crown and HDT responded by way of a motion seeking dismissal of the appellants' claim and summary judgment for the invalidation of the '748 patent. The Crown claimed that the '748 patent was void because Mr. Brown did not identify himself as a public servant when he made his application. This omission, the Crown argued, constituted a material untrue allegation which resulted in an invalid '748 patent pursuant to section 53 of the *Patent Act*.

## II. Legislative provisions

[13] This appeal concerns the following main legislative provisions:

- Section 2 of the PSIA:

### Definitions

2 In this Act,

...

[9] Le 8 octobre 1999, environ 4 mois après sa libération de la Première réserve, M. Brown a déposé une demande pour le brevet '748 au Bureau canadien des brevets. Le brevet '748 est intitulé « Système de protection collectif transportable ». Il s'agit d'un système de décontamination servant aussi à contenir des dangers biologiques ou chimiques. NOR est titulaire d'une licence à l'égard du brevet '748.

[10] En juin 2008, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada (Travaux publics) a publié une ébauche de spécifications fonctionnelles pour les systèmes de protection collective transportable (ColPro). Un an plus tard, en juillet 2009, Travaux publics a publié une demande de propositions pour des systèmes de ColPro et a reçu des offres de NOR et de HDT, entre autres. Le contrat a été attribué à HDT en décembre 2009. Les parties conviennent que les systèmes de ColPro servent à la défense du Canada ou à la formation ou au maintien de l'efficacité des Forces canadiennes.

[11] En avril 2012, M. Brown et NOR ont intenté une action devant la Cour fédérale en contrefaçon de brevet.

[12] La Couronne et HDT ont réagi en déposant une requête en vue d'obtenir le rejet de l'action des appelants et un jugement sommaire annulant le brevet '748. La Couronne prétendait que le brevet '748 était nul parce que M. Brown ne s'était pas identifié comme fonctionnaire lorsqu'il a présenté sa demande. Cette omission, aux dires de la Couronne, constituait une allégation importante non conforme à la vérité qui entraîne l'invalidité du brevet '748 en vertu de l'article 53 de la *Loi sur les brevets*.

## II. Dispositions légales

[13] Voici les principales dispositions légales qui s'appliquent à l'appel :

- Article 2 de la LIF :

### Définitions

2 Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

**public servant** means any person employed in a department, and includes a member of the Canadian Forces or the Royal Canadian Mounted Police.

- Section 4 of the PSIA:

**Duties of inventor**

**4 (1)** Every public servant who makes an invention

(a) shall inform the appropriate minister of the invention and shall provide the minister with such information and documents with respect thereto as the minister requires;

(b) shall not file outside Canada an application for a patent in respect of the invention without the written consent of the appropriate minister; and

(c) shall, in any application in Canada for a patent in respect of the invention, disclose in his application that he is a public servant.

**Duties of Commissioner of Patents**

(2) If it appears to the Commissioner of Patents that an application for a patent relates to an invention made by a public servant, the Commissioner shall inform the appropriate minister of the application and give to the minister such information with respect thereto as the minister requires.

- Section 53 of the *Patent Act*:

**Void in certain cases, or valid only for parts**

**53 (1)** A patent is void if any material allegation in the petition of the applicant in respect of the patent is untrue, or if the specification and drawings contain more or less than is necessary for obtaining the end for which they purport to be made, and the omission or addition is wilfully made for the purpose of misleading.

**Exception**

(2) Where it appears to a court that the omission or addition referred to in subsection (1) was an involuntary error and it is proved that the patentee is entitled to the remainder of his patent, the court shall render a judgment in accordance with the facts, and shall determine the costs, and the patent shall be held valid for that part of the invention described to which the patentee is so found to be entitled.

**fonctionnaire** Toute personne employée dans un ministère et tout membre du personnel des Forces canadiennes ou de la Gendarmerie royale du Canada.

- Article 4 de la LIF :

**Obligations de l'inventeur**

**4 (1)** Le fonctionnaire auteur d'une invention a l'obligation :

a) d'en informer le ministre compétent et de fournir à celui-ci les renseignements et documents qu'il lui demande à ce sujet;

b) d'obtenir le consentement écrit du ministre compétent avant de déposer, hors du Canada, une demande de brevet concernant l'invention;

c) de révéler sa qualité de fonctionnaire, dans toute demande de brevet déposée au Canada à l'égard de l'invention.

**Obligation du commissaire aux brevets**

(2) S'il lui apparaît qu'une demande de brevet vise une invention dont l'auteur est un fonctionnaire, le commissaire aux brevets en informe le ministre compétent et fournit à ce dernier les renseignements qu'il sollicite à cet égard.

- Article 53 de la *Loi sur les brevets* :

**Nul en certains cas, ou valide en partie seulement**

**53 (1)** Le brevet est nul si la pétition du demandeur, relative à ce brevet, contient quelque allégation importante qui n'est pas conforme à la vérité, ou si le mémoire descriptif et les dessins contiennent plus ou moins qu'il n'est nécessaire pour démontrer ce qu'ils sont censés démontrer, et si l'omission ou l'addition est volontairement faite pour induire en erreur.

**Exception**

(2) S'il apparaît au tribunal que pareille omission ou addition est le résultat d'une erreur involontaire, et s'il est prouvé que le breveté a droit au reste de son brevet, le tribunal rend jugement selon les faits et statue sur les frais. Le brevet est réputé valide quant à la partie de l'invention décrite à laquelle le breveté est reconnu avoir droit.

**Copies of judgment**

(3) Two office copies of the judgment rendered under subsection (1) shall be furnished to the Patent Office by the patentee, one of which shall be registered and remain of record in the Office and the other attached to the patent and made a part of it by a reference thereto.

**III. Decision of the Judge**

[14] The Judge granted the motion in part. In so doing, she began her analysis with an overview of the law of summary judgment making reference to the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 (rules 214 to 219) and relevant jurisprudence. She noted that the standard to grant summary judgment requires that the judge be satisfied that there is no genuine issue for trial.

[15] The Judge then determined that Mr. Brown was a public servant within the meaning of section 2 of the PSIA when he applied for the '748 patent on October 8, 1999. She concluded that Mr. Brown was a member of the Canadian Forces and, as such, did not have to be employed in order to fall within the definition of “public servant” for the purpose of the PSIA.

[16] In finding that Mr. Brown was a public servant pursuant to the PSIA, the Judge held that Mr. Brown’s failure to disclose his status amounted to an untrue allegation which was material as per subsection 53(1) of the *Patent Act*. In coming to this conclusion, she noted that the framework of the PSIA imposed an explicit statutory duty of disclosure and found that Mr. Brown’s omission prevented the Commissioner of Patents from properly fulfilling his or her obligations pursuant to subsection 4(2) of the PSIA which is to inform the appropriate minister about the patent application.

[17] With respect to the issue of whether untrue material allegations must be wilfully made for the purpose of misleading, the Judge was of the view that it was a genuine issue which should be determined at trial considering the paucity of evidence before the Court. She observed that the alleged contravention of section 53 of the *Patent*

**Copies du jugement**

(3) Le breveté transmet au Bureau des brevets deux copies authentiques de ce jugement. Une copie en est enregistrée et conservée dans les archives du Bureau, et l’autre est jointe au brevet et y est incorporée au moyen d’un renvoi.

**III. Décision de la juge**

[14] La juge a accueilli la requête en partie. Ce faisant, elle a commencé son analyse par un survol du droit portant sur les jugements sommaires en renvoyant aux *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 (règles 214 à 219), et à la jurisprudence pertinente. Elle a signalé que le critère pour accorder un jugement sommaire exige que le juge soit convaincu qu’il n’existe pas de véritable question à trancher.

[15] La juge a ensuite déterminé que M. Brown était un fonctionnaire au sens de l’article 2 de la LIF au moment où il a déposé la demande pour le brevet '748 le 8 octobre 1999. Elle a conclu que M. Brown était membre des Forces canadiennes et, à ce titre, n’avait pas à travailler pour être visé par la définition du terme « fonctionnaire » au sens de la LIF.

[16] En concluant que M. Brown était un fonctionnaire au sens de la LIF, la juge a déterminé que l’omission de M. Brown de révéler sa qualité de fonctionnaire constituait une allégation importante non conforme à la vérité au sens du paragraphe 53(1) de la *Loi sur les brevets*. Pour en arriver à cette conclusion, la juge a noté que la LIF imposait expressément une obligation légale de divulgation et elle a conclu que l’omission de M. Brown avait empêché le commissaire aux brevets de remplir correctement son obligation en vertu du paragraphe 4(2) de la LIF, soit informer le ministre compétent de la demande de brevet.

[17] En ce qui concerne la question de savoir si des allégations importantes qui ne sont pas conformes à la vérité doivent être faites délibérément pour induire en erreur, la juge était d’avis qu’il s’agissait d’une véritable question litigieuse qui devait être tranchée au procès, compte tenu du manque d’éléments de preuve devant la

*Act* was akin to fraud. She added that if it was determined at trial that such an intention was required, it would also be required that it be determined whether or not Mr. Brown had the required intention.

[18] Finally, the Judge held that the question of whether or not the *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50 (CLPA) trumps the *Patent Act* was a genuine issue for trial. More particularly, in the event that the '748 patent was not void, the issue of whether Canada was immune for liability pursuant to the CLPA because the invention falls within the exception of section 8 would also need to be determined. The parties did not make any submission on this issue on appeal.

[19] On June 17, 2015, the Intellectual Property Institute of Canada (IPIC) was granted leave to intervene in this appeal by order of a judge of this Court. HDT did not participate in this appeal.

#### IV. Issues

[20] The issues before this Court are as follows:

1. Did the Judge err in concluding that Mr. Brown was a public servant within the meaning of section 2 of the PSIA at the time he filed his application for the '748 patent?
2. Did the Judge err in concluding that Mr. Brown's failure to disclose his public servant status at the time he filed his application for the '748 patent was an untrue and material allegation pursuant to section 53 of the *Patent Act*?

#### V. Standard of Review

[21] The standard of review for questions of law is correctness. Questions of fact and mixed fact and law in respect of which there is no extricable question of law

Cour. Elle a souligné que la présumée contravention à l'article 53 de la *Loi sur les brevets* était assimilable à la fraude. Elle a ajouté que, s'il était décidé au procès qu'une telle intention était requise, il faudrait aussi déterminer si M. Brown avait ou non l'intention requise.

[18] Enfin, la juge a conclu que la question de savoir si la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50 (LRCECA), a préséance ou non sur la *Loi sur les brevets* était une véritable question litigieuse. En particulier, dans l'éventualité où le brevet '748 n'était pas nul, la question de savoir si la Couronne était exonérée de toute responsabilité en vertu de la LRCECA parce que l'invention tombe sous le coup de l'exception à l'article 8 devra également être tranchée. Les parties n'ont pas présenté d'observations sur cette question en appel.

[19] Le 17 juin 2015, l'Institut de la propriété intellectuelle du Canada (IPIC) a obtenu l'autorisation d'intervenir dans le présent appel, par ordonnance d'un juge de notre Cour. HDT n'a pas participé à l'appel.

#### IV. Questions en litige

[20] Les questions soumises à notre Cour sont les suivantes :

1. La juge a-t-elle commis une erreur en concluant que M. Brown était fonctionnaire au sens de l'article 2 de la LIF au moment où il a déposé sa demande pour le brevet '748?
2. La juge a-t-elle commis une erreur en concluant que l'omission de M. Brown de révéler sa qualité de fonctionnaire au moment où il a déposé sa demande pour le brevet '748 était une allégation importante non conforme à la vérité aux termes de l'article 53 de la *Loi sur les brevets*?

#### V. Norme de contrôle

[21] La norme de contrôle pour les questions de droit est la décision correcte. Les questions de fait et les questions mixtes de fait et de droit ne comportant pas de



are reviewed on the standard of palpable and overriding error (see *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paragraphs 7–37).

## VI. Analysis

A. *Did the Judge err in concluding that Mr. Brown was a public servant within the meaning of section 2 of the PSIA at the time he filed his application for the '748 patent?*

[22] Mr. Brown submits that the Judge erred in finding that he was a public servant within the meaning of section 2 of the PSIA when he filed his application for the '748 patent on October 8, 1999. Essentially, Mr. Brown asserts that the definition of “public servant” in section 2 of the PSIA must be interpreted in a broader context as to solely include those who perform work or service in exchange for remuneration. As such, Mr. Brown argues, since he was an unpaid member of the Canadian Forces’ Supplementary Reserve in 1999, he was not “employed” and thus could not be considered a “member of the Canadian Forces” within the meaning of section 2 of the PSIA.

[23] I cannot accept Mr. Brown’s contention. In my view, the Judge properly concluded that Mr. Brown, as a member of the Supplementary Reserve, was a “public servant” within the meaning of the PSIA when he applied for the '748 patent.

[24] I note that in undertaking her statutory interpretation, the Judge conducted a thorough bilingual review of the statutory term “public servant” as used in section 2 of the PSIA in conformity with the well-established principle that both versions of bilingual enacted legislation are authoritative: “both must be read with care and both must be considered in resolving interpretative issues” (Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. (Markham, Ont.: LexisNexis, 2014) (Sullivan), at page 118, paragraphs §5.16 and §5.17).

questions de droit isolable sont examinées selon la norme de l’erreur manifeste et dominante (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, aux paragraphes 7 à 37).

## VI. Analyse

A. *La juge a-t-elle commis une erreur en concluant que M. Brown était fonctionnaire au sens de l’article 2 de la LIF au moment où il a déposé sa demande pour le brevet '748?*

[22] M. Brown affirme que la juge a commis une erreur en concluant qu’il était fonctionnaire au sens de l’article 2 de la LIF au moment où il a déposé sa demande pour le brevet '748 le 8 octobre 1999. Essentiellement, M. Brown affirme que la définition du terme « fonctionnaire » donnée à l’article 2 de la LIF doit être interprétée dans un contexte plus large de manière à inclure uniquement les personnes qui effectuent des tâches ou rendent des services en contrepartie d’une rémunération. Par conséquent, soutient M. Brown, comme il était un membre non rémunéré de la Réserve supplémentaire des Forces canadiennes en 1999, il n’était pas un « employé » et ne pouvait donc pas être considéré comme un « membre du personnel des Forces canadiennes » au sens de l’article 2 de la LIF.

[23] Je ne peux pas accepter la thèse de M. Brown. À mon avis, c’est à bon droit que la juge a conclu que M. Brown, en sa qualité de membre de la Réserve supplémentaire, était un « fonctionnaire » au sens de l’article 2 de la LIF au moment où il a déposé sa demande pour le brevet '748.

[24] Je constate que, dans son interprétation légale, la juge a fait un examen bilingue approfondi du terme « fonctionnaire » tel qu’il est utilisé à l’article 2 de la LIF conformément au principe bien établi selon lequel les deux versions d’une loi bilingue font autorité [TRADUCTION] : « les deux doivent être lues attentivement et les deux doivent être prises en compte dans la résolution de questions d’interprétation » (Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6<sup>e</sup> éd. (Markham, Ont. : LexisNexis, 2014) (Sullivan), à la page 118, aux paragraphes §5.16 et §5.17).

[25] On its face, the language of section 2 of the PSIA and the specific use of “member of the Canadian Forces” and “*membre du personnel des Forces canadiennes*” as opposed to “employed in a department” and “*employée dans un ministère*”, clearly evidence Parliament’s intention to extend the definition of “public servant” to more than members of the Canadian Forces who are “actively employed”.

[26] I further observe that the Judge’s reasons are well-supported. On the whole, in reading section 2 of the PSIA in both official versions, I can only agree with the Judge that the wording is “sufficiently clear in English and crystal clear in French” to support her finding and I therefore agree with her statutory interpretation of “public servant” in section 2 of the PSIA.

[27] It follows that, for the purpose of the PSIA, all members of the Canadian Forces are “public servants” whether they are in the Regular Force or the Reserve Force. Indeed, the text of section 2 of the PSIA makes it clear that members of the Canadian Forces do not need to be employed or receive benefits to be included in the definition of “public servant” for the purpose of the PSIA.

[28] Therefore, I see no reason to interfere with the Judge’s conclusion in this regard.

B. *Did the Judge err in concluding that Mr. Brown’s failure to disclose his public servant status at the time he filed his application for the '748 patent was an untrue and material allegation pursuant to section 53 of the Patent Act?*

[29] Having found that Mr. Brown was a public servant under the PSIA, the Judge concluded that his failure to disclose his public servant status as contemplated by the PSIA when he filed his application for the '748 patent was an untrue material allegation for the purpose of section 53 of the *Patent Act*.

[25] Selon son libellé, l’article 2 de la LIF, et l’utilisation des expressions « membre du personnel des Forces canadiennes » et « *member of the Canadian Forces* » plutôt que « employée dans un ministère » et « *employed in a department* », établissent clairement l’intention du législateur d’étendre la définition du terme « fonctionnaire » au-delà des membres des Forces canadiennes qui sont « des employés actifs ».

[26] Je constate par ailleurs que les motifs de la juge sont bien étayés. Dans l’ensemble, en lisant l’article 2 de la LIF dans les deux langues officielles, je ne peux qu’être d’accord avec la juge lorsqu’elle affirme que le libellé est « suffisamment clair en anglais et il est on ne peut plus clair en français », et je suis donc d’accord avec son interprétation du terme « fonctionnaire » à l’article 2 de la LIF.

[27] Il s’ensuit que, pour l’application de la LIF, tous les membres du personnel des Forces canadiennes sont des « fonctionnaires », qu’ils soient dans la Force régulière ou dans la Force de réserve. En effet, le libellé de l’article 2 de la LIF indique clairement que les membres des Forces canadiennes n’ont pas à être des employés ou à recevoir des bénéfices pour être visés par la définition du terme « fonctionnaire » dans la LIF.

[28] En conséquence, je ne vois aucune raison de modifier la conclusion de la juge à cet égard.

B. *La juge a-t-elle commis une erreur en concluant que l’omission de M. Brown de révéler sa qualité de fonctionnaire au moment où il a déposé sa demande pour le brevet '748 était une allégation importante non conforme à la vérité aux termes de l’article 53 de la Loi sur les brevets?*

[29] Ayant déterminé que M. Brown était un fonctionnaire au titre de la LIF, la juge a conclu que son omission de révéler sa qualité de fonctionnaire, comme le prévoit la LIF, au moment où il a déposé sa demande pour le brevet '748 était une allégation importante non conforme à la vérité aux termes de l’article 53 de la *Loi sur les brevets*.

[30] The appellants and the intervener argue that this conclusion is wrong in law as nothing in the *Patent Act* requires that Mr. Brown had to disclose his public servant status when he applied for the '748 patent. The Crown disagrees and submits that a statutory interpretation of both the PSIA and the *Patent Act* leads inescapably to the conclusion that Mr. Brown's failure to disclose his public servant status is a material untrue allegation pursuant to section 53 of the *Patent Act*. In cross-appeal, based on a highly strict, technical, and grammatical interpretation of section 53 of the *Patent Act*, the Crown further alleges that the Judge's factual finding that Mr. Brown made an untrue allegation that was material suffices to void the '748 patent pursuant to section 53 of the *Patent Act* and that, as such, there is no additional requirement to prove wilful intent. The Crown further submits that the Judge erred in stopping short of voiding the '748 patent under subsection 53(1) of the *Patent Act*.

[31] The Judge correctly noted at paragraph 47 of her reasons that the present matter raises the novel issue of the relationship between section 4 of the PSIA and section 53 of the *Patent Act* in the specific context of voiding a patent under section 53 of the *Patent Act* as a result of a contravention of section 4 of the PSIA. I would further add that this issue is decisive in determining what obligations Mr. Brown had as a public servant pursuant to the PSIA and the *Patent Act* when he filed his application for the '748 patent.

[32] Having identified the crux of the matter, the Judge then proceeded with her analysis as to whether Mr. Brown's failure to disclose his public servant status constituted a material untrue allegation within the meaning of subsection 53(1) of the *Patent Act*. However, in performing her analysis, the Judge short circuited a crucial step. Despite acknowledging that the present matter raised the interaction between section 4 of the PSIA and section 53 of the *Patent Act*, the Judge failed

[30] Les appelants et l'intervenant soutiennent que cette conclusion constitue une erreur de droit, car il n'y a rien dans la *Loi sur les brevets* qui obligeait M. Brown à révéler sa qualité de fonctionnaire au moment où il a déposé sa demande pour le brevet '748. La Couronne n'est pas d'accord et soutient qu'une interprétation de la LIF et de la *Loi sur les brevets* mène inéluctablement à la conclusion que l'omission de M. Brown de divulguer sa qualité de fonctionnaire constituait une allégation importante non conforme à la vérité selon l'article 53 de la *Loi sur les brevets*. Dans l'appel incident, en se fondant sur une interprétation grammaticale, technique et très stricte de l'article 53 de la *Loi sur les brevets*, la Couronne soutient en outre que la conclusion factuelle de la juge selon laquelle M. Brown avait fait une allégation importante non conforme à la vérité suffit pour annuler le brevet '748 conformément à l'article 53 de la *Loi sur les brevets* et elle affirme qu'en conséquence, il n'y a aucune obligation supplémentaire de prouver l'intention délibérée. La Couronne soutient en outre que la juge a commis une erreur en omettant de déclarer la nullité du brevet '748 en vertu du paragraphe 53(1) de la *Loi sur les brevets*.

[31] C'est avec raison que la juge a souligné au paragraphe 47 de ses motifs que l'affaire soulève la question nouvelle de l'interaction entre l'article 4 de la LIF et l'article 53 de la *Loi sur les brevets* et la question de savoir si l'annulation d'un brevet en vertu de l'article 53 de la *Loi sur les brevets* découle d'une contravention à l'article 4 de la LIF. J'ajouterais également que cette question est décisive dans la détermination des obligations qui incombaient à M. Brown en tant que fonctionnaire en vertu de la LIF et en vertu de la *Loi sur les brevets* au moment où il a déposé sa demande pour le brevet '748.

[32] Ayant mis le doigt sur le nœud du problème, la juge a poursuivi son analyse afin de déterminer si l'omission de M. Brown de divulguer sa qualité de fonctionnaire constituait une allégation importante non conforme à la vérité aux termes du paragraphe 53(1) de la *Loi sur les brevets*. Toutefois, en effectuant son analyse, la juge a omis une étape décisive. Bien qu'elle ait reconnu que l'affaire soulevait la question de l'interaction entre l'article 4 de la LIF et l'article 53 de la *Loi sur*

to properly conduct an analysis of this issue. A closer look at the interaction between the PSIA and the *Patent Act* is therefore apposite at this juncture.

[33] The interaction between the PSIA and the *Patent Act* has to be considered in accordance with general principles of interpretation. Specifically, statutes that are enacted by the legislature that deal with the same subject, in this case, patents, are presumed to be drafted with one another in mind, so as to offer a coherent and consistent treatment of the subject (Sullivan, at paragraphs §15.25 and §15.37). Furthermore, the words of an Act are to be read in their entire context, in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament (*Rizzo and Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paragraph 21; also *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, at paragraph 10).

[34] The *Patent Act*, unlike the *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42 (subsection 13(3)), does not address the issue of ownership of patent rights in inventions made during the course of employment. Given the silence of the *Patent Act* on this issue in the context of a private employment relationship, the existence of an employee-employer relationship will not necessarily disqualify an employee from patenting an invention discovered in the course of employment. The employer can nevertheless seek ownership of the intellectual property rights if it can demonstrate that: (i) there is formal agreement between the employer and the employee to the effect that the employer retains ownership of the intellectual patent rights; or, (ii) the employee was hired for the express purpose of inventing (*Comstock Canada v. Electec Ltd.* (1991), 38 C.P.R. (3d) 29 (F.C.T.D.)).

[35] However, in the context of a government employment relationship, such as the one at issue, Parliament specifically enacted the PSIA in 1954 to govern inventions developed by public servants as well as the intellectual property rights that flow from the inventions. The PSIA, for the greater part, remains unchanged to this day.

*les brevets*, la juge n'a pas mené correctement une analyse de la question. Une analyse plus attentive de l'interaction entre la LIF et la *Loi sur les brevets* est par conséquent pertinente à ce moment.

[33] L'interaction entre la LIF et la *Loi sur les brevets* doit être examinée conformément aux principes généraux d'interprétation. Plus précisément, les lois adoptées par le législateur qui traitent du même sujet, en l'occurrence les brevets, sont présumées avoir été rédigées les unes en fonction des autres, de manière à assurer la cohérence et l'uniformité dans le traitement du sujet (Sullivan, aux paragraphes §15.25 et §15.37). En outre, il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur (*Rizzo and Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au paragraphe 21; voir aussi *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, au paragraphe 10).

[34] La *Loi sur les brevets*, contrairement à la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, au paragraphe 13(3), n'aborde pas la question de la propriété des droits de brevet afférents aux inventions faites dans l'exercice d'un emploi. Compte tenu du silence de la *Loi sur les brevets* sur cette question dans le cas d'une relation de travail privée, l'existence d'une relation employeur-employé ne rendra pas forcément l'employé inadmissible à un brevet pour une invention découverte au cours de son emploi. L'employeur peut néanmoins chercher à obtenir les droits de propriété intellectuelle s'il peut démontrer soit : i) qu'un contrat exprès stipule que l'employeur conserve les droits de propriété intellectuelle afférents à l'invention, ii) que l'employé a été embauché expressément pour qu'il fasse des inventions (*Comstock Canada c. Electec Ltd.*, [1991] A.C.F. n° 987 (1<sup>er</sup> inst.) (QL)).

[35] Cependant, dans le cas d'un travail pour l'État, comme en l'espèce, le législateur a adopté la LIF en 1954 pour régir les inventions créées par les fonctionnaires ainsi que les droits de propriété intellectuelle qui découlent de ces inventions. La LIF demeure en grande partie inchangée à ce jour.

[36] It is trite to say that the object of the PSIA is to ensure that both inventions made and claimed by public servants as well as their rights are vested in Her Majesty under certain conditions. Section 3 of the PSIA entitled “Inventions vested in Her Majesty” is aptly descriptive and states the following:

**Inventions vested in Her Majesty**

**3** The following inventions, and all rights with respect thereto in Canada or elsewhere, are vested in Her Majesty in right of Canada, namely,

- (a) an invention made by a public servant while acting within the scope of his duties or employment, or made by a public servant with facilities, equipment or financial aid provided by or on behalf of Her Majesty; and
- (b) an invention made by a public servant that resulted from or is connected with his duties or employment. [My emphasis.]

[37] Accordingly, Parliament has imposed on public servant-inventors a duty to disclose their inventions to the appropriate minister (section 4 of the PSIA). Following a disclosure of the invention by the public servant-inventor and given the nature of the invention, the appropriate minister can determine whether an invention is indeed vested in Her Majesty according to the PSIA. Hence, the appropriate minister can: (i) file an application for a patent invention vested in Her Majesty by the PSIA; or, (ii) waive, abandon or transfer all or any of its rights in respect of that invention (sections 5, 6 and 8 of the PSIA). In order for the appropriate minister to elect the best course of action and fulfil his obligations under the PSIA, the disclosure of the invention by the public servant is paramount.

[38] As for the *Patent Act*, it stands as a complete statutory scheme regarding patents (*Commissioner of Patents v. Fabwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*, [1964] S.C.R. 49, at page 57; *Apotex Inc. v. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, 2008 SCC 61, [2008] 3 S.C.R. 265, at paragraph 12; *Apotex Inc. v. Sanofi-Aventis*, 2013 FCA 186, [2015] 2 F.C.R. 644, at paragraph 34). The Commissioner of Patents has

[36] Il va de soi que le but de la LIF est d’assurer que les inventions faites et réclamées par les fonctionnaires soient dévolues à Sa Majesté, avec tous les droits y afférents, dans certaines circonstances. L’article 3 de la LIF, intitulé « Inventions dévolues à la couronne », est explicite et dispose ce qui suit :

**Inventions dévolues à la couronne**

**3** Sont dévolues à Sa Majesté du chef du Canada, avec tous les droits y afférents au Canada ou à l’étranger :

- a) toute invention faite par un fonctionnaire soit dans l’exercice ou le cadre de ses attributions, soit grâce à des installations, du matériel ou une aide financière fournis par Sa Majesté ou pour le compte de celle-ci;
- b) toute invention faite par un fonctionnaire et découlant de ses attributions, ou s’y rattachant. [Je souligne.]

[37] En conséquence, le législateur a imposé aux fonctionnaires inventeurs l’obligation de divulguer leurs inventions au ministre compétent (article 4 de la LIF). Après la divulgation de l’invention par le fonctionnaire inventeur, et selon la nature de l’invention, le ministre compétent peut décider si une invention est effectivement dévolue à Sa Majesté conformément à la LIF. Par conséquent, le ministre compétent peut, selon le cas : i) déposer une demande en vue de l’obtention d’un brevet pour une invention dévolue à Sa Majesté en application de la LIF, ou ii) renoncer à tout ou partie des droits concernant cette invention ou abandonner ou transférer tout ou partie de ces droits (articles 5, 6 et 8 de la LIF). La divulgation de l’invention par le fonctionnaire est primordiale pour permettre au ministre compétent de décider de la meilleure façon de procéder et de remplir les obligations qui lui incombent en vertu de la LIF.

[38] La *Loi sur les brevets* est un régime légal complet en ce qui concerne les brevets (*Commissioner of Patents v. Fabwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*, [1964] R.C.S. 49, à la page 57; *Apotex Inc. c. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, 2008 CSC 61, [2008] 3 R.C.S. 265, au paragraphe 12; *Apotex Inc. c. Sanofi-Aventis*, 2013 CAF 186, [2015] 2 R.C.F. 644, au paragraphe 34). Le commissaire aux

no discretion to not grant a patent if all the requirements set forth under the *Patent Act* are met. Subsection 27(1) of the *Patent Act* is clear to that effect:

**Commissioner may grant patents**

**27 (1)** The Commissioner shall grant a patent for an invention to the inventor or the inventor’s legal representative if an application for the patent in Canada is filed in accordance with this Act and all other requirements for the issuance of a patent under this Act are met.

[39] Subsection 27(2) of the *Patent Act* sets out the content of a patent application which must contain a petition and a specification of the invention:

**27 ...**

**Application requirements**

**(2)** The prescribed application fee must be paid and the application must be filed in accordance with the regulations by the inventor or the inventor’s legal representative and the application must contain a petition and a specification of the invention.

[40] The regulations referred to in subsection 27(2) of the *Patent Act* are found in the *Patent Rules*, SOR/96-423.

[41] In connection with the petition required by subsection 27(2) of the *Patent Act*, section 77 of the *Patent Rules* provides that it “shall follow the form and the instructions for its completion set out in Form 3 of Schedule 1”. Form 3 is entitled “Petition for Grant of Patent” and specifically refers to subsection 27(2) of the *Patent Act*. In the present case, the appellant, Mr. Brown, used this form on the advice of his patent agent when he filed his application for the '748 patent. Neither Form 3, nor its instructions, indicates that an individual filing a patent application has an obligation to disclose his or her public servant status. Form 3 and its instructions are entirely silent in this respect.

[42] However, the *Public Servants Inventions Regulations*, C.R.C., c. 1332, set forth a number of forms

brevets n’a aucun pouvoir discrétionnaire de ne pas accorder un brevet si toutes les exigences établies en vertu de la *Loi sur les brevets* sont respectées. Le paragraphe 27(1) de la *Loi sur les brevets* est clair à cet égard :

**Délivrance de brevet**

**27 (1)** Le commissaire accorde un brevet d’invention à l’inventeur ou à son représentant légal si la demande de brevet est déposée conformément à la présente loi et si les autres conditions de celle-ci sont remplies.

[39] Le paragraphe 27(2) de la *Loi sur les brevets* détermine le contenu d’une demande de brevet, laquelle doit être accompagnée d’une pétition et du mémoire descriptif de l’invention :

**27 [...]**

**Dépôt de la demande**

**(2)** L’inventeur ou son représentant légal doit déposer, en la forme réglementaire, une demande accompagnée d’une pétition et du mémoire descriptif de l’invention et payer les taxes réglementaires.

[40] Les règlements visés au paragraphe 27(2) de la *Loi sur les brevets* se trouvent dans les *Règles sur les brevets*, DORS/96-423.

[41] En ce qui concerne la pétition exigée par le paragraphe 27(2) de la *Loi sur les brevets*, l’article 77 des *Règles sur les brevets* dispose qu’elle « est établie selon la formule 3 de l’annexe I et les instructions connexes ». La formule 3 est intitulée « Pétition pour l’octroi d’un brevet » et renvoie expressément au paragraphe 27(2) de la *Loi sur les brevets*. En l’espèce, l’appelant, M. Brown, avait, selon les conseils de son agent de brevets, utilisé cette formule lorsqu’il a déposé sa demande pour le brevet '748. Ni la formule 3 ni ses instructions n’indiquent qu’une personne qui dépose une demande de brevet a l’obligation de divulguer sa qualité de fonctionnaire. La formule 3 et ses instructions sont entièrement muettes à cet égard.

[42] Cependant, le *Règlement sur les inventions des fonctionnaires*, C.R.C., ch. 1332, établit un nombre de

which have to be used by a public servant filing an application for a patent, more particularly Forms 4 to 7 [in the Schedule]. As a public servant, Mr. Brown would have had to make use of these forms to fulfil his obligation pursuant to subsection 4(1) of the PSIA when he applied for the '748 patent, as per section 11 of the *Public Servants Inventions Regulations*, C.R.C., c. 1332.

[43] A comparison of the forms under the *Patent Rules* and the forms under the *Public Servants Inventions Regulations* reveal a lack of consistency and hence a conflict regarding the required forms. Indeed, section 77 and Form 3 [in Schedule I] of the *Patent Rules* do not refer to the obligation to disclose a public servant status, whereas Forms 4 to 7 of the *Public Servants Inventions Regulations* expressly requires that one's public servant status be disclosed.

[44] Against this apparent conflict and lack of consistency between the *Patent Rules* and the *Public Servants Inventions Regulations*, a closer look at their effect is required. Significantly, a distinction must be drawn between the *Patent Rules* on the one hand and the *Public Servants Inventions Regulations* on the other. Pursuant to subsection 12(2) of the *Patent Act*, the former have the same force and effect as if they had been enacted in the *Patent Act* itself:

**12 ...**

**Effect**

(2) Any rule or regulation made by the Governor in Council has the same force and effect as if it had been enacted herein.

[45] The PSIA contains no similar provision and its regulations are therefore to be considered subordinate legislation. It follows that despite the apparent conflict and lack of consistency between the *Patent Rules* and the *Public Servants Inventions Regulations*, the former carry greater weight and therefore prevail over the later. This supports the conclusion that the failure to disclose one's status as a public servant does not invalidate a

formules qui doivent être utilisées par un fonctionnaire qui présente une demande de brevet, notamment les formules 4 à 7 [de l'annexe]. En tant que fonctionnaire, M. Brown aurait dû utiliser ces formules pour remplir son obligation en vertu du paragraphe 4(1) de la LIF lorsqu'il a présenté sa demande pour le brevet '748, conformément à l'article 11 du *Règlement sur les inventions des fonctionnaires*, C.R.C., ch. 1332.

[43] Une comparaison des formules en vertu des *Règles sur les brevets* et des formules en vertu du *Règlement sur les inventions des fonctionnaires* révèle un manque de cohérence et, partant, un conflit concernant les formes prescrites. En fait, l'article 77 et la formule 3 [de l'annexe I] des *Règles sur les brevets* ne mentionnent aucune obligation de révéler la qualité de fonctionnaire, alors que les formules 4 à 7 du *Règlement sur les inventions des fonctionnaires* exigent expressément que la qualité de fonctionnaire du demandeur soit révélée.

[44] Au regard de ce conflit apparent et du manque de cohérence entre les *Règles sur les brevets* et le *Règlement sur les inventions des fonctionnaires*, un examen minutieux de leur effet s'impose. Concrètement, une distinction doit être faite entre les *Règles sur les brevets* d'une part et le *Règlement sur les inventions des fonctionnaires* d'autre part. Aux termes du paragraphe 12(2) de la *Loi sur les brevets*, les *Règles sur les brevets* ont la même force et le même effet que si elles avaient été édictées dans la *Loi sur les brevets* elle-même :

**12 [...]**

**Effet**

(2) Toute règle ou tout règlement pris par le gouverneur en conseil a la même force et le même effet que s'il avait été édicté aux présentes.

[45] La LIF ne contient aucune disposition semblable et son règlement doit donc être considéré comme un texte d'application. Il s'ensuit que malgré le conflit apparent et le manque de cohérence entre les *Règles sur les brevets* et le *Règlement sur les inventions des fonctionnaires*, le premier texte a plus de poids et, par conséquent, prévaut sur le second. Ceci appuie la conclusion selon laquelle l'omission de divulguer la

patent given that such disclosure is not required under either the *Patent Act* or its rules.

[46] Looking back to past amendments to the *Patent Act* and the PSIA also supports the conclusion that Parliament did not intend that a patent could be void for a failure to disclose public servant status.

[47] For instance, section 47 of the *Patent Act* in the Revised Statutes of 1952, c. 203, under the heading “Inventions by Public Servants” addressed the rights and obligations of both public servant inventors and the Crown. At that time, no obligation was placed upon a public servant applying for a patent to disclose his or her public servant status.

[48] In 1954, section 47 of the *Patent Act* (1952) was repealed altogether [repealed by *Public Servants Inventions Act*, S.C. 1953-54, c. 40, s. 15] and the PSIA was enacted. In so doing, Parliament also enacted specific penalties under the PSIA in relation to the failure to disclose public servant status, including fines and/or imprisonment. Such penalties are not expressed as relating to or in any way impacting upon the validity of a patent issued if a public servant-inventor failed to comply with the PSIA. It is equally worthy of note that the *Patent Act*, likewise, does not impose any penalties for a failure to disclose public servant status.

[49] As a result, this review of the interaction between the PSIA and the *Patent Act* leads me to the following conclusion. Mr. Brown had the obligation to disclose his public servant status under subsection 4(2) of the PSIA and, in failing to do so, he became subject to penalties under section 11 of the PSIA. However, he had no such obligation under the *Patent Act* when he filed his application for the '748 patent. Mr. Brown met the requirement under the *Patent Act* and the *Patent Rules* and disclosed an invention that was determined by the Patent Office to be new, not obvious and useful. The *Patent Act*, as a complete statutory scheme, does not

qualité de fonctionnaire n'invalide pas un brevet, étant donné qu'une telle divulgation n'est pas requise en vertu de la *Loi sur les brevets* ou de ses règles.

[46] Il m'apparaît à l'examen des modifications antérieures à la *Loi sur les brevets* et à la LIF que celles-ci appuient également la conclusion selon laquelle le législateur n'entendait pas qu'un brevet pourrait être déclaré nul pour défaut de divulgation de la qualité de fonctionnaire.

[47] Par exemple, l'article 47 de la *Loi sur les brevets* dans les Statuts révisés du Canada de 1952, ch. 203, sous le titre « Inventions par des fonctionnaires publics », définissait les droits et les obligations des fonctionnaires inventeurs et de la Couronne. À ce moment-là, aucune obligation n'incombait à un fonctionnaire déposant une demande de brevet de révéler sa qualité de fonctionnaire.

[48] En 1954, l'article 47 de la *Loi sur les brevets* (1952) a été carrément aboli [abrogé par la *Loi sur les inventions des fonctionnaires*, S.C. 1953-54, ch. 40, art. 15] et la LIF est entrée en vigueur. Ce faisant, le législateur a aussi adopté des sanctions précises en vertu de la LIF en cas d'omission de révéler la qualité de fonctionnaire, notamment une amende ou une peine d'emprisonnement. Rien n'indique que de telles sanctions ont un effet quelconque sur la validité d'un brevet délivré si un fonctionnaire inventeur ne s'est pas conformé à la LIF. Il convient également de noter que la *Loi sur les brevets* n'impose pas non plus de sanction pour défaut de divulgation de la qualité de fonctionnaire.

[49] En conséquence, l'examen de l'interaction entre la LIF et la *Loi sur les brevets* m'a amené à la conclusion suivante. M. Brown avait l'obligation de révéler sa qualité de fonctionnaire en vertu du paragraphe 4(2) de la LIF et, en omettant de le faire, il est devenu passible des peines prévues à l'article 11 de la LIF. Cependant, il n'avait pas une telle obligation en vertu de la *Loi sur les brevets* au moment où il a déposé sa demande pour le brevet '748. M. Brown a satisfait aux exigences prévues par la *Loi sur les brevets* et par les *Règles sur les brevets* et a divulgué une invention considérée par le Bureau des brevets comme étant nouvelle, non évidente et utile. La



in any way require that an applicant disclose public servant status, nor does it set forth any penalties for not doing so. The PSIA itself does not even refer to the invalidation of a patent as a consequence of failing to disclose public servant status.

[50] It was thus an error for the Judge to conclude that Mr. Brown's failure to disclose his public servant status at the time he filed his application for the '748 patent was an untrue and material allegation pursuant to subsection 53(1) of the *Patent Act* and cannot affect the validity of the '748 patent. Regardless of the disclosure obligations under the PSIA, since Mr. Brown complied with section 27 of the *Patent Act*, more specifically with the *Patent Rules* and its Forms, section 53 could not be triggered in the circumstances. However, the question as to whether the invention and the ownership of the '748 patent intellectual property rights are vested in Her Majesty pursuant to subsections 4(1) and 4(2) of the PSIA, remains open.

[51] I would allow the appeal with costs before this Court and the Federal Court and I would dismiss the Crown's cross-appeal with costs. I would set aside the Judge's judgment and, rendering the judgment that the Judge should have rendered, I would dismiss the Crown's motion for summary judgment in its entirety.

WEBB J.A.: I agree.

DE MONTIGNY J.A.: I agree.

*Loi sur les brevets*, en tant que régime légal complet, n'oblige en aucune façon le demandeur à divulguer sa qualité de fonctionnaire et ne prévoit aucune sanction en cas de non-divulgence. La LIF elle-même ne renvoie pas à l'annulation d'un brevet pour non-divulgence de la qualité de fonctionnaire.

[50] La juge a donc commis une erreur lorsqu'elle a conclu que l'omission de M. Brown de révéler sa qualité de fonctionnaire au moment où il a déposé sa demande pour le brevet '748 était une allégation importante non conforme à la vérité aux termes du paragraphe 53(1) de la *Loi sur les brevets*; cette omission ne peut pas avoir d'effet sur la validité du brevet '748. Peu importe les obligations de divulgation en vertu de la LIF, étant donné que M. Brown s'est conformé à l'article 27 de la *Loi sur les brevets*, et plus précisément aux *Règles sur les brevets* et à leurs formules, l'article 53 ne pouvait pas être appliqué dans les circonstances. Toutefois, la question de savoir si l'invention et les droits de propriété intellectuelle afférents au brevet '748 sont dévolus à Sa Majesté conformément aux paragraphes 4(1) et 4(2) de la LIF reste à trancher.

[51] J'accueillerais l'appel avec dépens devant notre Cour et devant la Cour fédérale et je rejetterais l'appel incident de la Couronne avec dépens. J'annulerais la décision de la juge et, en rendant le jugement que la juge aurait dû rendre, je rejetterais la requête de la Couronne en jugement sommaire dans son intégralité.

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

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

A-512-14  
2016 FCA 96

A-512-14  
2016 CAF 96

**Minister of Citizenship and Immigration** (*Appellant*)

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

v.

c.

**Parminder Singh** (*Respondent*)

**Parminder Singh** (*intimé*)

and

et

**Canadian Association of Refugee Lawyers** (*Intervener*)

**Canadian Association of Refugee Lawyers** (*intervenante*)

**INDEXED AS: SINGH v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)**

**RÉPERTORIÉ : SINGH c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)**

Federal Court of Appeal, Nadon, Gauthier and de Montigny J.J.A.—Montreal, October 8, 2015; Ottawa, March 29, 2016.

Cour d'appel fédérale, juges Nadon, Gauthier et de Montigny, J.C.A.—Montréal, 8 octobre 2015; Ottawa, 29 mars 2016.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees and Persons in Need of Protection — Appeal from Federal Court decision allowing respondent's judicial review of Refugee Appeal Division (RAD) decision regarding respondent's claim for refugee protection dismissed by Refugee Protection Division (RPD) — Respondent's documents seized at port of entry — RPD finding that respondent failed to establish his identity — On appeal, RAD refusing to allow copy of seized diploma to be admitted into evidence — Interpreting Immigration and Refugee Protection Act, s. 110(4) in light of case law developed around Act, s. 113(a), on basis of Raza v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) — Federal Court concluding, inter alia, unreasonable for RAD to strictly apply Raza criteria in interpreting s. 110(4) given distinctive roles of PRRA (pre-removal risk assessment) officer, RAD — Finding factors in Raza not transferable in context of appeal before RAD — Whether test in Raza for interpretation of s. 113(a) applying to s. 110(4) — No valid reason not to apply implicit criteria established in Raza to s. 110(4) — Explicit conditions set out in s. 110(4) inescapable, leaving no discretion for RAD — Crux of issue whether implied conditions of admissibility identified in context of s. 113(a) in Raza also applicable to s. 110(4) — Different roles of RAD, PRRA officer not calling for distinctive analysis — Presumably, Parliament relying on courts' interpretation when using same wording in different provisions — Raza criteria flowing implicitly from s. 113(a), applicable in context of s. 110(4) — Differing roles of PRRA, RAD not sufficient to set aside presumption that Parliament intended to defer to courts' interpretation of legislative text when choosing to repeat same*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger — Appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale qui a accueilli la demande de contrôle judiciaire de l'intimé à l'encontre d'une décision de la Section d'appel des réfugiés (SAR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada concernant sa demande d'asile ayant été refusée par la Section de la protection des réfugiés (SPR) — Des documents appartenant à l'intimé ont été saisis au point d'entrée — La SPR a conclu que l'intimé n'avait pas établi son identité — En appel, la SAR a refusé d'admettre la copie du diplôme saisi en preuve — L'art. 110(4) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés a été interprété à la lumière de la jurisprudence qui s'est développée autour de l'art. 113a) de la Loi, et notamment de l'arrêt Raza c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) — La Cour fédérale a estimé, entre autres, qu'il était déraisonnable de la part de la SAR d'appliquer les critères développés dans le contexte de l'art. 113a) pour interpréter l'art. 110(4) compte tenu des rôles distincts de l'agent d'ERAR (d'examen des risques avant renvoi) et de la SAR — La Cour fédérale a conclu que les facteurs établis par l'arrêt Raza ne sauraient être transposés dans le contexte d'un appel devant la SAR — Il s'agissait de savoir s'il fallait appliquer les critères énoncés dans l'arrêt Raza pour l'interprétation de l'art. 113a) de la Loi à l'art. 110(4) de cette loi — Il n'y a aucune raison valable de ne pas appliquer les critères implicites dégagés dans l'arrêt Raza dans le cadre de l'art. 110(4) — Les conditions explicites établies à l'art. 110(4) sont incontournables et ne laissent place à aucune discrétion de la part de la SAR — Le*

*essential points in other provision — Parliament favouring restrictive approach to admissibility of new evidence on appeal — Decision not to admit new evidence on appeal not necessarily affecting respondent's right not to be deprived of life, liberty, security — Not necessary to interpret ss. 110(4), 113(a) differently — RAD not erring in using mutatis mutandis implicit criteria from Raza to interpret s. 110(4) — Appeal allowed.*

This was an appeal from a Federal Court decision allowing the respondent's application for judicial review of a decision of the Refugee Appeal Division (RAD) of the Immigration and Refugee Board of Canada regarding the respondent's claim for refugee protection, which had been dismissed by the Refugee Protection Division (RPD).

The respondent, a citizen of India, fled to Canada following his arrest, questioning and detention by the police. At the port of entry, the respondent's documents, i.e. driver's licence, voter's card and school certificates were seized by the Canada Border Services Agency (CBSA). The RPD found, *inter alia*, that the respondent had failed to establish his identity. On appeal, the RAD refused to allow a copy of a seized diploma to be admitted into evidence. The RAD was of the opinion, *inter alia*, that subsection 110(4) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, which governs admissible evidence before the RAD, should be interpreted in light of the case law that has developed around paragraph 113(a) of the Act, which governs the admissibility of new evidence in PRRA (pre-removal risk assessment) applications. In particular, the RAD opined that subsection 110(4) should be interpreted on the basis of *Raza v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*. Ultimately, the RAD found that the diploma had been available to the respondent at the time of the hearing before the RPD and should have been presented at that time. The Federal Court concluded, *inter alia*, that it was unreasonable for the RAD to have strictly applied the criteria established in *Raza* when it came time to interpret subsection 110(4) of the IRPA. The Federal Court found that, given the distinctive roles of the PRRA officer and the RAD, it was not appropriate to

*véritable nœud du problème consistait à déterminer si les conditions implicites d'admissibilité déduites de l'art. 113a) dans l'arrêt Raza sont également applicables dans le cadre de l'art. 110(4) — Les rôles de la SAR et de l'agent d'ERAR ne commandaient pas une analyse distincte — Il faut présumer que le législateur entend s'en remettre à l'interprétation des tribunaux — Les critères dégagés dans l'arrêt Raza qui découlent implicitement de l'art. 113a) trouvent application dans le cadre de l'art. 110(4) — Le rôle différent de l'ERAR et de la SAR ne suffit pas pour écarter la présomption voulant que le législateur entende s'en remettre à l'interprétation qu'ont faite les tribunaux d'un texte législatif lorsqu'il choisit d'en reprendre les éléments essentiels dans une autre disposition — Le législateur préconise une approche restrictive quant à l'admissibilité de nouvelles preuves en appel — La décision de ne pas accepter une nouvelle preuve dans le cadre d'un appel ne fait pas nécessairement intervenir le droit de ne pas se voir privé de sa vie, de sa sécurité ou de sa liberté — Il n'y a pas lieu d'interpréter différemment les art. 110(4) et 113a) — La SAR n'a pas erré en utilisant mutatis mutandis les critères implicites dégagés dans l'arrêt Raza pour interpréter l'art. 110(4) — Appel accueilli.*

Il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale qui a accueilli la demande de contrôle judiciaire de l'intimé à l'encontre d'une décision de la Section d'appel des réfugiés (SAR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada concernant sa demande d'asile qui a été refusée par la Section de la protection des réfugiés (SPR).

L'intimé, un citoyen de l'Inde, a fui au Canada après avoir été arrêté, interrogé et mis en détention par la police. Au point d'entrée, les documents appartenant à l'intimé, soit son permis de conduire, sa carte d'électeur ainsi que ses certificats ont été saisis par l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC). La SPR a conclu, entre autres, que l'intimé n'avait pas établi son identité. En appel, la SAR a refusé d'admettre la copie d'un diplôme saisi en preuve. La SAR était d'avis, entre autres, que le paragraphe 110(4) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, lequel régit les éléments de preuve admissibles devant la SAR, devrait être interprété à la lumière de la jurisprudence qui s'est développée autour de l'alinéa 113a) de la Loi, qui régit l'admissibilité des nouvelles preuves dans le cadre d'une demande d'ERAR (examen des risques avant renvoi). Plus particulièrement, la SAR a considéré que le paragraphe 110(4) devait s'interpréter à la lumière de l'arrêt *Raza c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*. En fin de compte, la SAR a conclu que le diplôme était accessible à l'intimé au moment de l'audience devant la SPR et aurait dû être présenté à ce moment-là. La Cour fédérale a conclu, entre autres, qu'il n'était pas raisonnable de la part de la SAR d'appliquer de façon stricte les critères établis dans l'arrêt *Raza* lorsque venait le moment d'interpréter le paragraphe 110(4) de la LIPR. La Cour fédérale

apply, *mutatis mutandis*, the criteria developed in the context of paragraph 113(a) to interpret subsection 110(4). The Federal Court was of the opinion that adopting a restrictive approach to the admissibility of new evidence would prevent the RAD from fulfilling its mission, and that the factors in *Raza* are not transferable in the context of an appeal before the RAD.

The main issue was whether, in considering the role of a PRRA officer and that of the RAD sitting in appeal of a decision of the RPD, the test set out in *Raza* for the interpretation of paragraph 113(a) applies to subsection 110(4).

*Held*, the appeal should be allowed.

There was no valid reason not to apply the implicit criteria established in *Raza* to subsection 110(4) of the Act. The wording of section 110(4) bears a striking resemblance to that in paragraph 113(a). The explicit conditions set out in subsection 110(4) are inescapable and would leave no room for discretion on the part of the RAD. In the first place, the wording of subsection 110(4) specifies that the person who is the subject of the appeal “may present only” evidence that falls into one of the three categories in subsection 110(4) (i.e. evidence that arose after the rejection of the claim; that was not reasonably available; or that was reasonably available, but could not be reasonably expected in the circumstances to have been presented, at the time of the rejection), thereby excluding any other evidence. Second, this provision departs from the general principle according to which the RAD proceeds without a hearing, on the basis of the RPD’s record and must for that reason be narrowly interpreted. The RAD could not take into account the probative value and credibility of evidence in order to counteract the requirements of subsection 110(4). The assertion in *Elezi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* that one cannot reject credible evidence on the sole ground that it is “technically inadmissible” must be considered purely as an *obiter*. The true crux of the issue herein consisted in determining whether the implied conditions of admissibility identified in the context of paragraph 113(a) in *Raza* are also applicable to subsection 110(4). The different role and status of the RAD as compared to that of a PRRA officer does not call for a distinctive analysis. Parliament’s decision to use near-identical wording did not happen by chance. It must be presumed that Parliament, when it uses the same wording as a provision that has already been interpreted by the courts, intends to rely on that interpretation. The slight differences that exist between the French and English iterations of subsection 110(4) were not particularly telling, nor were they sufficient to set aside case law that has developed with regard to paragraph 113(a).

a conclu que, compte tenu des rôles distincts de l’agent d’ERAR et de la SAR, il ne convenait pas d’appliquer *mutatis mutandis* les critères développés dans le contexte de l’alinéa 113a) pour interpréter le paragraphe 110(4). La Cour fédérale était d’avis que le fait d’adopter une approche restrictive à l’admissibilité de la nouvelle preuve ne permettrait pas à la SAR de remplir sa mission, et que les facteurs implicites dégagés dans l’arrêt *Raza* ne sauraient être transposés dans le contexte d’un appel devant la SAR.

Il s’agissait principalement de savoir si, au moment d’examiner le rôle de l’agent d’ERAR et celui de la SAR saisie de l’appel d’une décision de la SPR, il fallait appliquer les critères énoncés dans l’arrêt *Raza* pour l’interprétation de l’alinéa 113a) au paragraphe 110(4).

*Arrêt* : l’appel doit être accueilli.

Il n’y avait aucune raison valable de ne pas appliquer pour l’essentiel les critères implicites dégagés par cette Cour dans l’arrêt *Raza* dans le cadre du paragraphe 110(4) de la Loi. Le texte du paragraphe 110(4) ressemble à s’y méprendre à celui de l’alinéa 113a). Les conditions explicites mentionnées au paragraphe 110(4) doivent être respectées et ne laissent place à aucune discrétion de la part de la SAR. D’une part, le texte du paragraphe 110(4) précise que la personne en cause « ne peut présenter » (« *may present only* ») que des éléments de preuve qui entrent dans l’une ou l’autre des trois catégories du paragraphe 110(4) (c’est-à-dire, des éléments de preuve survenus depuis le rejet de la demande d’asile; des éléments de preuve qui n’étaient pas normalement accessibles; ou des éléments de preuve qui étaient normalement accessibles, mais que la personne en cause n’aurait pas normalement présentés dans les circonstances au moment du rejet), excluant du même coup tout autre élément de preuve. D’autre part, cette disposition déroge au principe général suivant lequel la SAR procède sans tenir d’audience en se fondant sur le dossier de la SPR et doit pour ce motif être interprétée restrictivement. La SAR ne pouvait pas tenir compte du caractère probant et crédible d’une preuve pour contrebalancer les exigences du paragraphe 110(4). L’affirmation dans la décision *Elezi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* selon laquelle on ne saurait rejeter un élément de preuve crédible au seul motif qu’il est « techniquement inadmissible » doit être considérée comme un simple *obiter*. Le véritable nœud du problème en l’espèce consistait à déterminer si les conditions implicites d’admissibilité qui ont été déduites de l’alinéa 113a) dans l’arrêt *Raza* sont également applicables dans le cadre du paragraphe 110(4). Le rôle et le statut différents de la SAR par rapport à l’agent d’ERAR ne commandaient pas une analyse distincte. Le choix d’une formulation quasi identique par le législateur ne découle pas du simple hasard. Il faut présumer que le législateur, lorsqu’il reprend sans les modifier les termes d’une disposition qui a

The implicit criteria identified in *Raza* are also applicable in the context of subsection 110(4). The differing roles of the PRRA and the RAD, and the separate status of persons who perform these functions, are not sufficient to set aside the presumption that Parliament intended to defer to the courts' interpretation of a legislative text when it chose to repeat the same essential points in another provision. Not only are the requirements set out in *Raza* self-evident and widely applied by the courts in a range of legal contexts, but there are very good reasons why Parliament would favour a restrictive approach to the admissibility of new evidence on appeal.

The RAD was not obligated to go beyond the requirements set out in subsection 110(4) and proceed with a proportionality analysis between the seriousness of the violation of section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the statutory objectives. The decision not to admit new evidence on appeal did not necessarily affect the respondent's right not to be deprived of life, liberty and security of the person except in accordance with the principles of fundamental justice.

Except for the materiality of evidence, it is not necessary to interpret subsection 110(4) and paragraph 113(a) differently. The RAD always has the freedom to apply the conditions of subsection 110(4) with more or less flexibility depending on the circumstances of the case. The RAD did not err in using *mutatis mutandis* the implicit criteria from *Raza* to interpret subsection 110(4); this interpretation seemed not only reasonable but also correct.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Balanced Refugee Reform Act*, S.C. 2010, c. 8.  
*Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2.  
*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.  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1.  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(3)(d), 49(2)(c), 79, 96, 97, 100(1), 110(3),(4),(6), 111(1),(2), 113(a), 171(a.3), 275.

déjà été interprétée par les tribunaux, entend s'en remettre à cette interprétation. Les différences légères qui existent entre la version française et la version anglaise du paragraphe 110(4) n'étaient pas révélatrices, et ne suffisaient pas à elles seules pour écarter la jurisprudence antérieure qui s'est développée au regard de l'alinéa 113a).

Les critères implicites dégagés dans l'arrêt *Raza* trouvent également application dans le cadre du paragraphe 110(4). Le rôle différent de l'ERAR et de la SAR ainsi que le statut distinct des personnes appelées à exercer ces fonctions ne suffisent pas pour écarter la présomption voulant que le législateur entende s'en remettre à l'interprétation qu'ont faite les tribunaux d'un texte législatif lorsqu'il choisit d'en reprendre les éléments essentiels dans une autre disposition. Non seulement les exigences mentionnées dans l'arrêt *Raza* vont-elles de soi et ont-elles largement été appliquées par les tribunaux dans une foule de contextes juridiques, mais il y a au surplus de très bonnes raisons qui expliquent pourquoi le législateur préconiserait une approche restrictive quant à l'admissibilité de nouvelles preuves en appel.

La SAR ne devait pas aller au-delà des exigences prévues au paragraphe 110(4) et procéder à une analyse de proportionnalité entre la gravité de l'atteinte à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et les objectifs visés par le législateur. La décision de ne pas accepter une nouvelle preuve dans le cadre d'un appel ne fait pas nécessairement intervenir le droit de l'intimé de ne pas se voir privé de sa vie, de sa sécurité ou de sa liberté autrement qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Sauf pour le critère du caractère substantiel d'une preuve, il n'y a donc pas lieu d'interpréter différemment le paragraphe 110(4) et l'alinéa 113a). La SAR aura toujours le loisir d'appliquer les exigences du paragraphe 110(4) avec plus ou moins de souplesse selon les circonstances propres à chaque affaire. La SAR n'a pas erré en utilisant *mutatis mutandis* les critères implicites dégagés dans l'arrêt *Raza* pour interpréter le paragraphe 110(4); cette interprétation paraissait non seulement raisonnable, mais également correcte.

#### 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 canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2.  
*Décret fixant au 15 décembre 2012 la date d'entrée en vigueur de certains articles de la loi*, TR/2012-94.  
*Loi sur des mesures de réforme équitables concernant les réfugiés*, L.C. 2010, ch. 8.  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1.

*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, s. 159.9(1)(b).  
*Order Fixing December 15, 2012 as the Day on which Certain Sections of the Act Come into Force*, SI/2012-94.  
*Protecting Canada's Immigration System Act*, S.C. 2012, c. 17.  
*Refugee Appeal Division Rules*, SOR/2012-257, rr. 3(3)(g)(iii), 5(2)(d)(ii).  
*Refugee Protection Division Rules*, SOR/2012-256, rr. 3(5), 34(3).

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 3(3)d), 49(2)c), 79, 96, 97, 100(1), 110(3),(4),(6), 111(1),(2), 113a), 171a.3), 275.  
*Loi visant à protéger le système d'immigration du Canada*, L.C. 2012, ch. 17.  
*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 159.9(1)b).  
*Règles de la Section d'appel des réfugiés*, DORS/2012-257, règles 3(3)(g)(iii), 5(2)(d)(ii).  
*Règles de la Section de la protection des réfugiés*, DORS/2012-256, règles 3(5), 34(3).

## TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6.

## TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6.

## CASES CITED

## NOT FOLLOWED:

*Elezi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 240, [2008] 1 F.C.R. 365.

## APPLIED:

*Raza v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 385, 289 D.L.R. (4th) 675.

## DISTINGUISHED:

*Wilson v. Atomic Energy of Canada Ltd.*, 2015 FCA 17, [2015] 4 F.C.R. 467.

## CONSIDERED:

*Merck Frosst Canada Ltd. v. Canada (Health)*, 2012 SCC 3, [2012] 1 S.C.R. 23; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, 160 D.L.R. (4th) 193, amended reasons, [1998] 1 S.C.R. 1222, (1998), 11 Admin. L.R. (3d) 130; *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395; *Nagy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 640.

## REFERRED TO:

*Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *Telfer v. Canada (Revenue Agency)*, 2009 FCA 23, [2009] 4 C.T.C. 123; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616; *Alberta*

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISION NON SUIVIE :

*Elezi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 240, [2008] 1 R.C.F. 365.

## DÉCISION APPLIQUÉE :

*Raza c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CAF 385.

## DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Wilson c. Énergie atomique du Canada Limitée*, 2015 CAF 17, [2015] 4 R.C.F. 467.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Merck Frosst Canada Ltée c. Canada (Santé)*, 2012 CSC 3, [2012] 1 R.C.S. 23; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, motifs modifiés, [1998] 1 R.C.S. 1222; *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395; *Nagy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 640.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *Telfer c. Canada (Agence du revenu)*, 2009 CAF 23; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616; *Alberta*

(*Information and Privacy Commissioner*) v. *Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467; *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; *Kanthasamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 909; *Huruglica v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FCA 93, [2016] 4 F.C.R. 157; *Ramos Sanchez v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 101, 79 Imm. L.R. (3d) 12; *Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, 2000 SCC 2, [2000] 1 S.C.R. 44; *Palmer et al. v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, (1979), 106 D.L.R. (3d) 212; *J.T.I. MacDonald Corp. v. Canada (Attorney General)*, [2004] J.Q. No. 9409 (C.A.) (QL); *Morin v. Regional Administration Unit #3 (P.E.I.)*, 2002 PESCAD 9, 213 D.L.R. (4th) 17; *Chippewas of Nawash First Nation v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, 2002 FCA 22; *Loyola High School v. Quebec (Attorney General)*, 2015 SCC 12, [2015] 1 S.C.R. 613; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *Esteban v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 51, [2005] 2 S.C.R. 539; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, 90 D.L.R. (4th) 289; *R. v. Clarke*, 2014 SCC 28, [2014] 1 S.C.R. 612; *Najafi v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2014 FCA 262, [2015] 4 F.C.R. 162; *Febles v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 SCC 68, [2014] 3 S.C.R. 431; *Cove v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 266; *Gomez Bedoya v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 505; *Odafé v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 1429; *Teganya v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 336, 386 F.T.R. 160; *Dust Parast v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 660; *Yang v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 269.

## AUTHORS CITED

Brown, Donald J. M. *Civil Appeals*, Toronto: Carswell, 2015.

Canada. Federal Court. Procedural Protocol. *Re: Allegations Against Counsel or Other Authorized Representative in Citizenship, Immigration and Protected Person Cases before the Federal Court*, March 7, 2014, online: <[http://cas-cdc-www02.cas-satj.gc.ca/portal/page/portal/fc\\_cf\\_en/Notices/procedural-protocol\\_7mar2014](http://cas-cdc-www02.cas-satj.gc.ca/portal/page/portal/fc_cf_en/Notices/procedural-protocol_7mar2014)>.

(*Information and Privacy Commissioner*) c. *Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467; *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; *Kanthasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909; *Huruglica c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CAF 93, [2016] 4 R.C.F. 157; *Ramos Sanchez c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 101; *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, 2000 CSC 2, [2000] 1 R.C.S. 44; *Palmer et autre c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; *J.T.I. MacDonald Corp. c. Canada (Procureur général)*, [2004] J.Q. n° 9409 (C.A.) (QL); *Morin v. Regional Administration Unit #3 (P.E.I.)*, 2002 PESCAD 9, 213 D.L.R. (4th) 17; *Première Nation des Chippewas de Nawash c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, 2002 CAF 22; *École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)*, 2015 CSC 12, [2015] 1 R.C.S. 613; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*; *Esteban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 51, [2005] 2 R.C.S. 539; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; *R. c. Clarke*, 2014 CSC 28, [2014] 1 R.C.S. 612; *Najafi c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2014 CAF 262, [2015] 4 R.C.F. 162; *Febles c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CSC 68, [2014] 3 R.C.S. 431; *Cove c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 266; *Gomez Bedoya c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CF 505; *Odafé c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 1429; *Teganya c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 336; *Dust Parast c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 660; *Yang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CF 269.

## DOCTRINE CITÉE

Brown, Donald J. M. *Civil Appeals*, Toronto : Carswell, 2015.

Canada. Cour fédérale. Protocole procédural. *Concernant les allégations formulées contre les avocats ou contre d'autres représentants autorisés au cours des instances de la Cour fédérale en matière de citoyenneté, d'immigration et de personnes à protéger*, 7 mars 2014, en ligne : <[http://cas-cdc-www02.cas-satj.gc.ca/portal/page/portal/fc\\_cf\\_fr/Notices/procedural-protocol\\_7mar2014](http://cas-cdc-www02.cas-satj.gc.ca/portal/page/portal/fc_cf_fr/Notices/procedural-protocol_7mar2014)>.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.  
*House of Commons Debates*, 41st Parl., 1st Sess., No. 90 (March 6, 2012).

APPEAL from a Federal Court decision (2014 FC 1022, [2015] 3 F.C.R. 587) allowing the respondent's application for judicial review of a decision of the Refugee Appeal Division of the Immigration and Refugee Board of Canada (2013 CanLII 100902) regarding the respondent's claim for refugee protection, which was dismissed by the Refugee Protection Division. Appeal allowed.

#### APPEARANCES

*Mario Blanchard* and *Daniel Latulippe* for appellant.  
*Stéphanie Valois* for respondent.  
*Anthony Navaneelan* and *Aadil Mangalji* for intervener.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.  
*Stéphanie Valois*, Montréal, for respondent.  
*Mamann, Sandaluk & Kingwell LLP*, Toronto, and  
*Long Mangalji LLP*, Toronto, for intervener.

*The following is the English version of the reasons for judgment rendered by*

[1] DE MONTIGNY, J.A.: The matter before the Court is an appeal from a judgment of Justice Jocelyne Gagné of the Federal Court [2014 FC 1022, [2015] 3 F.C.R. 587] (the Judge), which allowed the application for judicial review of Parminder Singh (the respondent) of a decision of the Refugee Appeal Division (RAD) of the Immigration and Refugee Board of Canada [X (Re), 2013 CanLII 100902] regarding his claim for refugee protection. The respondent's refugee protection claim had previously been dismissed by the Refugee Protection Division (RPD), not only because he had failed to satisfactorily establish his identity, but because he was not

*Débats de la Chambre des communes*, 41<sup>e</sup> parl., 1<sup>re</sup> sess., n° 90 (6 mars 2012).  
Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2<sup>e</sup> éd. Toronto : Butterworths, 1983.

APPEL d'une décision de la Cour fédérale (2014 CF 1022, [2015] 3 R.C.F. 587) qui a accueilli la demande de contrôle judiciaire de l'intimé à l'encontre d'une décision de la Section d'appel des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada (2013 CanLII 100902) concernant sa demande d'asile ayant été refusée par la Section de la protection des réfugiés. Appel accueilli.

#### ONT COMPARU

*Mario Blanchard* et *Daniel Latulippe* pour l'appellant.  
*Stéphanie Valois* pour l'intimé.  
*Anthony Navaneelan* et *Aadil Mangalji* pour l'intervenante.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'appellant.  
*Stéphanie Valois*, Montréal, pour l'intimé.  
*Mamann, Sandaluk & Kingwell LLP*, Toronto, et  
*Long Mangalji LLP*, Toronto, pour l'intervenante.

*Voici les motifs du jugement rendus en français par*

[1] LE JUGE DE MONTIGNY, J.C.A. : La Cour est saisie de l'appel d'un jugement rendu par la juge Jocelyne Gagné de la Cour fédérale [2014 CF 1022, [2015] 3 R.C.F. 587] (la juge), accueillant la demande de contrôle judiciaire de Parminder Singh (l'intimé) à l'encontre d'une décision de la Section d'appel des réfugiés (SAR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada [X (Re), 2013 CanLII 100902] concernant sa demande d'asile. La demande d'asile de l'intimé avait préalablement été rejetée par la Section de la protection des réfugiés (SPR), non seulement parce qu'il n'avait pas démontré son identité, mais également parce qu'il



credible and had an internal flight alternative available to him in India.

[2] The appeal raises for the first time the issue as to how to interpret subsection 110(4) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA), which governs admissible evidence before the RAD. This provision was enacted as part of the *Balanced Refugee Reform Act*, S.C. 2010, c. 8 (BRRA), the objective of which was to amend and implement unproclaimed provisions in the IRPA providing for the creation of the RAD.

[3] At the end of her reasons, the Judge certified the following two questions:

- What standard of review should be applied by this Court when reviewing the Refugee Appeal Division's interpretation of subsection 110(4) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27?
- In considering the role of a pre-removal risk assessment officer and that of the Refugee Appeal Division of the Immigration and Refugee Board, sitting in appeal of a decision of the Refugee Protection Division, does the test set out in *Raza v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 385, for the interpretation of paragraph 113(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 apply to its subsection 110(4)?

[4] The Minister of Citizenship and Immigration (the Minister) argued that the Federal Court erred in failing to apply the criteria laid out in *Raza v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 385, 289 D.L.R. (4th) 675 (*Raza*) for the purposes of subsection 110(4), and that the RAD was entitled to refuse to admit into evidence a grade 12 diploma (the diploma) that had been seized by the Canada Border Services Agency (CBSA) and that had not been submitted before the RPD. For the reasons that follow, I am of the view that the Minister's submissions must be accepted and that the appeal must therefore be allowed.

n'était pas crédible et avait une possibilité de refuge intérieur en Inde.

[2] Le présent appel soulève pour la première fois la question de savoir comment doit être interprété le paragraphe 110(4) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR), lequel régit les éléments de preuve admissibles devant la SAR. Cette disposition a été adoptée dans le cadre de la *Loi sur des mesures de réforme équitables concernant les réfugiés*, L.C. 2010, ch. 8 (LMRER), dont l'objectif était notamment de modifier et de mettre en œuvre les dispositions non proclamées de la LIPR prévoyant la création de la SAR.

[3] Au terme de ses motifs, la juge a certifié les deux questions suivantes :

- Quelle norme de contrôle la Cour devrait-elle appliquer au moment d'examiner l'interprétation que fait la Section d'appel des réfugiés du paragraphe 110(4) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27?
- Au moment d'examiner le rôle de l'agent d'examen des risques avant renvoi et celui de la Section d'appel des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié saisie de l'appel d'une décision de la Section de la protection des réfugiés, faut-il appliquer les critères énoncés dans l'arrêt *Raza c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CAF 385, pour l'interprétation de l'alinéa 113a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, au paragraphe 110(4) de cette loi?

[4] L'appelant a soutenu que la Cour fédérale avait eu tort de ne pas appliquer les critères retenus dans l'arrêt *Raza c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CAF 385 (*Raza*), aux fins du paragraphe 110(4), et que la SAR pouvait refuser d'admettre en preuve un diplôme de 12<sup>e</sup> année (le diplôme) qui avait été saisi par l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) et qui n'avait pas été déposé devant la SPR. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que les prétentions du procureur général doivent être retenues et que l'appel doit par conséquent être accueilli.

## I. Background

[5] The respondent is a citizen of India. He alleges to have been friends with one Bhupinder Singh when he was pursuing his studies, but that he only saw him occasionally following his graduation in 2002. Nonetheless, this individual apparently showed up at the respondent's home in November 2012 to spend the night, before leaving for an unknown destination.

[6] Several days later, the respondent claims that the police arrested him in order to question him about Bhupinder Singh. He was purportedly held and tortured for three days before being released without conditions, when representatives from his village intervened on his behalf. Following this incident, he was apparently hospitalized for stomach pains. In support of his claims, he submitted a medical certificate to the RPD indicating that he had received treatment for injuries and vomiting, which contained a list of prescribed medications.

[7] About two weeks after this first incident, the respondent contends that the police arrested him a second time and detained him for 24 hours in order to question him further about Bhupinder Singh, before he was released once again due to the intervention of representatives from his village.

[8] After this second incident, the respondent alleges that his mother hired a smuggler to get him out of India. The respondent arrived in Canada on January 29, 2013, and claimed refugee protection at the port of entry. He handed over to the CBSA the driver's licence and voter's card the smuggler had obtained for him, as well as two school certificates issued in 2000 and 2002. The documents were seized, and the CBSA concluded after an analysis that the driver's licence and voter's card were probably forgeries. The respondent was initially detained due to the difficulty in establishing his identity, and was later released on condition that he report weekly to the CBSA's offices.

[9] The hearing before the RPD was held on April 2, 2013, and the notice of that decision was issued on May 7, 2013. First, the RPD found that the respondent had failed to establish his identity. In this regard, it noted

## I. Contexte

[5] L'intimé est citoyen de l'Inde. Il allègue avoir connu un dénommé Bhupinder Singh lorsqu'il était aux études, mais ne l'avoir revu que de façon occasionnelle suite à sa graduation en 2002. Ce dernier se serait néanmoins présenté chez l'intimé en novembre 2012 pour y passer la nuit, avant de quitter pour une destination inconnue.

[6] Quelques jours plus tard, l'intimé allègue que des policiers l'ont arrêté pour l'interroger à propos de Bhupinder Singh. Il aurait été mis en détention et torturé pendant trois jours, puis mis en liberté sans condition lorsque des représentants de son village sont intervenus en sa faveur. Suite à cet incident, il aurait été hospitalisé pour des douleurs abdominales. Au soutien de ses prétentions, il a déposé devant la SPR un certificat médical indiquant qu'il avait été traité pour des blessures et vomissements et contenant une liste des médicaments prescrits.

[7] Une quinzaine de jours après ce premier incident, l'intimé allègue que la police l'aurait de nouveau arrêté et détenu pendant 24 heures pour l'interroger à propos de Bhupinder Singh, avant d'être relâché grâce à une autre intervention des représentants de son village.

[8] Après ce deuxième incident, l'intimé allègue que sa mère a engagé un passeur pour le faire sortir de l'Inde. L'intimé est arrivé au Canada le 29 janvier 2013 et a présenté une demande d'asile au point d'entrée. Il a présenté à l'ASFC le permis de conduire et la carte d'électeur que lui avait obtenus le passeur, ainsi que deux certificats scolaires émis en 2000 et 2002. Ces documents ont été saisis, et l'ASFC a conclu après analyse que le permis de conduire et la carte d'électeur étaient probablement contrefaits. L'intimé a initialement été détenu étant donné la difficulté d'établir son identité, pour ensuite être mis en liberté sous condition de se présenter de façon hebdomadaire aux bureaux de l'ASFC.

[9] L'audience devant la SPR a eu lieu le 2 avril 2013, et l'avis de décision a été rendu le 7 mai 2013. Dans un premier temps, la SPR a conclu que l'intimé n'avait pas établi son identité. À cet égard, elle a noté que l'ASFC

that the CBSA had determined that the driver's licence and voter's card were probably forgeries, and opined that his credibility had been undermined by the fact that he had not made any efforts to obtain genuine versions of these documents through his family in India.

[10] As for the school certificates, the RPD's record contained only the one that had been issued in 2000. Questioned about the 2002 diploma, the respondent stated that he believed that it was still in the possession of Citizenship and Immigration Canada and that he did not understand why a copy of it had not been forwarded to the RPD. This explanation was rejected by the RPD, and as a result there was no evidence to corroborate his claim of having studied with Bhupinder Singh until 2002.

[11] Lastly, the respondent had produced a copy of a ration card as well as a birth certificate. The ration card had been issued in 2008 but had been corrected in 2011 to remove the respondent's sister and replace the family photo, following his sister's marriage in 2010. The RPD found that the one-year gap between the marriage and the correction to the family's ration card affected the probative value of the document, since the photo attached to the ration card seemed to have been affixed permanently rather than in a manner that would permit it to be changed. Given that the four identity documents filed as evidence by the respondent raised concerns, the birth certificate alone was not sufficient to establish his identity.

[12] Second, the RPD continued its analysis to conclude that the respondent's narrative was not credible. The RPD pointed out that the respondent had changed the chronology of important events when he amended his Basis of Claim Form, having initially placed his father's cardiac problems after the two arrests, and then between the two arrests. Given the significance of the events in question, the RPD did not accept the respondent's explanation that he had made a mistake with the dates and had only realized his error when he received his father's medical report. The RPD also noted that this medical report only indicated facial paralysis and bed rest for a five-day period, which does not correspond to the claim that his father was half paralysed and permanently bedridden. The RPD further concluded that the

avait déterminé que le permis de conduire et la carte d'électeur étaient probablement contrefaits, et s'est dite d'avis que sa crédibilité était affectée du fait qu'il n'avait pas fait de démarches pour obtenir les versions authentiques de ces documents auprès de sa famille en Inde.

[10] Quant aux certificats scolaires, la SPR n'avait à son dossier que celui émis en 2000. Questionné à propos du diplôme de 2002, l'intimé a dit croire qu'il était encore détenu par Citoyenneté et Immigration Canada et ne pas comprendre pourquoi une copie n'avait pas été transmise à la SPR. Cette explication n'a pas été retenue par la SPR, si bien qu'aucune preuve ne permettait de corroborer sa prétention voulant qu'il ait étudié avec Bhupinder Singh jusqu'en 2002.

[11] Enfin, l'intimé avait également déposé copie d'une carte de ravitaillement ainsi qu'un certificat de naissance. La carte de ravitaillement avait été émise en 2008 et corrigée en 2011 pour enlever la sœur de l'intimé et remplacer la photo familiale, suite au mariage de sa sœur en 2010. La SPR a estimé que le délai d'un an entre le mariage et la correction de la carte familiale affectait la valeur probante de la carte, d'autant plus que la photo apparaissant sur la carte de ravitaillement semblait collée de façon permanente et ne semblait pas pouvoir être remplacée. Puisque les quatre documents d'identité déposés en preuve par l'intimé soulevaient des préoccupations, le certificat de naissance n'était pas suffisant en soi pour établir son identité.

[12] Dans un deuxième temps, la SPR a poursuivi son analyse pour conclure que le récit de l'intimé n'était pas crédible. La SPR a souligné que l'intimé avait modifié la chronologie d'événements importants lors de l'amendement apporté à son formulaire de demande en plaçant les problèmes cardiaques de son père après les deux arrestations, puis entre les deux arrestations. Compte tenu de l'importance des événements en cause, la SPR n'a pas accepté l'explication de l'intimé selon laquelle il s'était trompé quant aux dates et n'avait constaté son erreur qu'en recevant le rapport médical de son père. La SPR a par ailleurs noté que ce rapport médical indiquait seulement une paralysie faciale et un alitement de cinq jours, ce qui ne correspondait pas à l'allégation voulant que son père soit à demi paralysé et alité en permanence.

medical report relating to the respondent's stomach issues did not corroborate his allegations of torture.

[13] Even if the respondent had been able to establish his identity and the credibility of his narrative, the RPD ultimately found that he still had an internal flight alternative. While acknowledging that Indian police have the ability to pursue individuals throughout the country, the RPD nonetheless noted that only a limited group of militant Sikhs were targeted in this manner, and that the respondent did not have the profile of someone who would be targeted, were he to move elsewhere in India.

[14] On appeal at the RAD, the respondent submitted an application to file additional evidence, namely, a copy of the diploma. In support of his application, he filed an affidavit attesting that he had received from his former counsel, on or about June 11, 2013, a copy of his file that included a copy of the diploma, which had apparently been faxed to his former counsel by the CBSA on February 25, 2013. He pointed out that he had been unaware of this fact prior to June 11, 2013, that it was consequently impossible for him to have produced the document before the RPD, and that he was therefore justified in asserting during his hearing before the RPD that the diploma had been seized.

[15] The RAD refused to allow the diploma to be admitted into evidence. It first opined that subsection 110(4) of the IRPA should be interpreted in light of the jurisprudence that has developed around paragraph 113(a) of the same statute, and in particular on the basis of *Raza*, given the similar wording used in both provisions. The RAD also pointed out that the fact that evidence corroborates allegations or contradicts the findings of the RPD does not make it new evidence. Ultimately, the RAD found that the diploma had been available to the respondent at the time of the hearing on April 2, 2013, since a copy of it had been sent to his former counsel on February 25, 2013. Considering that the respondent had not alleged any incompetence or made a complaint against his former counsel, he and his counsel had access to the diploma and it was reasonable to expect that the document would have been presented at the hearing before the RPD. Accordingly, the RAD

La SPR a également conclu que le rapport médical quant aux troubles d'estomac de l'intimé ne corroborait pas ses allégations de torture.

[13] Même si l'intimé avait pu établir son identité et la crédibilité de son récit, la SPR a finalement conclu qu'il avait une possibilité de refuge intérieur. Tout en reconnaissant que la police indienne a la capacité de traquer des individus à travers le pays, la SPR a toutefois indiqué que seul un groupe limité de militants sikhs sont ainsi ciblés, et que l'intimé n'avait pas le profil d'une personne qui serait ciblée s'il déménageait ailleurs en Inde.

[14] En appel devant la SAR, l'intimé a présenté une demande pour déposer de la preuve additionnelle, à savoir une copie du diplôme. Au soutien de sa demande, il a déposé un affidavit attestant qu'il avait reçu de son ancienne avocate, vers le 11 juin 2013, une copie de son dossier dans lequel se trouvait notamment la copie du diplôme, qui aurait été envoyée par télécopieur à son ancienne avocate par l'ASFC le 25 février 2013. Il précise qu'il ignorait ce fait jusqu'au 11 juin 2013, qu'il lui était par conséquent impossible de produire ce document devant la SPR, et qu'il était de ce fait justifié d'affirmer lors de son audition devant la SPR que le diplôme avait été saisi.

[15] La SAR a refusé d'admettre le diplôme en preuve. Elle a d'abord considéré que le paragraphe 110(4) de la LIPR devait s'interpréter à la lumière de la jurisprudence qui s'est développée autour de l'alinéa 113a) de la même loi, et notamment de l'arrêt *Raza*, compte tenu de la similitude dans le libellé des deux dispositions. La SAR a également souligné que l'on n'est pas en présence d'une preuve nouvelle du seul fait qu'un élément de preuve corrobore des allégations ou contredit des conclusions de la SPR. En fin de compte, la SAR a conclu que le diplôme était accessible à l'intimé au moment de l'audience du 2 avril 2013, dans la mesure où une copie de celui-ci avait été envoyée à son ancienne avocate le 25 février 2013. Puisque l'intimé n'invoquait aucune incompétence de son avocate et n'avait pas déposé de plainte contre elle, l'intimé et son avocate avaient donc accès au diplôme et il était raisonnable de s'attendre à ce que ce document soit présenté lors de

concluded that the diploma was inadmissible, and as a result, that there was no ground to hold a hearing.

[16] On the merits, the RAD was of the view that the three issues should be reviewed on a standard of reasonableness. With respect to the identity of the respondent, the RAD concluded that the RPD had erred by failing to make a finding on the probative value of the school certificates to establish the respondent's identity, analyzing them solely from the perspective of his credibility as to whether he had gone to school with Bhupinder Singh. Therefore, the RPD could not dismiss the birth certificate on the basis that this document alone was insufficient to establish the respondent's identity. The RAD therefore found that the respondent's identity had been duly established based on his school certificate and birth certificate. Second, the RAD was of the view that the RPD had not made an error of fact or of law in its overall assessment of the respondent's credibility, and that it could reasonably doubt his credibility in light of the varying information with regard to the chronology of events he claimed to have experienced, the fraudulent or altered documents he presented as evidence, and the medical documents that did not corroborate his allegations. Given these findings, the RAD was of the opinion that it was not necessary for it to respond to the internal flight alternative issue.

## II. The Federal Court judgment

[17] Two issues were raised in the application for judicial review before the Federal Court. First the Court had to determine whether the RAD erred in applying the criteria in *Raza* to assess the admissibility of new evidence, and then consider the application of those criteria to the facts of the case. In both cases, the Judge applied the reasonableness standard of review. The first issue concerned the interpretation of the RAD's home statute and was not subject to any of the exceptions to the presumption that this type of question is reviewable on the reasonableness standard, while the second was clearly a question of mixed fact and law.

l'audition devant la SPR. Par conséquent, la SAR a estimé que le diplôme était inadmissible, et par conséquent qu'il n'y avait pas lieu de tenir une audience.

[16] Sur le fond, la SAR s'est dite d'avis que les trois questions en litige devaient être analysées en appliquant la norme de la décision raisonnable. En ce qui concerne l'identité de l'intimé, la SAR a conclu que la SPR avait erré en omettant de se prononcer sur la valeur probante des certificats scolaires pour établir l'identité de l'intimé, les analysant uniquement sous l'angle de sa crédibilité quant au fait qu'il ait pu côtoyer M. Bhupinder Singh. De ce fait, la SPR ne pouvait écarter le certificat de naissance au motif que ce document ne suffisait pas à lui seul pour établir l'identité de l'intimé. La SAR a donc conclu que l'identité de l'intimé avait été dument établie à l'aide des certificats scolaires et du certificat de naissance. Dans un deuxième temps, la SAR a estimé que la SPR n'avait pas commis d'erreur de fait ou de droit dans son appréciation globale de la crédibilité de l'intimé, et qu'elle pouvait raisonnablement douter de sa crédibilité compte tenu des informations qui avaient varié dans le temps eu égard à la chronologie des événements qu'il alléguait avoir vécus, des documents frauduleux ou altérés qu'il avait présentés en preuve, et des documents médicaux qui ne corroboraient pas ses allégations. Compte tenu de ces conclusions, la SAR n'a pas jugé nécessaire de se prononcer sur la possibilité d'un refuge intérieur.

## II. Le jugement de la Cour fédérale

[17] Deux questions ont été soulevées dans le cadre de la demande de contrôle judiciaire en Cour fédérale. Il fallait d'abord déterminer si la SAR avait erré en appliquant les critères de l'arrêt *Raza* pour évaluer l'admissibilité d'une nouvelle preuve, et ensuite se pencher sur l'application de ces critères aux faits de l'espèce. Dans les deux cas, la juge a appliqué la norme de la décision raisonnable. La première question soulevait l'interprétation de la loi habilitante de la SAR et n'était assimilable à aucune des exceptions à la présomption voulant que ce type de question soit révisable selon la norme de la décision raisonnable, tandis que la seconde s'apparentait clairement à une question mixte de droit et de fait.

[18] After comparing the wording of subsection 110(4) and paragraph 113(a) of the IRPA and acknowledging that the language was similar, the Judge began by noting that the role of a pre-removal risk assessment (PRRA) officer differed from that of the RAD. While PRRA officers are employees of the Minister and must show deference to decisions made by the RPD unless new evidence arises that would require a re-assessment of the risks set out in sections 96 and 97 [of the IRPA], the RAD is a quasi-judicial administrative tribunal that has been given the mandate of hearing appeals from decisions issued by the RPD and may set aside a decision in order to substitute the determination that, in its opinion, should have been made (IRPA, subsection 111(1)). Given these distinctive roles, the Judge was of the opinion that it was not appropriate to apply, *mutatis mutandis*, the criteria developed in the context of paragraph 113(a) to interpret subsection 110(4).

[19] Relying on a statement made in the House of Commons by the Minister of Citizenship and Immigration during a debate on the establishment of the RAD to the effect that refugee claimants must be able to benefit from a “full fact-based appeal”, the Judge continued this line of reasoning by adding that adopting a restrictive approach to the admissibility of new evidence would prevent the RAD from fulfilling its mission. Lastly, she noted that the implicit factors identified by the Federal Court of Appeal in *Raza* “find their source in the purpose of paragraph 113(a)”, according to Justice Sharlow herself. That being the case, the Judge added, these factors are not transferable in the context of an appeal before the RAD.

[20] Having concluded that it was unreasonable for the RAD to have strictly applied the criteria established in *Raza* when it came time to interpret subsection 110(4) of the IRPA, the Judge then inquired as to whether it was reasonable for the tribunal to have refused to admit the diploma into evidence. She determined that this piece of evidence could be material to demonstrate that the RPD erred in making negative findings with respect to the respondent’s credibility, namely, that the CBSA had not confiscated the diploma and that the respondent had not established that he had attended school with Bhupinder Singh until 2002. The Judge also found it unreasonable for the RAD to have concluded that the respondent

[18] Après avoir mis en parallèle le texte du paragraphe 110(4) et de l’alinéa 113a) de la LIPR et reconnu que leur libellé est similaire, la juge a tout d’abord noté que le rôle d’un agent d’examen des risques avant renvoi (ERAR) diffère de celui de la SAR. Tandis que l’agent d’ERAR est un employé du ministre et doit faire preuve de déférence à l’égard de la décision prise par la SPR à moins qu’une nouvelle preuve nécessite de réévaluer les risques énumérés aux articles 96 et 97 [de la LIPR], la SAR est un tribunal administratif quasi judiciaire qui s’est vu confier le mandat d’entendre les appels des décisions rendues par la SPR et peut casser une décision pour y substituer la décision qui aurait dû être rendue (LIPR, paragraphe 111(1)). Compte tenu de ces rôles distincts, la juge a estimé qu’il ne convenait pas d’appliquer *mutatis mutandis* les critères développés dans le contexte de l’alinéa 113a) pour interpréter le paragraphe 110(4).

[19] S’appuyant sur une déclaration faite à la Chambre des communes par le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration à l’occasion des débats entourant la mise sur pied de la SAR, à l’effet que les revendicateurs d’asile doivent pouvoir bénéficier d’un « véritable appel fondé sur les faits », la juge a poursuivi son raisonnement en ajoutant qu’une approche restrictive à l’admissibilité de la nouvelle preuve ne permettrait pas à la SAR de remplir sa mission. Enfin, elle a souligné que les facteurs implicites dégagés par la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Raza* « résultent implicitement de l’objet de l’alinéa 113a) », au dire même de la juge Sharlow. Ceci étant, d’ajouter la juge, ces facteurs ne sauraient être transposés dans le contexte d’un appel devant la SAR.

[20] Ayant conclu qu’il n’était pas raisonnable de la part de la SAR d’appliquer de façon stricte les critères établis dans l’arrêt *Raza* lorsque vient le moment d’interpréter le paragraphe 110(4) de la LIPR, la juge s’est ensuite demandé s’il était raisonnable pour le tribunal de ne pas admettre en preuve le diplôme. Elle a déterminé que cet élément de preuve pouvait être important pour établir que la SPR avait commis une erreur en tirant deux conclusions préjudiciables quant à la crédibilité de l’intimé, à savoir que l’ASFC n’avait pas confisqué ce diplôme et que l’intimé n’avait pas établi avoir fréquenté l’école avec Bhupinder Singh jusqu’en 2002. La juge a également considéré qu’il n’était pas raisonnable de la

should have brought this evidence before the RPD, given that it was not in his possession and that he mistakenly believed that the CBSA still had it. As for the fact that the respondent did not file a complaint against his former counsel, the Judge opined that it was unreasonable to make this a prerequisite for filing new evidence or to expect the respondent to know the procedure for filing complaints before the Barreau du Québec.

### III. Issues

[21] The Federal Court Judge certified the following two questions:

- What standard of review should be applied by this Court when reviewing the Refugee Appeal Division's interpretation of subsection 110(4) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27?
- In considering the role of a pre-removal risk assessment officer and that of the Refugee Appeal Division of the Immigration and Refugee Board sitting in appeal of a decision of the Refugee Protection Division, does the test set out in *Raza v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 385, for the interpretation of paragraph 113(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, apply to its subsection 110(4)?

### IV. Analysis

#### A. *Standard of review*

[22] It is well settled that the role of this Court when hearing an appeal of a judgment on an application for judicial review is to determine first, whether the Federal Court identified the appropriate standard of review and second, whether it applied that standard correctly: *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559, at paragraphs 45 to 47; *Wilson v. Atomic Energy of Canada Ltd.*, 2015 FCA 17, [2015] 4 F.C.R. 467 (*Wilson*), at paragraph 42; *Telfer v. Canada (Revenue Agency)*, 2009

part de la SAR de conclure que l'intimé aurait dû présenter cet élément de preuve devant la SPR, puisqu'il ne l'avait pas entre les mains et croyait à tort que l'ASFC l'avait toujours en sa possession. Quant au fait que l'intimé n'avait pas porté plainte contre son ancienne avocate, la juge s'est dite d'avis qu'il n'était pas raisonnable d'en faire un préalable au dépôt de la nouvelle preuve ni de s'attendre à ce que l'intimé soit au courant de la procédure à suivre pour déposer une plainte au Barreau du Québec.

### III. Questions en litige

[21] La juge de la Cour fédérale a certifié les deux questions suivantes :

- Quelle norme de contrôle la Cour devrait-elle appliquer au moment d'examiner l'interprétation que fait la Section d'appel des réfugiés du paragraphe 110(4) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27?
- Au moment d'examiner le rôle de l'agent d'examen des risques avant renvoi et celui de la Section d'appel des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié saisie de l'appel d'une décision de la Section de la protection des réfugiés, faut-il appliquer les critères énoncés dans l'arrêt *Raza c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CAF 385, pour l'interprétation de l'alinéa 113(a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, au paragraphe 110(4) de cette loi?

### IV. Analyse

#### A. *La norme de contrôle*

[22] Il est bien établi que le rôle de cette Cour lorsqu'elle est saisie en appel d'un jugement portant sur une demande de contrôle judiciaire consiste dans un premier temps à déterminer si la Cour fédérale a correctement identifié la norme de contrôle, et dans un deuxième temps à s'assurer qu'elle l'a bien appliquée : *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559, aux paragraphes 45 à 47; *Wilson c. Énergie atomique du Canada Limitée*, 2015 CAF 17, [2015] 4 R.C.F. 467 (*Wilson*), au

FCA 23, [2009] 4 C.T.C. 123, at paragraphs 18 and 19. In other words, this Court should “step into the shoes” of the Federal Court and focus on the administrative decision that is the subject of the judicial review: *Merck Frosst Canada Ltd. v. Canada (Health)*, 2012 SCC 3, [2012] 1 S.C.R. 23, at paragraph 247.

[23] As noted earlier, the Judge applied the reasonableness standard to the interpretation of subsection 110(4) of the IRPA. In so doing, she relied on the well-established presumption that one must normally defer to an administrative decision maker when it is called upon to interpret a statute closely related to its function and with which it has particular familiarity: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), at paragraph 54; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160 (*Smith*), at paragraphs 26 and 28; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471, at paragraphs 16 and 18; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616 (*Nor-Man*), at paragraph 36; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at paragraph 30; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467, at paragraph 167. Although this presumption is rebuttable, the Judge correctly concluded that the interpretation of subsection 110(4) of the IRPA did not fall under one of the exceptions recognized by the existing jurisprudence: see, in particular *Dunsmuir*, at paragraphs 55 to 61; *Nor-Man*, at paragraph 35; *Smith*, at paragraph 26. Indeed, it is not a question of law of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator's specialized area of expertise, or a constitutional question, a question regarding the jurisdictional lines between competing tribunals, or even a true question of jurisdiction.

[24] The intervenor nonetheless asserted that the Judge erred in selecting a reasonableness standard, on the ground that she had an obligation to put an end to the differences in interpretation resulting from the wording

paragraphe 42; *Telfer c. Canada (Agence du Revenu)*, 2009 CAF 23, aux paragraphes 18 et 19. En d'autres termes, cette Cour doit « se mettre à la place » de la Cour fédérale et se concentrer sur la décision administrative qui fait l'objet du contrôle judiciaire : *Merck Frosst Canada Ltée c. Canada (Santé)*, 2012 CSC 3, [2012] 1 R.C.S. 23, au paragraphe 247.

[23] Tel que mentionné plus haut, la juge a appliqué la norme de la décision raisonnable eu égard à l'interprétation du paragraphe 110(4) de la LIPR. Ce faisant, elle s'en est remise à la présomption bien établie selon laquelle il faut normalement faire preuve de déférence à l'égard d'un décideur administratif lorsqu'il est appelé à interpréter une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), au paragraphe 54; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160 (*Smith*), aux paragraphes 26 et 28; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471, aux paragraphes 16 et 18; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616 (*Nor-Man*), au paragraphe 36; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, au paragraphe 30; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467, au paragraphe 167. Bien que cette présomption soit réfragable, la juge a conclu à juste titre que l'interprétation du paragraphe 110(4) de la LIPR n'entraîne pas dans les catégories d'exception reconnues par la jurisprudence : voir notamment *Dunsmuir*, aux paragraphes 55 à 61; *Nor-Man*, au paragraphe 35; *Smith*, au paragraphe 26. En effet, il ne s'agit pas d'une question de droit générale d'importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et étrangère au domaine d'expertise du décideur, ni d'une question constitutionnelle, ni d'une question de délimitation de compétence entre tribunaux concurrents, ni d'une véritable question de compétence.

[24] L'intervenante a néanmoins fait valoir que la juge avait erré en sélectionnant la norme de la raisonnablement, au motif qu'il lui incombait de mettre un terme aux divergences d'interprétation qu'a suscitées le libellé



of subsection 110(4) within the RAD. Relying on this Court's recent decision in *Wilson*, the intervener related the various different approaches adopted by RAD members in applying subsection 110(4) and requested that we put an end to this uncertainty and to the conflicting results that are likely to result from it.

[25] With respect, I am not persuaded by this argument. It should be noted that *Wilson* is an "unusual" case, to use the expression employed by Justice Stratas, in that the question as to whether the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2 permits dismissals on a without cause basis has been one of "persistent" discord, to the extent that the answer to this question has largely depended on the identity of the adjudicator. Furthermore, adjudicators are not bound by the decisions of their colleagues and operate independently rather than within an institution such as an administrative tribunal, which decidedly does not favour the emergence of a consensus or a consistent interpretation.

[26] In this instance, we are not confronted with a persistent discord that has existed for many years. The RAD was established in December 2012, and only began issuing decisions in 2013. There is therefore no urgent need to intervene, especially since the principles that will emerge from the jurisprudence of this Court and the Federal Court will necessarily provide a framework within which the RAD will be able to interpret subsection 110(4) of the IRPA. Thus, there is no need to depart from the general principle that an administrative tribunal is owed deference when it interprets its enabling statute; the early, tentative steps of the RAD and its differences of opinion as to the interpretation of certain statutory provisions do not affect the rule of law and are merely the inevitable consequence of choosing to entrust a specialized tribunal with the task of adjudicating disputes arising from the implementation of a new scheme.

[27] That said, there was reason to believe that this Court owed no deference with regard to the decision made by an administrative decision maker in the context of the IRPA, where the certified question on the basis of

du paragraphe 110(4) au sein de la SAR. S'appuyant sur l'arrêt *Wilson* récemment rendu par cette Cour, l'intervenante a relevé les différentes approches que les membres de la SAR ont adoptées en appliquant le paragraphe 110(4) et a plaidé pour que l'on mette un terme à cette incertitude et aux résultats discordants qu'elle est susceptible d'engendrer.

[25] Avec égards, cet argument ne me convainc pas. Il convient tout d'abord de noter que l'affaire *Wilson* est une affaire « inusitée », pour reprendre l'expression utilisée par le juge Stratas, dans la mesure où la question de savoir si le *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2 permet les congédiements sans motif faisait l'objet d'un désaccord « persistant », à un tel point que la réponse à cette question dépendait en quelque sorte de l'identité de l'arbitre saisi de la plainte. Qui plus est, les arbitres ne sont pas liés par les décisions de leurs collègues et exercent leurs fonctions de façon indépendante plutôt que dans le cadre d'une institution comme un tribunal administratif, ce qui ne favorisait pas l'émergence d'un consensus ou d'une interprétation uniforme.

[26] Dans la présente instance, nous ne sommes pas en présence d'un désaccord exceptionnel qui subsiste depuis de longues années. La SAR n'a été établie qu'en décembre 2012, et elle n'a rendu ses premières décisions qu'en 2013. Il n'y a donc aucune urgence d'intervenir, d'autant plus que les principes qui se dégageront de la jurisprudence de cette Cour et de la Cour fédérale viendront nécessairement baliser l'interprétation que pourra faire la SAR du paragraphe 110(4) de la LIPR. Il n'y a donc pas lieu de déroger au principe général voulant qu'un tribunal administratif fasse l'objet de déférence lorsqu'il interprète sa loi constitutive; les balbutiements de la SAR et ses divergences d'opinions quant à l'interprétation de certaines dispositions législatives ne remettent pas en cause la primauté du droit et ne sont que la conséquence inévitable du choix de confier à un tribunal spécialisé le soin de trancher les litiges découlant de la mise en œuvre d'un nouveau régime.

[27] Ceci dit, il était permis de croire que cette Cour ne devait faire preuve d'aucune déférence à l'égard de la décision prise par un décideur administratif dans le contexte de la LIPR, lorsque la question certifiée sur la

which the Federal Court decision was being appealed raised an issue of statutory interpretation. After all, the Federal Court may only certify serious questions of general importance that transcend the interests of the parties: IRPA, section 79. Is this not precisely the type of question that requires a definitive interpretation and on which the [Federal] Court of Appeal should rightly intervene to put a stop to inconsistencies that may develop within an administrative body? At least, this is what was suggested in decisions such as *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; and *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982. In that last matter, Justice Bastarache (writing for the majority) states at paragraph 43:

First, s. 83(1) would be incoherent if the standard of review were anything other than correctness. The key to the legislative intention as to the standard of review is the use of the words “a serious question of general importance” (emphasis added). The general importance of the question, that is, its applicability to numerous future cases, warrants the review by a court of justice. Would that review serve any purpose if the Court of Appeal were obliged to defer to incorrect decisions of the Board? Is it possible that the legislator would have provided for an exceptional appeal to the Court of Appeal on questions of “general importance”, but then required that despite the “general importance” of the question, the court accept decisions of the Board that are wrong in law, even clearly wrong in law, but not patently unreasonable? The only way in which s. 83(1) can be given its explicitly articulated scope is if the Court of Appeal — and inferentially the Federal Court, Trial Division — is permitted to substitute its own opinion for that of the Board in respect of questions of general importance. This view accords with the observations of Iacobucci J. in *Southam, supra*, at para. 36, that a determination which has “the potential to apply widely to many cases” should be a factor in determining whether deference should be shown. While previous Federal Court decisions, including, arguably, the dispute in *Sivasambo*, involve significant determinations of facts, or at the highest, questions of mixed fact and law, with little or no precedential value, this case involves a determination which could disqualify numerous future refugee applicants as a matter of law. Indeed, the decision of the Board in this case would significantly narrow its own role as an evaluator of fact in numerous cases.

base de laquelle la décision de la Cour fédérale avait été portée en appel soulevait une question d’interprétation des lois. Après tout, la Cour fédérale ne peut certifier qu’une question grave de portée générale qui transcende l’intérêt des parties : LIPR, article 79. Ne s’agit-il pas là précisément du type de questions qui nécessitent une interprétation définitive et à propos desquelles la Cour d’appel [fédérale] doit justement intervenir pour mettre un terme aux divergences qui peuvent se développer au sein d’une instance administrative? C’est du moins ce que suggéraient des décisions comme *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; et *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982. Dans cette dernière affaire, le juge Bastarache écrivait (pour la majorité) au paragraphe 43 :

Premièrement, le par. 83(1) serait incohérent si la norme de contrôle était autre chose que celle de la décision correcte. L’élément clef de l’intention du législateur quant à la norme de contrôle est l’utilisation des mots « une question grave de portée générale » (je souligne). La portée générale de la question, c’est-à-dire son applicabilité à un grand nombre de cas dans le futur, justifie son examen par une cour de justice. Cet examen aurait-il une utilité quelconque si la Cour d’appel était tenue de déférer aux décisions incorrectes de la Commission? Se peut-il que le législateur ait prévu un appel exceptionnel devant la Cour d’appel sur des questions de « portée générale », mais ait exigé qu’en dépit de la « portée générale » de la question, la cour accepte les décisions de la Commission qui sont erronées en droit, voire clairement erronées en droit, mais non manifestement déraisonnables? Il n’est possible de respecter la portée du par. 83(1), telle qu’explicitement formulée, qu’en autorisant la Cour d’appel — et, par déduction, la Section de première instance de la Cour fédérale — à substituer sa propre opinion à celle de la Commission sur les questions d’importance générale. Cette assertion s’accorde avec les observations du juge Iacobucci dans *Southam*, précité, au par. 36, selon lesquelles le fait qu’une décision est « susceptible de s’appliquer à un grand nombre de cas » doit jouer au moment de décider s’il y a lieu de faire montre de retenue. Bien que certaines décisions antérieures de la Cour fédérale, dont, on pourrait le soutenir, *Sivasambo*, aient tranché d’importantes questions de fait, ou à la limite des questions de fait et de droit ayant peu ou pas de valeur comme précédent, le cas qui nous occupe a pour sujet principal un motif d’exclusion qui, en tant que question de droit, risque d’affecter un grand nombre de futurs

[28] Yet the Supreme Court decided otherwise. In a recent decision, the highest court concluded that the presence of a certified question was not determinative and that the applicable standard of review for such questions is reasonableness: *Kanhasamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 909, at paragraph 44. In order to reach such a conclusion, the Court essentially relied on the fact that it is the judgment itself that is ultimately the subject of an appeal, and not merely the certified question.

[29] For all of these reasons, I therefore conclude that the Judge correctly identified the standard of review to be applied to the application for judicial review that was before her. In other words, the RAD's interpretation of subsection 110(4) of the IRPA was subject to review on the reasonableness standard, in accordance with the presumption that an administrative body's interpretation of its home statute is owed deference by a reviewing court.

[30] I would hasten to add, as the Judge did, that the present appeal does not turn on the role of the RAD and on the standard of review it should apply when ruling on decisions issued by the RPD, but solely on the factors the RAD must consider when assessing the admissibility of evidence that was not presented before the RPD. The standard to be applied by the RAD when reviewing a decision of the RPD on the merits is dealt with in another ruling of this Court in *Huruglica v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FCA 93, [2016] 4 F.C.R. 157.

B. *Applicable criteria for the purposes of subsection 110(4) of the IRPA*

[31] As noted above, the original version of the IRPA had anticipated the creation of the RAD, tasked with hearing appeals of certain RPD decisions. However, the relevant provisions were never implemented, and it

demandeurs de statut. En réalité, la décision de la Commission en l'espèce restreindrait de façon importante son propre rôle comme juge des faits dans de nombreuses affaires.

[28] La Cour suprême en a cependant décidé autrement. Dans une décision récente, le plus haut tribunal a conclu que la présence d'une question certifiée n'était pas déterminante et que la norme de contrôle applicable à une telle question est celle de la décision raisonnable : *Kanhasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909, au paragraphe 44. Pour en arriver à une telle conclusion, la Cour s'est essentiellement appuyée sur le fait que c'est le jugement lui-même qui fait ultimement l'objet d'un appel, et non seulement la question certifiée.

[29] Pour tous ces motifs, j'en arrive donc à la conclusion que la juge a correctement identifié la norme de contrôle applicable dans le cadre de la demande de contrôle judiciaire dont elle était saisie. En d'autres termes, l'interprétation qu'a faite la SAR du paragraphe 110(4) de la LIPR était soumise à la norme de la raisonabilité, conformément à la présomption voulant que l'interprétation par un organisme administratif de sa loi constitutive fasse l'objet de déférence par la cour de révision.

[30] Je m'empresse de préciser, comme l'a fait la juge, que le présent appel ne porte pas sur le rôle de la SAR et sur la norme de contrôle qu'elle doit appliquer lorsqu'elle se prononce sur les décisions rendues par la SPR, mais uniquement sur les facteurs que la SAR doit considérer lorsqu'elle se penche sur la question de l'admissibilité d'un élément de preuve qui n'a pas été présenté à la SPR. La norme applicable lorsque la SAR se prononce sur le fond de la décision prise par la SPR fait l'objet d'une autre décision de cette Cour dans l'affaire *Huruglica c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CAF 93, [2016] 4 R.C.F. 157.

B. *Les critères applicables aux fins du paragraphe 110(4) de la LIPR*

[31] Tel que mentionné précédemment, la LIPR prévoyait dans sa version originale la mise sur pied de la SAR, chargée d'instruire l'appel de certaines décisions rendues par la SPR. Les dispositions pertinentes ne

was ultimately not until the enactment of the BRRRA, on June 29, 2010, that the unproclaimed provisions (after a few minor amendments) creating the RAD would be implemented. Those provisions came into force on December 15, 2012 (*Order Fixing December 15, 2012 as the Day on which Certain Sections of the Act Come into Force*, SI/2012-94, C. Gaz. 2012.II.2980; IRPA, section 275).

[32] The version ultimately adopted by Parliament differs in certain respects from the original 2001 document. More specifically, subsection 110(3) allows the Minister and the person who is the subject of the appeal to present not only written submissions, as was the case in the original version, but documentary evidence as well. It was precisely in the wake of this amendment that subsection 110(4) was introduced, which restricts evidence that may be presented by the person who is the subject of the appeal to “only evidence that arose after the rejection of their claim or that was not reasonably available, or that the person could not reasonably have been expected in the circumstances to have presented, at the time of the rejection.”

[33] The wording of this provision bears a striking resemblance to that in paragraph 113(a), which governs the admissibility of new evidence in PRRA applications. A comparison of both texts allows for a better visualization of this resemblance:

**110...**

**Evidence that may be presented**

(4) On appeal, the person who is the subject of the appeal may present only evidence that arose after the rejection of their claim or that was not reasonably available, or that the person could not reasonably have been expected in the circumstances to have presented, at the time of the rejection.

...

**Consideration of application**

**113** Consideration of an application for protection shall be as follows:

(a) an applicant whose claim to refugee protection has been rejected may present only new evidence

furent cependant jamais mises en vigueur, et il faudra ultimement attendre l’adoption de la LMRER, le 29 juin 2010, pour que soient mises en œuvre (après avoir été légèrement modifiées) les dispositions non proclamées créant la SAR. Ces dispositions sont entrées en vigueur le 15 décembre 2012 (*Décret fixant au 15 décembre 2012 la date d’entrée en vigueur de certains articles de la loi*, TR/2012-94, Gaz. C. 2012.II.2980; LIPR, article 275).

[32] La version finalement adoptée par le Parlement se distingue à certains égards du texte original de 2001. De façon plus particulière, le paragraphe 110(3) permet au ministre et à la personne en cause de présenter non seulement des observations écrites, comme c’était le cas dans la version originale, mais également des éléments de preuve documentaire. C’est précisément dans la foulée de cette modification qu’a été introduit le paragraphe 110(4), qui restreint les éléments de preuve qui peuvent être présentés par la personne en cause à ceux qui sont « survenus depuis le rejet de sa demande ou qui n’étaient alors pas normalement accessibles ou, s’ils l’étaient, qu’elle n’aurait pas normalement présentés, dans les circonstances, au moment du rejet ».

[33] Le texte de cette disposition ressemble à s’y méprendre à celui de l’alinéa 113a), qui régit l’admissibilité des nouvelles preuves dans le cadre d’une demande d’ERAR. La mise en parallèle de ces deux textes permet de visualiser cette similitude :

**110 [...]**

**Éléments de preuve admissibles**

(4) Dans le cadre de l’appel, la personne en cause ne peut présenter que des éléments de preuve survenus depuis le rejet de sa demande ou qui n’étaient alors pas normalement accessibles ou, s’ils l’étaient, qu’elle n’aurait pas normalement présentés, dans les circonstances, au moment du rejet.

[...]

**Examen de la demande**

**113** Il est disposé de la demande comme il suit :

a) le demandeur d’asile débouté ne peut présenter que des éléments de preuve survenus depuis le rejet

that arose after the rejection or was not reasonably available, or that the applicant could not reasonably have been expected in the circumstances to have presented, at the time of the rejection.

[34] There is no doubt that the explicit conditions set out in subsection 110(4) have to be met. Accordingly, only the following evidence is admissible:

- Evidence that arose after the rejection of the claim;
- Evidence that was not reasonably available; or
- Evidence that was reasonably available, but that the person could not reasonably have been expected in the circumstances to have presented, at the time of the rejection.

[35] These conditions appear to me to be inescapable and would leave no room for discretion on the part of the RAD. In the first place, the very wording of subsection 110(4) specifies that the person who is the subject of the appeal “may present only” (« *ne peut présenter* ») evidence that falls into one of these three categories, thereby excluding any other evidence. Second, one should not lose sight of the fact that this provision departs from the general principle according to which the RAD proceeds without a hearing, on the basis of the RPD’s record (subsection 110(3)) and must for that reason be narrowly interpreted. Indeed, the Judge seems to agree with this approach, insofar as she states that the respondent “was required to establish that he could not have reasonably been expected to provide the newly submitted documents at his RPD hearing” (paragraph 47). If she ultimately sides with him, it is because his request to file this new evidence fell squarely, in her view, within the scope of subsection 110(4), “and it met its explicit criteria” (paragraph 62).

[36] The respondent and intervener relied on *Elezi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 240, [2008] 1 F.C.R. 365 (*Elezi*) and, to a lesser extent, on *Ramos Sanchez v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 101, 79 Imm. L.R. (3d) 12, to

ou qui n’étaient alors pas normalement accessibles ou, s’ils l’étaient, qu’il n’était pas raisonnable, dans les circonstances, de s’attendre à ce qu’il les ait présentés au moment du rejet.

[34] Il ne fait aucun doute que les conditions explicites mentionnées au paragraphe 110(4) doivent être respectées. Par conséquent, seuls les éléments de preuve suivants seront admissibles :

- Les éléments de preuve survenus depuis le rejet de la demande d’asile;
- Les éléments de preuve qui n’étaient pas normalement accessibles; ou
- Les éléments de preuve qui étaient normalement accessibles, mais que la personne en cause n’aurait pas normalement présentés dans les circonstances au moment du rejet.

[35] Ces conditions m’apparaissent incontournables et ne laissent place à aucune discrétion de la part de la SAR. D’une part, le texte même du paragraphe 110(4) précise que la personne en cause « ne peut présenter » (« *may present only* ») que des éléments de preuve qui entrent dans l’une ou l’autre de ces trois catégories, excluant du même coup tout autre élément de preuve. D’autre part, il ne faut pas perdre de vue que cette disposition déroge au principe général suivant lequel la SAR procède sans tenir d’audience en se fondant sur le dossier de la SPR (paragraphe 110(3)) et doit pour ce motif être interprétée restrictivement. La juge semble d’ailleurs se rallier à cette approche, dans la mesure où elle précise que l’intimé « devait établir qu’on ne pouvait pas raisonnablement s’attendre à ce qu’il produise les nouveaux documents à l’audience devant la SPR » (paragraphe 47). Si elle lui donne raison, en fin de compte, c’est parce que sa demande de déposer un nouvel élément de preuve relève clairement, selon elle, du champ d’application du paragraphe 110(4), « car elle satisfait à ses critères explicites » (paragraphe 62).

[36] L’intimé et l’intervenante se sont appuyés sur l’arrêt *Elezi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2007 CF 240, [2008] 1 R.C.F. 365 (*Elezi*) ainsi que, dans une moindre mesure, sur l’arrêt *Ramos Sanchez c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*,

argue that the RAD may take into account the probative value and credibility of evidence in order to counteract the requirements of subsection 110(4). With respect, I am unable to agree with this interpretation.

[37] I would first note that *Elezi* was issued nine months before the [Federal] Court of Appeal's ruling in *Raza*, and is therefore no longer authoritative insofar as it departs from this later decision. In addition, in *Elezi*, the PRRA officer's decision not to admit some of the evidence was deemed to be unreasonable either because the evidence arose after the RPD's decision, or because the applicant could not reasonably have been expected to present that evidence to the RPD in the circumstances. As a result, the assertion that one cannot reject credible evidence on the sole ground that it is "technically inadmissible" must be considered purely as an *obiter*.

[38] The true crux of the issue here consists in determining whether the implied conditions of admissibility identified in the context of paragraph 113(a) by Justice Sharlow in *Raza* are also applicable to subsection 110(4). Because it goes to the heart of the submissions filed by counsel for both parties and the intervener, it is important to reproduce the following relevant excerpt from that decision [at paragraphs 13 to 15]:

As I read paragraph 113(a), it is based on the premise that a negative refugee determination by the RPD must be respected by the PRRA officer, unless there is new evidence of facts that might have affected the outcome of the RPD hearing if the evidence had been presented to the RPD. Paragraph 113(a) asks a number of questions, some expressly and some by necessary implication, about the proposed new evidence. I summarize those questions as follows:

1. **Credibility:** Is the evidence credible, considering its source and the circumstances in which it came into existence? If not, the evidence need not be considered.
2. **Relevance:** Is the evidence relevant to the PRRA application, in the sense that it is capable of proving

2009 CF 101, pour soutenir que la SAR peut tenir compte du caractère probant et crédible d'une preuve pour contrebalancer les exigences du paragraphe 110(4). Avec égards, je ne puis me ranger à cette interprétation.

[37] Il convient tout d'abord de noter que l'arrêt *Elezi* a été rendu neuf mois avant la décision de la Cour d'appel [fédérale] dans l'affaire *Raza*, et qu'il ne fait donc plus autorité dans la mesure où il s'écarte de cette dernière décision. D'autre part, dans la décision *Elezi*, la décision de l'agent d'ERAR de ne pas admettre certains éléments de preuve a été jugée déraisonnable soit parce que ces preuves avaient été créées après la décision rendue par la SPR, ou parce que l'on ne pouvait raisonnablement s'attendre à ce que le demandeur présente ces preuves à la SPR dans les circonstances. Par conséquent, l'affirmation selon laquelle on ne saurait rejeter un élément de preuve crédible au seul motif qu'elle est « techniquement inadmissible » doit être considérée comme un simple *obiter*.

[38] Le véritable nœud du problème, dans le cadre de la présente affaire, consiste à déterminer si les conditions implicites d'admissibilité qu'a déduites la juge Sharlow de l'alinéa 113a) dans l'arrêt *Raza* sont également applicables dans le cadre du paragraphe 110(4). Parce qu'il est au cœur des représentations qui nous ont été soumises par les avocats des deux parties et de l'intervenante, il importe de reproduire ici l'extrait pertinent de cet arrêt [aux paragraphes 13 à 15] :

Selon son interprétation de l'alinéa 113a), cet alinéa repose sur l'idée que l'agent d'ERAR doit prendre acte de la décision de la SPR de rejeter la demande d'asile, à moins que des preuves nouvelles soient survenues depuis le rejet, qui auraient pu conduire la SPR à statuer autrement si elle en avait eu connaissance. L'alinéa 113a) pose plusieurs questions, certaines explicitement et d'autres implicitement, concernant les preuves nouvelles en question. Je les résume ainsi :

1. **Crédibilité :** Les preuves nouvelles sont-elles crédibles, compte tenu de leur source et des circonstances dans lesquelles elles sont apparues? Dans la négative, il n'est pas nécessaire de les considérer.
2. **Pertinence :** Les preuves nouvelles intéressent-elles la demande d'ERAR, c'est-à-dire sont-elles aptes à

or disproving a fact that is relevant to the claim for protection? If not, the evidence need not be considered.

3. Newness: Is the evidence new in the sense that it is capable of:
- (a) proving the current state of affairs in the country of removal or an event that occurred or a circumstance that arose after the hearing in the RPD; or
  - (b) proving a fact that was unknown to the refugee claimant at the time of the RPD hearing; or
  - (c) contradicting a finding of fact made by the RPD (including a credibility finding)?

If not, the evidence need not be considered.

4. Materiality: Is the evidence material, in the sense that the refugee claim probably would have succeeded if the evidence had been made available to RPD? If not, the evidence need not be considered.
5. Express statutory conditions:

- (a) If the evidence is capable of proving only an event that occurred or circumstances that arose prior to the RPD hearing, then has the applicant established either that the evidence was not reasonably available to him or her for presentation at the RPD hearing, or that he or she could not reasonably have been expected in the circumstances to have presented the evidence at the RPD hearing? If not, the evidence need not be considered.
- (b) If the evidence is capable of proving an event that occurred or circumstances that arose after the RPD hearing, then the evidence must be considered (unless it is rejected because it is not credible, not relevant, not new or not material).

The first four questions, relating to credibility, relevance, newness and materiality, are necessarily implied from the purpose of paragraph 113(a), within the statutory scheme of the IRPA relating to refugee claims and pre removal risk assessments. The remaining questions are asked expressly by paragraph 113(a).

prouver ou à réfuter un fait qui intéresse la demande d'asile? Dans la négative, il n'est pas nécessaire de les considérer.

3. Nouveauté : Les preuves sont-elles nouvelles, c'est-à-dire sont-elles aptes :
- a) à prouver la situation ayant cours dans le pays de renvoi, ou un événement ou fait postérieur à l'audition de la demande d'asile?
  - b) à établir un fait qui n'était pas connu du demandeur d'asile au moment de l'audition de sa demande d'asile?
  - c) à réfuter une conclusion de fait tirée par la SPR (y compris une conclusion touchant la crédibilité)?

Dans la négative, il n'est pas nécessaire de les con[s]idérer.

4. Caractère substantiel : Les preuves nouvelles sont-elles substantielles, c'est-à-dire la demande d'asile aurait-elle probablement été accordée si elles avaient été portées à la connaissance de la SPR? Dans la négative, il n'est pas nécessaire de les con[s]idérer.
5. Conditions légales explicites :

- a) Si les preuves nouvelles sont aptes à établir uniquement un fait qui s'est produit ou des circonstances qui ont existé avant l'audition de la demande d'asile, alors le demandeur a-t-il établi que les preuves nouvelles ne lui étaient pas normalement accessibles lors de l'audition de la demande d'asile, ou qu'il ne serait pas raisonnable de s'attendre à ce qu'il les ait présentées lors de l'audition de la demande d'asile? Dans la négative, il n'est pas nécessaire de les con[s]idérer.
- b) Si les preuves nouvelles sont aptes à établir un fait qui s'est produit ou les circonstances qui ont existé après l'audition de la demande d'asile, alors elles doivent être considérées (sauf si elles sont rejetées parce qu'elles ne sont pas crédibles, pas pertinentes, pas nouvelles ou pas substantielles).

Les quatre premières questions, qui concernent la crédibilité, la pertinence, la nouveauté et le caractère substantiel, résultent implicitement de l'objet de l'alinéa 113a), dans le régime de la LIPR se rapportant aux demandes d'asile et aux examens des risques avant renvoi. Les questions restantes sont posées explicitement par l'alinéa 113a).

I do not suggest that the questions listed above must be asked in any particular order, or that in every case the PRRA officer must ask each question. What is important is that the PRRA officer must consider all evidence that is presented, unless it is excluded on one of the grounds stated in paragraph 13 above.

[39] As noted above, the Judge refused to transpose the implicit admissibility criteria identified by the [Federal] Court of Appeal regarding paragraph 113(a) to the context of subsection 110(4). Relying on the fact that questions relating to credibility, relevance, newness and materiality arise implicitly from the purpose of paragraph 113(a), as Justice Sharlow herself declared, the Judge was of the opinion that the different role and status of the RAD as compared to that of a PRRA officer called for a distinctive analysis. For the reasons that follow, I cannot subscribe to this view.

[40] It must be assumed that Parliament's decision to use near-identical wording did not happen by chance. Under a well-known rule of interpretation, it must be presumed that Parliament, when it uses the same wording as a provision that has already been interpreted by the courts, intends to rely on that interpretation: see Elmer A. Driedger, *Construction of Statutes*, 2nd ed., Toronto: Butterworths, 1983, at page 125.

[41] It is true that the French iteration of subsection 110(4) differs slightly from paragraph 113(a), insofar as it does not state "that the applicant could not reasonably have been expected ... to have presented" ("*qu'il n'était pas raisonnable [...] de s'attendre à ce qu'il les ait présentés*"), but rather "that the person could not reasonably ... have presented" ("*qu'elle n'aurait pas normalement présentés*"). I would agree with the Judge that this distinction is not particularly telling, nor is it sufficient, in and of itself, to set aside past jurisprudence that has developed with regard to paragraph 113(a). In addition, no great inference may be drawn from the absence of the word "new" in the English version of subsection 110(4). Not only is the word "new" (*nouveau*) nowhere to be found in the French version of paragraph 113(a), but it is furthermore self-evident that

Je ne dis pas que les questions énumérées ci-dessus doivent être posées dans un ordre particulier, ou que l'agent d'ERAR doit dans tous les cas se poser chacune d'elles. L'important, c'est que l'agent d'ERAR considère toutes les preuves qui lui sont présentées, à moins qu'elles ne soient exclues pour l'un des motifs énoncés au paragraphe 13 ci-dessus.

[39] Tel que mentionné précédemment, la juge a refusé de transposer au contexte du paragraphe 110(4) les critères implicites d'admissibilité dégagés par la Cour d'appel [fédérale] au regard de l'alinéa 113a). S'appuyant sur le fait que les questions relatives à la crédibilité, la pertinence, la nouveauté et le caractère substantiel découlent implicitement de l'objet de l'alinéa 113a), au dire même de la juge Sharlow, la juge s'est dite d'avis que le rôle et le statut différents de la SAR par rapport à l'agent d'ERAR commandaient une analyse distincte. Pour les motifs qui suivent, je ne peux souscrire à cette analyse.

[40] Il faut tenir pour acquis que le choix d'une formulation quasi identique par le législateur ne découle pas du simple hasard. En vertu d'une règle d'interprétation bien connue, il faut présumer que le législateur, lorsqu'il reprend sans les modifier les termes d'une disposition qui a déjà été interprétée par les tribunaux, entend s'en remettre à cette interprétation : voir Elmer A. Driedger, *Construction of Statutes*, 2<sup>e</sup> éd., Toronto : Butterworths, 1983, à la page 125.

[41] Il est vrai que la version française du paragraphe 110(4) diffère légèrement de l'alinéa 113a), dans la mesure où il ne dit pas « qu'il n'était pas raisonnable [...] de s'attendre à ce qu'il les ait présentés » (« *that the applicant could not reasonably have been expected ... to have presented* »), mais plutôt « qu'elle n'aurait pas normalement présentés » (« *that the person could not reasonably ... have presented* »). Comme la juge, je suis d'avis que cette distinction n'est pas révélatrice, et ne suffit pas à elle seule pour écarter la jurisprudence antérieure qui s'est développée au regard de l'alinéa 113a). L'on ne saurait davantage tirer d'inférence de l'absence du mot « *new* » dans la version anglaise du paragraphe 110(4). Non seulement ne trouve-t-on pas le mot « nouveau » dans la version française de l'alinéa 113a), mais au surplus il va de soi qu'un élément de preuve survenu



evidence that arose after the rejection of the refugee protection claim will necessarily be new.

[42] The fact that the RAD is a quasi-judicial administrative tribunal, as opposed to the PRRA officer, who is an employee of the Minister, acting within his or her employer's discretion, must obviously be taken into consideration. The same applies to the fact that the RAD has an appellate function and has the authority to set aside the RPD's decision and substitute that which should have been made, while the PRRA officer must show deference and does not sit in appeal of the RPD's decision and his or her only mission is to assess any new pre-removal risk. These distinctions are not determinative of the admissibility of new evidence, however, and I note that the trial Judge did not specify how the distinctive role and status of the RAD and the PRRA officer should affect the criteria for admitting evidence or how it would allow for the negation of the presumption to which I referred above.

[43] In fact, the criteria used in *Raza* are consistent with the tests generally adopted by courts and administrative bodies, and are essentially designed to preserve the integrity of the judicial process: see *Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, 2000 SCC 2, [2000] 1 S.C.R. 44, at paragraph 10. Although they were established by the Supreme Court in the context of a criminal proceeding (see *Palmer et al. v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759 (*Palmer*), at page 775), the criteria of newness, relevance, credibility and materiality were subsequently applied in civil matters (*J.T.I. MacDonald Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2004 CanLII 30110, [2004] J.Q. No. 9409 (C.A.) (QL), at paragraph 3), in disciplinary law (*Morin v. Regional Administration Unit #3 (P.E.I.)*, 2002 PESCAD 9, 213 D.L.R. (4th) 17, at paragraph 140), in aboriginal law (*Chippewas of Nawash First Nation v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, 2002 FCA 22, at paragraph 20) and in a number of other areas (see Donald J. M. Brown, *Civil Appeals*, Toronto: Carswell, 2015, at pages 10-16 to 10-18).

[44] Indeed, in my view it would be difficult to argue that the criteria set out by Justice Sharlow in *Raza* do not

depuis le rejet de la demande d'asile sera nécessairement nouveau.

[42] Le fait que la SAR soit un tribunal administratif quasi judiciaire, par opposition à l'agent d'ERAR qui est un employé du ministre dont les actions relèvent du pouvoir discrétionnaire de son employeur, doit évidemment être pris en considération. De même en va-t-il du fait que la SAR exerce une juridiction d'appel et est habilitée à casser la décision de la SPR et à y substituer celle qui aurait dû être rendue, alors que l'agent d'ERAR doit faire preuve de retenue et ne siège pas en appel de la SPR mais n'a pour mission que d'évaluer tout nouveau risque avant un renvoi. Ces distinctions ne sont pas déterminantes quant à l'admissibilité de nouvelles preuves, cependant, et je note que la juge n'a pas précisé en quoi le rôle et le statut distincts de la SAR et de l'agent d'ERAR devaient influencer sur les critères d'admissibilité de la preuve et permettaient d'écarter la présomption à laquelle je réfère ci-dessus.

[43] En fait, les critères retenus dans l'arrêt *Raza* sont conformes aux tests généralement retenus par les tribunaux judiciaires et les instances administratives, et ont essentiellement pour objet de préserver l'intégrité du processus judiciaire : voir *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, 2000 CSC 2, [2000] 1 R.C.S. 44, au paragraphe 10. Bien qu'ils aient été dégagés par la Cour suprême dans le contexte d'un procès criminel (voir *Palmer et autre c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759 (*Palmer*), à la page 775), les critères de nouveauté, de pertinence, de crédibilité et de caractère déterminant ont subséquemment été appliqués en matière civile (*J.T.I. MacDonald Corp. c. Canada (Procureur général)*, [2004] J.Q. n° 9409 (C.A.) (QL), au paragraphe 3), en droit disciplinaire (*Morin v. Regional Administration Unit #3 (P.E.I.)*, 2002 PESCAD 9, 213 D.L.R. (4th) 17, au paragraphe 140), en droit autochtone (*Première Nation des Chippewas de Nawash c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, 2002 CAF 22, au paragraphe 20) et dans plusieurs autres domaines (voir Donald J. M. Brown, *Civil Appeals*, Toronto : Carswell, 2015, aux pages 10-16 à 10-18).

[44] En fait, il m'apparaît difficile de soutenir que les critères énoncés par la juge Sharlow dans l'arrêt *Raza*

flow just as implicitly from subsection 110(4) as from paragraph 113(a). It is difficult to see, in particular, how the RAD could admit documentary evidence that was not credible. Indeed, paragraph 171(a.3) expressly provides that the RAD “may receive and base a decision on evidence that is adduced in the proceedings and considered credible or trustworthy in the circumstances”. It is true that paragraph 110(6)(a) also introduces the notion of credibility for the purposes of determining whether a hearing should be held. In that regard, however, it is not the credibility of the evidence itself that must be weighed, but whether otherwise credible evidence “raises a serious issue” with respect to the general credibility of the person who is the subject of the appeal. In other words, the fact that new evidence is intrinsically credible will not be sufficient to warrant holding a hearing before the RAD: this evidence would still be required to justify a reassessment of the overall credibility of the applicant and his or her narrative.

[45] The same would apply to relevance. This is a basic condition for the admissibility of any piece of evidence, and it would be difficult to imagine the introduction of new evidence being somehow exempt from this criterion. Indeed, subparagraphs 3(3)(g)(iii) and 5(2)(d)(ii) of the *Refugee Appeal Division Rules*, SOR/2012-257 implicitly allude to this by providing that both the appellant’s memorandum and memorandum in reply must include full and detailed submissions regarding how any documentary evidence the appellant wishes to rely on not only meets the requirements of subsection 110(4), but also “how that evidence relates to the appellant” (“*la façon dont ils sont liés à l’appelant*”).

[46] The newness criterion may appear somewhat redundant and does not really add to the explicit requirements of subsection 110(4).

[47] As for the fourth implicit criterion identified by this Court in *Raza*, namely, the materiality of the evidence, there may be a need for some adaptations to be made. In the context of a PRRA, the requirement that new evidence be of such significance that it would have allowed the RPD to reach a different conclusion can be explained to the extent that the PRRA officer must show

ne découlent pas tout aussi implicitement du paragraphe 110(4) que de l’alinéa 113a). On voit mal, notamment, comment la SAR pourrait admettre une preuve documentaire qui ne serait pas crédible. De fait, l’alinéa 171a.3 prévoit expressément que la SAR « peut recevoir les éléments de preuve qu’elle juge crédibles ou dignes de foi en l’occurrence et fonder sur eux sa décision ». Il est vrai que l’alinéa 110(6)a introduit également la notion de crédibilité aux fins de déterminer si une audience peut être tenue. À ce chapitre, cependant, ce n’est pas la crédibilité de la preuve elle-même qui doit être soupesée, mais bien la question de savoir si un élément de preuve par ailleurs crédible « soulève une question importante » relativement à la crédibilité générale de la personne en cause. En d’autres termes, le fait qu’un nouvel élément de preuve soit intrinsèquement crédible ne suffira pas pour justifier la tenue d’une audience devant la SAR : il faudra encore que cet élément de preuve puisse justifier une réévaluation de la crédibilité globale d’un demandeur et de son récit.

[45] Il en va de même de la pertinence. Il s’agit là d’une condition élémentaire pour l’admissibilité de tout élément de preuve, et l’on voit mal pourquoi l’introduction d’une preuve nouvelle échapperait à ce critère. Les sous-alinéas 3(3)(g)(iii) et 5(2)(d)(ii) des *Règles de la Section d’appel des réfugiés*, DORS/2012-257 y font d’ailleurs implicitement allusion en prévoyant que le mémoire et le mémoire en réplique de l’appelant doivent inclure des observations concernant la façon dont les éléments de preuve que l’appelant veut invoquer sont non seulement conformes aux exigences du paragraphe 110(4), mais également « la façon dont ils sont liés à l’appelant » (« *how that evidence relates to the appellant* »).

[46] Le critère de nouveauté peut paraître quelque peu redondant et n’ajoute pas vraiment aux exigences explicites du paragraphe 110(4).

[47] Pour ce qui est du quatrième critère implicite identifié par cette Cour dans l’affaire *Raza*, soit le caractère substantiel de la preuve, il y a peut-être lieu de procéder à certaines adaptations. Dans le contexte d’un ERAR, l’exigence que la nouvelle preuve soit d’une telle importance qu’elle aurait permis de conclure différemment de la SPR peut s’expliquer dans la mesure où

deference to a negative decision by the RPD and may only depart from that principle on the basis of different circumstances or a new risk. The RAD, on the other hand, has a much broader mandate and may intervene to correct any error of fact, of law, or of mixed fact and law. As a result, it may be that although the new evidence is not determinative in and of itself, it may have an impact on the RAD's overall assessment of the RPD's decision.

[48] Under subsection 110(6) of the IRPA, a RAD hearing may be held, subject to three conditions associated with the existence of new documentary evidence. The principle whereby the RAD proceeds without holding a hearing, as set out in subsection 110(3), is subject to an exception only where the documentary evidence "(a) ... raises a serious issue with respect to the credibility of the person who is the subject of the appeal; (b) ... is central to the decision with respect to the refugee protection claim; and (c) ... if accepted, would justify allowing or rejecting the refugee protection claim." These three conditions are unquestionably related to the materiality of the new documentary evidence that the RAD could be required to consider. If such is the case, as one would have reason to believe, it would be redundant to require materiality of evidence for it to be admissible as new evidence, to then subject the conduct of a hearing to the same criterion.

[49] Subject to this necessary adaptation, it is my view that the implicit criteria identified in *Raza* are also applicable in the context of subsection 110(4). For the reasons set out above, I am not satisfied that the differing roles of the PRRA and the RAD, and the separate status of persons who perform these functions, are sufficient to set aside the presumption that Parliament intended to defer to the courts' interpretation of a legislative text when it chose to repeat the same essential points in another provision. Not only are the requirements set out in *Raza* self-evident and widely applied by the courts in a range of legal contexts, but there are very good reasons why Parliament would favour a restrictive approach to the admissibility of new evidence on appeal.

l'agent d'ERAR doit faire preuve de déférence eu égard à la décision négative rendue par la SPR et ne peut y déroger que sur la base d'une situation différente ou d'un risque nouveau. La SAR, en revanche, a un mandat beaucoup plus étendu et peut intervenir pour corriger toute erreur de fait, de droit ou mixte. Par conséquent, il se peut que la preuve nouvelle ne soit pas déterminante en soi, mais puisse influencer sur l'appréciation globale que fera la SAR de la décision rendue par la SPR.

[48] D'autre part, le paragraphe 110(6) de la LIPR assujettit la tenue d'une audience devant la SAR à trois conditions reliées à l'existence de nouveaux éléments de preuve documentaire. Le principe suivant lequel la SAR procède sans tenir d'audience, énoncé au paragraphe 110(3), ne peut en effet souffrir d'exception que si des éléments de preuve documentaire « a) soulèvent une question importante en ce qui concerne la crédibilité de la personne en cause; b) sont essentiels pour la prise de décision relative à la demande d'asile; [et] c) à supposer qu'ils soient admis, justifieraient que la demande d'asile soit accordée ou refusée, selon le cas ». Or, ces trois conditions se rapportent indéniablement au caractère substantiel que revêtent les éléments de preuve nouveaux que la SAR pourrait être appelée à considérer. Si tel est bien le cas, comme il est permis de le croire, il serait redondant d'exiger que des éléments de preuve aient un caractère substantiel afin de pouvoir être admis comme nouvelle preuve, pour ensuite assujettir la tenue d'une audience au même critère.

[49] Sous réserve de cette adaptation nécessaire, je suis donc d'avis que les critères implicites dégagés dans l'arrêt *Raza* trouvent également application dans le cadre du paragraphe 110(4). Pour les raisons explicitées plus haut, on ne m'a pas convaincu que le rôle différent de l'ERAR et de la SAR ainsi que le statut distinct des personnes appelées à exercer ces fonctions suffisent pour écarter la présomption voulant que le législateur entendait s'en remettre à l'interprétation qu'ont faite les tribunaux d'un texte législatif lorsqu'il choisit d'en reprendre les éléments essentiels dans une autre disposition. Non seulement les exigences mentionnées dans l'arrêt *Raza* vont-elles de soi et ont-elles largement été appliquées par les tribunaux dans une foule de contextes juridiques, mais il y a au surplus de très bonnes raisons qui expliquent pourquoi le législateur préconiserait une

[50] As the Supreme Court noted in *Palmer*, a well-established judicial principle exists whereby the evidence and issues must be introduced exhaustively and dealt with at trial in criminal matters or at first instance in civil matters. As a case progresses, the issues in the matter must normally be further narrowed; the effect of introducing new evidence would be rather to expand the scope of the debate. This is what the RAD aptly highlighted at paragraph 20 of its reasons:

The fact that evidence corroborates facts, contradicts findings of the RPD, or clarifies the evidence before the RPD does not make it “new evidence” within the meaning of subsection 110(4) of the Act. If that were the case, refugee protection claimants could split their case and present evidence before the RAD at the appeal stage that could have been presented at the start, before the RPD. In my opinion, this is exactly what subsection 110(4) of the Act aims to prevent. [Footnote omitted.]

[51] In this regard, it is significant to note that Parliament’s departure from the principle of a paper-based appeal, held in the original version of the IRPA adopted in 2002, was limited. At the risk of repeating myself, the basic rule is that the RAD “must proceed without a hearing, on the basis of the record of the proceedings of the Refugee Protection Division” (subsection 110(3)). The new evidence must meet the admissibility criteria set out in subsection 110(4), and a new hearing can be held only if the new evidence fulfils the conditions set out in subsection 110(6). Where the RAD finds that all of the evidence should be heard again in order to make an informed decision, it must refer the case back to the RPD (subsection 111(2)). This legislative framework reflects Parliament’s clear wish to narrowly define the introduction of any new evidence.

[52] The Judge acknowledged that an appeal filed with the RAD is “mostly intended as a ‘paper-based’ appeal” (paragraph 52). However, it is her opinion that a strict interpretation of subsection 110(4) would limit an applicant’s access to a “full fact-based appeal”, which

approche restrictive quant à l’admissibilité de nouvelles preuves en appel.

[50] Tel que l’a noté la Cour suprême dans l’arrêt *Palmer*, il existe un principe judiciaire bien établi suivant lequel la preuve et les questions en litige doivent être exhaustivement introduites et traitées à l’étape du procès en matière criminelle ou de la première instance en matière civile. Au fur et à mesure qu’une affaire progresse, les questions en litige doivent normalement être davantage circonscrites; or, l’introduction d’une preuve nouvelle aura plutôt pour effet d’élargir l’étendue du débat. C’est ce que soulignait avec beaucoup d’à-propos la SAR, au paragraphe 20 de ses motifs :

Le fait que des éléments de preuve corroborent des faits, contredisent des conclusions de la SPR ou qu’ils précisent la preuve dont celle-ci était saisie ne fait pas d’eux une « preuve nouvelle » au sens du paragraphe 110(4) de la Loi. Si tel était le cas, les demandeurs d’asile pourraient diviser leur preuve et présenter devant la SAR à l’étape de l’appel des éléments qui auraient pu l’être dès le départ devant la SPR. Or, à mon avis, c’est précisément ce que le paragraphe 110(4) de la Loi vise à empêcher. [Note de bas de page omise.]

[51] À ce chapitre, il est d’ailleurs significatif de constater que le législateur n’a dérogé que de façon limitée au principe de l’appel sur dossier retenu dans la version originale de la LIPR adoptée en 2002. Au risque de me répéter, la règle de base est à l’effet que la SAR « procède sans tenir d’audience en se fondant sur le dossier de la [SPR] » (paragraphe 110(3)). La nouvelle preuve devra satisfaire aux critères d’admissibilité énoncés au paragraphe 110(4), et une nouvelle audience ne pourra être tenue que si les nouveaux éléments de preuve satisfont aux conditions prévues au paragraphe 110(6). Dans l’hypothèse où la SAR estime que toute la preuve devrait être réentendue pour prendre une décision éclairée, elle devra renvoyer l’affaire à la SPR (paragraphe 111(2)). Ce cadre législatif témoigne de la volonté claire du législateur de baliser étroitement l’introduction de toute nouvelle preuve.

[52] La juge a reconnu qu’un appel interjeté auprès de la SAR « est essentiellement un appel “sur dossier” » (paragraphe 52). Elle s’est cependant dite d’avis qu’une interprétation stricte du paragraphe 110(4) limiterait la capacité d’un demandeur d’avoir accès à « un véritable

would go against the wishes expressed by Jason Kenney, former Minister of Citizenship and Immigration, in a statement made in the House on March 6, 2012 (*House of Commons Debates*, 41st Parl., 1st Sess., No. 90 (March 6, 2012), at page 5874).

[53] It is true that in tabling the bill, the Minister affirmed that the vast majority of applicants from non-designated countries would have, for the first time, a “fact-based appeal” before the RAD. This statement alone is insufficient to substantiate the theory that criteria explicitly set out at subsection 110(4) can be set aside. It is at best ambiguous, and could be simply construed as differentiating the appeal from the much narrower scope of a judicial review. In this regard, I support the argument of the appellant and his analysis of the circumstances in which the Minister made his statement.

[54] The Judge also based the decision on the reduced timeframes within which claimants must submit their documents to support the flexible interpretation of the admissibility criteria she considered in her decision. The amendments made to the IRPA and to the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (IRPR) do put a great deal of pressure on refugee protection claimants. The referral of a claim to the RPD is done within the three days following the filing of the claim (IRPA, subsection 100(1)), and the hearing must take place within 60 days of the referral (IRPR, paragraph 159.9(1)(b)), and even within 30 or 45 days for nationals from a designated country. Furthermore, according to paragraph 34(3) of the *Refugee Protection Division Rules*, SOR/2012-256, (RPD Rules), refugee protection claimants must file their supporting documentation before the RPD 10 days before the hearing. However, these considerations do not suffice to set aside the clear legislative intention to not authorize any new evidence on appeal other than in very specific and carefully defined circumstances. The role of the RAD is not to provide the opportunity to complete a deficient record submitted before the RPD, but to allow for errors of fact, errors in law or mixed errors of fact and law to be corrected.

appel fondé sur les faits », ce qui irait à l’encontre du souhait qu’avait formulé l’ancien ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration, Jason Kenney, dans une déclaration faite en Chambre le 6 mars 2012 (*Débats de la Chambre des communes*, 41<sup>e</sup> parl., 1<sup>re</sup> sess., n<sup>o</sup> 90 (6 mars 2012), à la page 5874).

[53] Il est vrai qu’en présentant le projet de loi, le ministre avait affirmé que la grande majorité des demandeurs provenant de pays non désignés auraient pour la première fois accès à un « appel fondé sur les faits » devant la SAR. Cette déclaration ne suffit cependant pas, à elle seule, pour étayer la thèse voulant que l’on puisse faire abstraction des critères explicitement retenus au paragraphe 110(4). Elle est, au mieux, ambiguë, et pourrait simplement être interprétée de manière à souligner la distinction entre un appel et l’examen beaucoup plus restreint effectué dans le cadre d’un contrôle judiciaire. Je souscris à cet égard à l’argument de l’appelant et à son analyse des circonstances dans lesquelles le ministre a fait sa déclaration.

[54] La juge s’est également appuyée sur les délais réduits à l’intérieur desquels un demandeur doit présenter ses documents pour appuyer l’interprétation souple des critères d’admissibilité qu’elle préconise dans sa décision. Il est vrai que les modifications apportées à la LIPR et au *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (RIPR) mettent beaucoup de pression sur les demandeurs d’asile. Le déféré d’une demande à la SPR se fait dans les trois jours du dépôt de la demande (LIPR, paragraphe 100(1)), et l’audition doit avoir lieu dans les 60 jours du déféré (RIPR, alinéa 159.9(1)(b)), et même dans les 30 ou 45 jours pour les ressortissants d’un pays désigné. En outre, selon le paragraphe 34(3) des *Règles de la Section de la protection des réfugiés*, DORS/2012-256 (Règles de la SPR), les demandeurs d’asile doivent déposer leur preuve documentaire devant la SPR 10 jours avant l’audience. Ces considérations ne sauraient cependant suffire pour écarter la volonté claire du législateur de n’autoriser l’introduction de nouvelles preuves en appel que dans des circonstances bien précises et soigneusement délimitées. Le rôle de la SAR ne consiste pas à fournir la possibilité de compléter une preuve déficiente devant la SPR, mais plutôt à permettre que soient corrigées des erreurs de fait, de droit ou mixtes de fait et de droit.

[55] Inversely, the desire to counter the abuses that could occur under the regime applicable before the BRRRA and the *Protecting Canada's Immigration System Act*, S.C. 2012, c. 17 came into force should not be invoked to restrict new evidence that those finding themselves with valid reason before the RAD should seek to file. In his factum, the Minister stated that the BRRRA showed some degree of a willingness to enhance the admissibility criteria for new evidence at the RAD. Undoubtedly, Parliament intended to ensure the integrity of the immigration system by more effectively countering individuals who try to abuse it. To do so, Parliament took a certain number of measures, such as the creation of the RAD, and set out clear rules of evidence and procedure to ensure its appropriate functioning. These rules must be respected, and it must be presumed that the explicit choices that were made match the objective pursued. It is not the responsibility of the courts to rewrite such provisions when they are intelligible and unequivocal.

[56] Finally, the intervener stated that the RAD should take its inspiration from the values enshrined in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act, 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (Charter) when it rules on the admissibility of new evidence. Based on paragraph 3(3)(d) of the IRPA, further to which the Act is to be construed and applied in a manner that ensures that decisions taken under this Act are consistent with the Charter, as well as the decisions rendered by the Supreme Court in *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395 (*Doré*) and *Loyola High School v. Quebec (Attorney General)*, 2015 SCC 12, [2015] 1 S.C.R. 613 (*Loyola*), counsel for the intervener claimed that the RAD had to go beyond the requirements set out in subsection 110(4) and was obligated to proceed with a proportionality analysis between the seriousness of the violation of the Charter right and the statutory objectives. The following is how counsel described the test they propose (in paragraph 34 of their factum):

[55] À l'inverse, la volonté de contrer les abus auxquels a pu donner lieu le régime applicable avant l'entrée en vigueur de la LMREER et la *Loi visant à protéger le système d'immigration du Canada*, L.C. 2012, ch. 17 ne saurait être invoqué pour restreindre les preuves nouvelles que cherchent à déposer ceux et celles qui se trouvent valablement devant la SAR. Dans son mémoire, le ministre a fait valoir que la LMREER témoignait dans une certaine mesure d'une volonté de rehausser les critères d'admissibilité de la nouvelle preuve à la SAR. Sans doute le législateur entendait-il assurer l'intégrité du système d'immigration en contrant plus efficacement les individus qui tentent d'en abuser. Pour ce faire, le Parlement a pris un certain nombre de mesures, comme la création de la SAR, et a prévu des règles claires de preuve et de procédure pour en assurer la bonne marche. Ces règles doivent être respectées, et il faut présumer que les choix explicites qui ont été faits s'accordent avec l'objectif poursuivi. Il ne revient pas aux tribunaux de réécrire de telles dispositions lorsqu'elles sont intelligibles et sans équivoque.

[56] Enfin, l'intervenante a fait valoir que la SAR devait s'inspirer des valeurs enchâssées dans 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] (Charte) lorsqu'elle se prononce sur l'admissibilité d'une nouvelle preuve. S'appuyant sur l'alinéa 3(3)d) de la LIPR, suivant lequel l'interprétation et la mise en œuvre de cette loi doivent avoir pour effet d'assurer que les décisions prises sous son autorité sont conformes à la Charte, ainsi que sur les décisions rendues par la Cour suprême dans les arrêts *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395 (*Doré*) et *École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)*, 2015 CSC 12, [2015] 1 R.C.S. 613 (*Loyola*), les procureurs de l'intervenante ont prétendu que la SAR devait aller au-delà des exigences prévues au paragraphe 110(4) et avait l'obligation de procéder à une analyse de proportionnalité entre la gravité de l'atteinte à un droit protégé par la Charte et les objectifs visés par le législateur. Voici comment ils énoncent le test qu'ils proposent (au paragraphe 34 de leur mémoire) :

## [TRADUCTION]

(a) If the evidence is capable of credibly proving relevant circumstances that arose after the RPD's decision, then the evidence must be considered.

(b) If the evidence is only capable of credibly proving relevant circumstances that arose prior to the RPD's decision, then the RAD should consider if the appellant established either (i) that the evidence was not reasonably available or (ii) that she could not reasonably have been expected in the circumstances to have presented it, at the time of the RPD decision. In this assessment, the RAD should recall that « in order for there to be a 'full fact-based appeal' before the RAD, the criteria for the admissibility of evidence must be sufficiently flexible to ensure it can occur » [*Singh v. Canada (MCI)*, 2014 FC 1022 at para. 55, *per* Gagné J.]. If the appellant is able to establish either condition, then the evidence must be admitted.

(c) If the appellant is unable to satisfy either condition, then the RAD should consider whether the evidence raises a *prima facie* case of risk and, if admitted, could allow the RAD to come to a different conclusion on a central aspect of the claim than that of the RPD. If it does, then the RAD must conduct a proportionality exercise in which it balances the severity of the interference that exclusion would cause to the appellant's *Charter* rights with the statutory objectives underlying s. 110(4).

a) Si l'élément de preuve permet de démontrer de façon crédible des circonstances pertinentes qui ont existé après la décision de la SPR, cet élément de preuve doit être pris en compte.

b) Si l'élément de preuve permet seulement de démontrer de façon crédible des circonstances pertinentes qui ont existé avant la décision de la SPR, la SAR doit se demander si l'appelant a établi (i) que l'élément de preuve n'était pas normalement accessible ou (ii) qu'il n'était pas raisonnable, dans les circonstances, de s'attendre à ce que l'appelant l'ait présenté au moment de la décision de la SPR. Dans son examen, la SAR doit garder à l'esprit que « pour qu'il y ait un "véritable appel fondé sur les faits" devant la SAR, les critères d'admissibilité des éléments de preuve doivent être assez souples pour que cet appel puisse avoir lieu » [*Singh c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 1022, au par. 55, la juge Gagné]. Si l'appelant est en mesure d'établir qu'il remplit l'une ou l'autre des conditions, l'élément de preuve doit être admis.

c) Si l'appelant ne remplit ni l'une ni l'autre des conditions, la SAR doit alors se demander si l'élément de preuve établit une preuve *prima facie* de risque, et dans l'affirmative, si cela pourrait amener la SAR à tirer une conclusion différente de celle de la SPR concernant un aspect clé de la demande. Si tel est le cas, la SAR doit procéder à une analyse de proportionnalité dans le cadre de laquelle elle met en balance la gravité de l'atteinte aux droits de l'appelant protégés par la Charte que causerait l'exclusion de la preuve et les objectifs visés par le paragraphe 110(4).

[57] With respect, I cannot agree with this argument. It is true that, in *Doré*, the Supreme Court stated that it was of the opinion that an administrative decision maker must weigh the values set out in the Charter and the statutory objectives in the exercise of his or her discretionary power. In the context of a judicial review, the Court must determine whether the decision under review is the result of a proportionate balancing of the rights and values protected by the Charter, a process that bears some resemblance to the framework of analysis established in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, when the very validity of a legislative text is challenged. This approach is well summarized in the following excerpt from *Doré*, at paragraph 57:

[57] Avec égards, je ne peux me ranger à cet argument. Il est vrai que dans l'arrêt *Doré*, la Cour suprême s'est dite d'avis qu'un décideur administratif doit mettre en balance les valeurs consacrées par la Charte et les objectifs visés par la loi dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Dans le contexte d'une révision judiciaire, la cour devra déterminer si la décision attaquée est le fruit d'une mise en balance proportionnée des droits et des valeurs protégés par la Charte, une démarche qui n'est pas sans rappeler le cadre d'analyse établi dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, lorsque la validité même d'un texte législatif est remise en question. Cette approche est bien résumée dans l'extrait suivant de l'arrêt *Doré*, au paragraphe 57 :

On judicial review, the question becomes whether, in assessing the impact of the relevant *Charter* protection and given the nature of the decision and the statutory and factual contexts, the decision reflects proportionate balancing of the *Charter* protections at play. As LeBel J. noted in *Multani*, when a court is faced with reviewing an administrative decision that implicates *Charter* rights, “[t]he issue becomes one of proportionality” (para. 155) and calls for integrating the spirit of s. 1 into judicial review. Though this judicial review is conducted within the administrative framework, there is nonetheless conceptual harmony between a reasonableness review and the *Oakes* framework, since both contemplate giving a “margin of appreciation”, or deference, to administrative and legislative bodies in balancing *Charter* values against broader objectives.

[58] Based on this approach, counsel for the intervener claim that the values protected by section 7 of the Charter must enter into the interpretation and application of subsection 110(4) of the IRPA and even lead to the admissibility of new evidence that does not meet the explicit requirements of this provision. However, this thesis encounters at least two difficulties.

[59] First of all, it has not been established in this case that the values protected by section 7 of the Charter are affected by the RAD’s decision not to admit as new evidence the diploma that the respondent wanted to adduce. The intervener argued that excluding credible evidence could result in an appeal being dismissed and consequently in the removal of the foreign national “as soon as possible”, because the conditional removal order comes into force 15 days after notification that the claim is rejected (IRPA, paragraph 49(2)(c)). However, in my view this does not seem sufficient to conclude that the decision not to admit new evidence on appeal necessarily affects the right not to be deprived of life, liberty and security of the person except in accordance with the principles of fundamental justice.

[60] It is first noteworthy that the decision made by the RPD, and on appeal before the RAD, does not

Dans le contexte d’une révision judiciaire, il s’agit donc de déterminer si — en évaluant l’incidence de la protection pertinente offerte par la *Charte* et compte tenu de la nature de la décision et des contextes légal et factuel — la décision est le fruit d’une mise en balance proportionnée des droits en cause protégés par la *Charte*. Comme le juge LeBel l’a souligné dans *Multani*, lorsqu’une cour est appelée à réviser une décision administrative qui met en jeu les droits protégés par la *Charte*, « [l]a question se réduit à un problème de proportionnalité » (par. 155) et requiert d’intégrer l’« esprit » de l’article premier dans la révision judiciaire. Même si cette révision judiciaire est menée selon le cadre d’analyse du droit administratif, il existe néanmoins une harmonie conceptuelle entre l’examen du caractère raisonnable et le cadre d’analyse préconisé dans *Oakes* puisque les deux démarches supposent de donner une marge d’appréciation aux organes administratifs ou législatifs ou de faire preuve de déférence à leur égard lors de la mise en balance des valeurs consacrées par la *Charte*, d’une part, et les objectifs plus larges, d’autre part.

[58] S’appuyant sur cette approche, les procureurs de l’intervenante soutiennent que les valeurs protégées par l’article 7 de la Charte doivent imprégner l’interprétation et l’application du paragraphe 110(4) de la LIPR et même entraîner l’admissibilité d’une preuve nouvelle qui ne répond pas aux exigences explicites de cette disposition. Cette thèse se heurte cependant au moins à deux difficultés.

[59] Tout d’abord, il n’a pas été établi dans le présent dossier que les valeurs protégées par l’article 7 de la Charte sont affectées par la décision de la SAR de ne pas accepter à titre de nouvelle preuve le diplôme que voulait introduire l’intimé. L’intervenante a plaidé que l’exclusion d’une preuve crédible pouvait entraîner le rejet d’un appel et par voie de conséquence le renvoi de l’étranger visé « dès que possible », puisque la mesure de renvoi conditionnelle devient exécutoire 15 jours après la notification du rejet de l’appel (LIPR, alinéa 49(2)c)). Cela ne me paraît cependant pas suffisant pour conclure que la décision de ne pas accepter une nouvelle preuve dans le cadre d’un appel fait nécessairement intervenir le droit de ne pas se voir privé de sa vie, de sa sécurité ou de sa liberté autrement qu’en conformité avec les principes de justice fondamentale.

[60] Il convient tout d’abord de rappeler que la décision prise par la SPR et, en appel, par la SAR, ne porte



pertain to the respondent's removal, but solely to whether he is genuinely a Convention refugee [*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6] or a person in need of protection in accordance with sections 96 and 97 of the IRPA. I am prepared to recognize that the RAD's decision to exclude evidence on the grounds that it does not meet the criteria in subsection 110(4) will have a significant impact if a foreign national tries to submit that same evidence to a PRRA officer or to a removal officer. Nevertheless, the respondent in this case failed to establish his credibility; the RAD found that the RPD could reasonably conclude that the respondent's credibility was seriously undermined, and that that conclusion would be valid even if the diploma were admitted in evidence. For reasons set out below, I am of the opinion that that conclusion falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and the law, and consequently the respondent did not establish that his life, liberty or security would be in danger if he were returned to India.

[61] Second, the intervener did not convince me that the RAD's decision not to admit new evidence would engage the principles of fundamental justice. It must be remembered that a foreign national claiming status as a refugee or a person in need of protection benefits from an extensive, multi-stage process that enables him to assert his claims before several levels of independent and impartial quasi-judicial tribunals and administrative decision makers, and that he can apply for judicial review of those decisions to the Federal Court. While the right of appeal has not been recognized as a principle of fundamental justice (see *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *Esteban v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 51, [2005] 2 S.C.R. 539, at paragraph 47; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, at pages 741 and 742), Parliament decided to enhance the former regime and to implement the provisions of the IRPA establishing the RAD. The legislator could have provided only for an appeal on the record without a hearing, but elected to open the door to the submission of new evidence and hearings in carefully limited circumstances. I fail to see how enhancing a system already broadly respectful of the international

pas sur le renvoi de l'intimé, mais uniquement sur la question de savoir s'il a véritablement qualité de réfugié au sens de la Convention [*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6] ou de personne à protéger, conformément aux articles 96 et 97 de la LIPR. Je suis prêt à reconnaître que la décision de la SAR d'exclure une preuve au motif qu'elle ne remplit pas les critères du paragraphe 110(4) pèsera lourd lorsqu'un étranger tentera d'introduire cette même preuve devant un agent d'ERAR ou devant un agent de renvoi. Il n'en demeure pas moins que l'intimé, dans le cas présent, n'a pas réussi à établir sa crédibilité; la SAR a estimé que la SPR pouvait raisonnablement conclure que la crédibilité de l'intimé était sérieusement entachée, et que cette conclusion tiendrait même si l'on devait admettre en preuve le diplôme. Pour les motifs exposés plus loin, je suis d'avis que cette conclusion appartient aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit, et par conséquent l'intimé n'a pas établi que sa vie, sa liberté ou sa sécurité seraient menacées dans l'hypothèse où il serait renvoyé en Inde.

[61] D'autre part, l'intervenante ne m'a pas convaincu que la décision de la SAR de ne pas accepter un nouvel élément de preuve mettrait en jeu les principes de justice fondamentale. Il ne faut pas perdre de vue que l'étranger qui revendique le statut de réfugié ou de personne à protéger bénéficie d'une procédure étoffée à plusieurs volets qui lui permet de faire valoir ses prétentions devant différents paliers de décideurs administratifs et de tribunaux quasi judiciaires indépendants et impartiaux, et qu'il peut demander le contrôle judiciaire de ces décisions devant la Cour fédérale. Bien que le droit d'appel n'ait pas été reconnu comme un principe de justice fondamentale (voir *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*; *Esteban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 51, [2005] 2 R.C.S. 539, au paragraphe 47; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, aux pages 741 et 742), le Parlement a décidé de parfaire le régime antérieur et de mettre en œuvre les dispositions de la LIPR prévoyant l'existence de la SAR. Le législateur aurait pu se contenter de prévoir un appel sur dossier et sans audition, mais a choisi d'ouvrir la porte à l'introduction de nouvelles preuves et à la tenue d'audiences dans des

and constitutional obligations to which Parliament and the government are subject could jeopardize that same system, especially since the criteria used in respect of admissibility of new evidence are essentially similar to those normally used in judicial and quasi-judicial proceedings on appeal, in both civil and criminal matters. The constitutionality of subsection 110(4) of the IRPA has not been challenged in this case, so I will abstain from drawing any definitive conclusion in that regard. That said, I have not been convinced that the exclusion of the diploma by the RAD is contrary to the principles of fundamental justice, even assuming that the exclusion of that evidence affects the respondent's right to life, liberty and security.

[62] However, there is more. A close reading of *Doré* shows that an administrative decision maker's obligation to enforce Charter values arises only if it is exercising statutory discretion: *Doré*, paragraph 55; *Loyola*, paragraph 35; *R. v. Clarke*, 2014 SCC 28, [2014] 1 S.C.R. 612, at paragraph 16. When legislation or regulations are clear and unambiguous, it is not up to the courts to rewrite them on the pretext of ensuring conformity with Charter values (*Najafi v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2014 FCA 262, [2015] 4 F.C.R. 162, at paragraph 107; *Febles v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 SCC 68, [2014] 3 S.C.R. 431, at paragraph 67). Except under exceptional circumstances, the courts only have the authority to declare invalid legislation that is unconstitutional, and only if the issue is explicitly raised and the Attorney General has been notified. It is up to Parliament to amend legislation that has been declared unconstitutional so as to ensure compliance with the fundamental law of the land.

[63] However, subsection 110(4) is not written in an ambiguous manner and does not grant any discretion to the RAD. As mentioned above (see paragraph 34, 35 and 38 above), the admissibility of fresh evidence before the RAD is subject to strict criteria and neither the wording

circstances qu'il a soigneusement balisées. Je vois mal comment la bonification d'un système déjà respectueux dans ses grandes lignes des obligations internationales et constitutionnelles auxquelles le Parlement et le gouvernement sont assujettis pourrait mettre en péril ce même système, d'autant plus que les critères retenus quant à l'admissibilité de nouvelles preuves sont essentiellement similaires à ceux qui sont normalement utilisés devant les instances judiciaires et quasi judiciaires d'appel, tant en matière civile que criminelle. La constitutionnalité du paragraphe 110(4) de la LIPR n'a pas été plaidée dans le présent dossier, et je m'abstiendrai donc de formuler toute conclusion définitive à ce sujet. Ceci étant, on ne m'a pas convaincu que le rejet du diplôme par la SAR porte atteinte aux principes de justice fondamentale, à supposer même que l'exclusion de cette preuve fasse intervenir le droit à la vie, la liberté ou la sécurité de l'intimé.

[62] Mais il y a plus. Une lecture attentive de l'arrêt *Doré* révèle que l'obligation pour un décideur administratif d'appliquer les valeurs consacrées par la Charte ne prend naissance que dans l'hypothèse où il exerce un pouvoir discrétionnaire conféré par la loi : *Doré*, au paragraphe 55; *Loyola*, au paragraphe 35; *R. c. Clarke*, 2014 CSC 28, [2014] 1 R.C.S. 612, au paragraphe 16. Lorsqu'un texte législatif ou réglementaire est clair et sans ambiguïté, il n'appartient pas aux tribunaux de le réécrire sous prétexte d'en assurer la conformité avec les valeurs découlant de la Charte (*Najafi c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2014 CAF 262, [2015] 4 R.C.F. 162, au paragraphe 107; *Febles c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CSC 68, [2014] 3 R.C.S. 431, au paragraphe 67). Sauf circonstances exceptionnelles, les tribunaux ne sont habilités qu'à déclarer l'invalidité d'une loi qui contrevient aux textes constitutionnels, et seulement lorsque la question est explicitement soulevée et que le ministre en a été avisé. C'est au Parlement qu'il revient de modifier une loi déclarée inconstitutionnelle pour en assurer la conformité avec la loi fondamentale du pays.

[63] Or, le paragraphe 110(4) n'est pas rédigé de façon ambiguë et ne confère aucune discrétion à la SAR. Tel que mentionné précédemment (voir les paragraphes 34, 35 et 38 ci-haut), l'admissibilité d'une preuve nouvelle devant la SAR est assujettie à des critères bien définis,

of the subsection nor the broader framework of the section it falls under could give the impression that Parliament intended to grant the RAD the discretion to disregard the conditions carefully set out therein. Moreover, this approach complies perfectly with this Court's decision in *Raza*. The criteria set out in that decision regarding paragraph 113(a), which, moreover, are not necessarily cumulative, do not replace explicit legal conditions; rather they add to those conditions to the extent that they are "necessarily implied" from the purpose of the provision, to reiterate this Court's words at paragraph 14 of *Raza*. Otherwise, this would mean ignoring the conditions set out at subsection 110(4) and then delving into a balancing exercise between Charter values and the objectives sought by Parliament. In the absence of a direct challenge to this legislation, it should be given effect and the RAD has no choice but to comply with its requirements.

[64] In conclusion, I am of the view that there is no valid reason not to apply, for the most part, the implicit criteria established by this Court in *Raza* to subsection 110(4) of the IRPA. The wording of that provision is almost identical to the wording of paragraph 113(a), and the context in which it was adopted as well as the underlying judicial policy considerations support an identical approach despite the fact that they apply to separate proceedings and different decision makers. In any case, the issue seems rather academic to me, to the extent that the implicit criteria from *Raza* do not truly add to the wording of subsection 110(4) but are necessarily implied. Except for the materiality of evidence, which does not lend itself to the same analysis in an appeal and which subsection 110(6) already considers in determining whether a new hearing should be held, it is not necessary to interpret subsection 110(4) and paragraph 113(a) differently. It goes without saying that the RAD always has the freedom to apply the conditions of subsection 110(4) with more or less flexibility depending on the circumstances of the case.

[65] Thus, it is my opinion that the RAD did not err in using *mutatis mutandis* the implicit criteria from *Raza*

et ni le libellé de ce paragraphe ni le cadre plus large de l'article dans lequel il se trouve ne permettent de croire que le législateur entendait conférer à la SAR la discrétion de passer outre aux exigences qu'il a soigneusement prévues. Cette approche est d'ailleurs parfaitement conforme à la décision rendue par cette Cour dans l'arrêt *Raza*. Les critères dégagés dans cette affaire eu égard à l'alinéa 113a), qui ne sont d'ailleurs pas nécessairement cumulatifs, ne supplantent pas les conditions légales explicites; ils s'ajoutent au contraire à ces conditions dans la mesure où ils « résultent implicitement » de l'objet de cette disposition, pour reprendre les termes de cette Cour au paragraphe 14 de l'arrêt *Raza*. À l'inverse, il ne saurait être question de faire fi des exigences énoncées au paragraphe 110(4) pour s'en remettre plutôt à un exercice de pondération entre les valeurs de la Charte et les objectifs poursuivis par le législateur. En l'absence d'une contestation directe de ce texte législatif, il convient de lui donner effet et la SAR n'a d'autre choix que d'en respecter les exigences.

[64] En conclusion, je suis d'avis qu'il n'y a aucune raison valable de ne pas appliquer pour l'essentiel les critères implicites dégagés par cette Cour dans l'arrêt *Raza* dans le cadre du paragraphe 110(4) de la LIPR. Le texte de cette disposition est quasi identique à celui de l'alinéa 113a), et le contexte dans lequel il a été adopté de même que les considérations de politique judiciaire qui le sous-tendent militent en faveur d'une approche identique malgré le fait qu'ils se rapportent à des procédures distinctes et à des décideurs différents. La question me paraît de toute façon largement académique, dans la mesure où les critères implicites de l'arrêt *Raza* n'ajoutent pas vraiment au texte du paragraphe 110(4) mais s'en infèrent nécessairement. Sauf pour le critère du caractère substantiel d'une preuve, qui ne se prête pas à la même analyse dans le cadre d'un appel et dont le paragraphe 110(6) tient déjà compte pour déterminer si une nouvelle audience doit être tenue, il n'y a donc pas lieu d'interpréter différemment le paragraphe 110(4) et l'alinéa 113a). Il va sans dire que la SAR aura toujours le loisir d'appliquer les exigences du paragraphe 110(4) avec plus ou moins de souplesse selon les circonstances propres à chaque affaire.

[65] Je suis donc d'avis que la SAR n'a pas erré en utilisant *mutatis mutandis* les critères implicites dégagés

to interpret subsection 110(4); this interpretation seems not only reasonable but also correct. Furthermore, the RAD could reasonably find that the diploma was inadmissible because it could not be considered fresh evidence. The RAD essentially based its finding on the fact that the respondent had access to the diploma at the time of his hearing before the RPD on April 2, 2013, since the CBSA had sent a copy of it to his counsel and he could have obtained a copy from the CBSA and submitted it himself as evidence to the RPD.

[66] It is true that the immigration officer apparently did not submit the diploma to the RPD, as he should have under subsection 3(5) of the RPD Rules. Furthermore, the respondent contends that he only learned in June 2013 that his lawyer before the RPD had received a copy of that document in February 2013. However, that claim by itself is not enough to relieve the respondent of any responsibility. It is settled that an applicant must live with the consequences of the actions of his counsel: *Cove v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 266, at paragraphs 6 to 11. As the Federal Court noted in *Nagy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 640, at paragraph 60, “[t]here is a high threshold governing the circumstances and evidentiary criteria that must be met before the Court will grant relief under section 18.1 of the *Federal Courts Act* on the basis of the negligence of counsel.” See also: *Gomez Bedoya v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 505, at paragraph 19.

[67] In this respect, I would note that it is settled in Federal Court immigration jurisprudence that an allegation of professional incompetence of counsel will not be upheld if there is no evidence that a complaint has been filed with the competent authorities of the bar to which the counsel belongs or without an explanation personally issued by the professional involved: see as examples, *Odafé v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 1429, at paragraph 8; *Teganya v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 336, 386 F.T.R. 160, at paragraphs 26 to 37; *Dust Parast v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 660, at paragraph 11; *Yang v. Canada (Citizenship*

and in l’arrêt *Raza* pour interpréter le paragraphe 110(4); cette interprétation me paraît non seulement raisonnable mais également correcte. De même, la SAR pouvait raisonnablement conclure que le diplôme était inadmissible parce qu’il ne pouvait être considéré comme de la preuve nouvelle. Pour en arriver à cette conclusion, la SAR s’est essentiellement basée sur le fait que l’intimé avait accès au diplôme au moment de son audition devant la SPR le 2 avril 2013, puisqu’une copie en avait été transmise à son avocate par l’ASFC et qu’il lui était loisible d’en obtenir une copie de l’ASFC pour la déposer lui-même en preuve à la SPR.

[66] Il est vrai que l’agent d’immigration n’a apparemment pas remis à la SPR le diplôme, comme il se devait de le faire en vertu du paragraphe 3(5) des Règles de la SPR. L’intimé prétend par ailleurs n’avoir appris qu’en juin 2013 que son avocate devant la SPR avait reçu copie de ce document en février 2013. Cette allégation n’est cependant pas suffisante, en soi, pour décharger l’intimé de toute responsabilité. Il est bien établi qu’un demandeur doit vivre avec les conséquences des gestes posés par son avocat : *Cove c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2001 CFPI 266, aux paragraphes 6 à 11. Comme la Cour fédérale le soulignait dans l’arrêt *Nagy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 640, au paragraphe 60, « [l]a barre est très haute en ce qui a trait aux circonstances et à la preuve requise pour que la Cour puisse accorder une réparation en vertu de l’article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* pour cause de la négligence de l’avocat ». Voir aussi : *Gomez Bedoya c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CF 505, au paragraphe 19.

[67] À cet égard, je note que la jurisprudence de la Cour fédérale en matière d’immigration est constante à l’effet que l’on ne peut faire droit à une allégation de manquement professionnel à l’égard d’un avocat en l’absence de toute preuve démontrant qu’une plainte a été soumise aux autorités compétentes du barreau dont l’avocat relève ou d’une explication émanant personnellement du professionnel visé : voir, à titre d’illustrations, *Odafé c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 1429, au paragraphe 8; *Teganya c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 336, aux paragraphes 26 à 37; *Dust Parast c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2006 CF 660, au paragraphe 11; *Yang c.*

*and Immigration*), 2008 FC 269, at paragraphs 17 to 28. Indeed, the Federal Court adopted a protocol in March 2014 outlining the procedure when a party wishes to make such an allegation, and in particular setting out the obligation to send a notice to counsel who is the subject of the allegations that are to be made against him or her and invite him or her to provide a response that could be submitted to the Court (Procedural Protocol, *Re: Allegations Against Counsel or Other Authorized Representative in Citizenship, Immigration and Protected Person Cases before the Federal Court*, March 7, 2014).

[68] In this case, the Judge determined that it was unreasonable for the RAD to expect the applicant to know of the complaints procedure before the Barreau du Québec, much less be willing to attack the competence and ethics of his former counsel. I do not share that opinion. Not only does the Judge not cite any precedent to support her finding, but she also ignores the fact that the applicant was represented by experienced counsel before the RAD.

[69] In short, the RAD could reasonably conclude in the circumstances that the diploma did not constitute new evidence. This piece of evidence is not new; it was accessible to the respondent, and his lawyer had received a copy from the CBSA. Since the respondent had not raised the issue of his lawyer's incompetence nor lodged any complaint against her with the appropriate authorities, the RAD had no choice but to reject this evidence in accordance with subsection 110(4) of the IRPA.

[70] Lastly, the Judge invoked the possibility that inadmissibility of evidence could give rise to "serious issues of procedural equity" because a claimant who is deserving of a hearing could be refused one. In her opinion, such was the case here: "In the case at bar, the applicant was in fact denied a hearing because the 2002 school diploma was deemed inadmissible" (paragraph 53).

[71] However, as mentioned above, holding a hearing is not automatic simply because new evidence is admitted

*Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CF 269, aux paragraphes 17 à 28. De fait, la Cour fédérale a adopté un protocole en mars 2014 prescrivant la démarche à suivre lorsqu'une partie désire évoquer devant elle ce type d'allégation, et prévoit notamment l'obligation d'envoyer un avis écrit à l'avocat faisant état des reproches que l'on entend soulever à son endroit et l'invitant à fournir une réponse dont la Cour pourra éventuellement prendre connaissance (Protocole procédural, *Concernant les allégations formulées contre les avocats ou contre d'autres représentants autorisés au cours des instances de la Cour fédérale en matière de citoyenneté, d'immigration et de personnes à protéger*, 7 mars 2014).

[68] En l'occurrence, la juge a estimé qu'il n'était pas raisonnable de la part de la SAR de s'attendre à ce que le demandeur connaisse la procédure à suivre pour déposer une plainte au Barreau du Québec, et encore moins qu'il veuille mettre en doute la compétence et l'éthique professionnelle de cette avocate. Je ne peux me ranger à cet avis. Non seulement la juge ne cite-t-elle aucun précédent à l'appui de sa conclusion, mais au surplus elle ne tient pas compte du fait que le demandeur était représenté devant la SAR par un avocat expérimenté.

[69] Bref, la SAR pouvait raisonnablement conclure dans les circonstances que le diplôme ne constituait pas une preuve nouvelle. Cet élément de preuve n'est pas nouveau, il était accessible à l'intimé et son avocate en avait reçu copie de l'ASFC. L'intimé n'ayant pas soulevé l'incompétence de son avocate et n'ayant formulé aucune plainte contre elle auprès des autorités compétentes, la SAR n'avait d'autre option que de rejeter cette preuve conformément au paragraphe 110(4) de la LIPR.

[70] Enfin, la juge a invoqué la possibilité que l'inadmissibilité d'une preuve puisse impliquer de « graves questions d'équité procédurale » du fait qu'un demandeur pourrait être privé d'une audience alors qu'il y a droit. À son avis, tel était le cas ici : « En l'espèce, le demandeur s'est bel et bien fait refuser la tenue d'une audience parce que son diplôme d'études de 2002 a été jugé inadmissible » (paragraphe 53).

[71] Or, tel que mentionné plus haut, la tenue d'une audience n'est pas automatique dès lors qu'une nouvelle

before the RAD. This new evidence must still meet the three criteria set out in subsection 110(6) of the IRPA. In this case, there was not even an attempt to show how the diploma was determinative in establishing the respondent's credibility and how it would make up for the various shortcomings that the RPD identified in his testimony and that were confirmed by the RAD. It should be recalled that the RPD found that the respondent's narrative was deficient in several respects: he contradicted himself about precisely when his father had had a heart attack; neither his allegations of torture nor his father's purported medical condition are corroborated by the medical evidence; he presented as evidence fraudulent and altered documents; and he took no steps to obtain probative, acceptable documents with which to establish his identity. In light of all these factors, it is far from a given that the diploma would be essential in deciding the respondent's refugee protection claim and would warrant allowing this claim.

[72] Consequently, it cannot be assumed that admitting this document into evidence would have led to a hearing or that its rejection undermined procedural fairness. Nor can one invoke the possibility that a hearing might have resulted from the admission into evidence of the diploma to argue for a flexible interpretation of subsection 110(4): not only does holding a hearing in the present case seem highly theoretical, but the admissibility of a piece of evidence cannot be assessed by taking account of the consequences that could result for the purposes of applying subsection 110(6).

#### V. Conclusion

[73] For all the above reasons, I am of the opinion that the appeal should be allowed, that the Federal Court judgment should be set aside and that the RAD decision should be confirmed. Accordingly, the respondent is not a Convention refugee or a person in need of protection within the meaning of sections 96 and 97 of the IRPA.

[74] I would answer the two certified questions submitted to this Court as follows:

preuve est admise devant la SAR. Encore faut-il que cette nouvelle preuve satisfasse aux trois critères énoncés au paragraphe 110(6) de la LIPR. En l'occurrence, on n'a même pas tenté de démontrer en quoi le diplôme était déterminant pour établir la crédibilité de l'intimé et de quelle façon il viendrait pallier les diverses lacunes de son témoignage identifiées par la SPR et confirmées par la SAR. Faut-il le rappeler, la SPR a conclu que le récit de l'intimé était défaillant à plusieurs égards : il s'est contredit quant au moment précis où son père a été victime d'une attaque cardiaque, ni ses allégations de torture ni la condition médicale dans laquelle se trouverait son père ne sont corroborées par la preuve médicale, et il a présenté en preuve des documents frauduleux et altérés, en plus de ne faire aucune démarche pour obtenir des documents probants et acceptables permettant d'établir son identité. Compte tenu de tous ces facteurs, il est loin d'être acquis que le diplôme serait essentiel pour trancher la demande d'asile de l'intimé et justifierait que cette demande soit accordée.

[72] Par conséquent, on ne peut présumer que l'admission en preuve de ce document aurait entraîné une audience et que son rejet s'est traduit par un bris d'équité procédurale. L'on ne peut davantage arguer de la possibilité qu'une audience aurait pu découler de l'admission en preuve du diplôme pour plaider en faveur d'une interprétation souple du paragraphe 110(4) : non seulement la tenue d'une audience dans le cas présent apparaît-elle très théorique, mais au demeurant l'admissibilité d'une preuve ne saurait s'apprécier en tenant compte des conséquences qui pourraient en découler aux fins de l'application du paragraphe 110(6).

#### V. Conclusion

[73] Pour tous les motifs qui précèdent, je suis donc d'avis que l'appel devrait être accueilli, que le jugement de la Cour fédérale devrait être annulé, et que la décision de la SAR devrait être maintenue. Il en résulte que l'intimé n'a pas la qualité de réfugié au sens de la Convention ni de personne à protéger au sens des articles 96 et 97 de la LIPR.

[74] Je répondrais par ailleurs comme suit aux deux questions certifiées qui ont été soumises à cette Cour :

1. What standard of review should be applied by this Court when reviewing the Refugee Appeal Division's interpretation of subsection 110(4) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27?

Answer: The RAD's interpretation of subsection 110(4) of the IRPA must be reviewed in light of the reasonableness standard, in accordance with the presumption that an administrative agency's interpretation of its home statute should be shown deference by the reviewing court.

2. In considering the role of a pre-removal risk assessment officer and that of the Refugee Appeal Division of the Immigration and Refugee Board, sitting in appeal of a decision of the Refugee Protection Division, does the test set out in *Raza v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 385, 289 D.L.R. (4th) 675, for the interpretation of paragraph 113(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 apply to its subsection 110(4)?

Answer: To determine the admissibility of evidence under subsection 110(4) of the IRPA, the RAD must always ensure compliance with the explicit requirements set out in this provision. It was also reasonable for the RAD to be guided, subject to the necessary adaptations, by the considerations made by this Court in *Raza*. However, the requirement concerning the materiality of the new evidence must be assessed in the context of subsection 110(6), for the sole purpose of determining whether the RAD may hold a hearing.

NADON J.A.: I agree.

GAUTHIER J.A.: I agree.

1. Quelle norme de contrôle la Cour devrait-elle appliquer au moment d'examiner l'interprétation que fait la Section d'appel des réfugiés du paragraphe 110(4) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27?

Réponse : L'interprétation que fait la SAR du paragraphe 110(4) de la LIPR doit être révisée en appliquant la norme de la décision raisonnable, conformément à la présomption voulant que l'interprétation par un organisme administratif de sa loi constitutive fasse l'objet de déférence par la cour de révision.

2. Au moment d'examiner le rôle de l'agent d'examen des risques avant renvoi et celui de la Section d'appel des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié saisie de l'appel d'une décision de la Section de la protection des réfugiés, faut-il appliquer les critères énoncés dans l'arrêt *Raza c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CAF 385, pour l'interprétation de l'alinéa 113a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, au paragraphe 110(4) de cette loi?

Réponse : Pour déterminer l'admissibilité d'une preuve au regard du paragraphe 110(4) de la LIPR, la SAR doit toujours s'assurer que les exigences explicites prévues par cette disposition sont respectées. Il était également raisonnable pour la SAR de s'inspirer, en y apportant les adaptations nécessaires, des considérations dégagées par cette Cour dans l'arrêt *Raza*. L'exigence du caractère substantiel de la nouvelle preuve doit cependant s'apprécier dans le contexte du paragraphe 110(6), à la seule fin de déterminer si la SAR peut tenir une audience.

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

LA JUGE GAUTHIER, J.C.A. : Je suis d'accord.

A-481-15  
2016 FCA 79

A-481-15  
2016 CAF 79

**Nader Philippos** (*Appellant*)

**Nader Philippos** (*appelant*)

v.

c.

**Attorney General of Canada** (*Respondent*)

**Procureur général du Canada** (*intimé*)

**INDEXED AS: PHILIPPOS v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)**

**RÉPERTORIÉ : PHILIPPOS c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)**

Federal Court of Appeal, Stratas J.A.—Ottawa, March 9, 2016.

Cour d'appel fédérale, juge Stratas, J.C.A.—Ottawa, 9 mars 2016.

*Practice — Principles, criteria governing granting of leave to resurrect, continue discontinued proceeding — Minister of Transport cancelling appellant's transportation security clearance — Federal Court finding decision reasonable — Appellant appealing decision but discontinuing appeal soon afterward — Subsequently bringing motion seeking to resurrect, continue discontinued appeal — Whether motion should be granted — Only fundamental event striking at root of decision to discontinue warranting resurrection, continuation of discontinued proceeding — Court having to be satisfied that discontinued proceeding sought to be resurrected having reasonable prospect of success — Prejudice resulting from resurrected proceeding also needing to be considered — Appellant failing to show fundamental event striking at root of decision to discontinue; that appeal having reasonable prospect of success — Appeal destined to fail — Motion dismissed.*

*Pratique — Principes et critères régissant la délivrance d'une autorisation de faire revivre et de poursuivre une procédure ayant fait l'objet d'un désistement — Le ministre des Transports a annulé l'habilitation de sécurité en matière de transport de l'appellant — La Cour fédérale a conclu que la décision était raisonnable — L'appellant a interjeté appel, mais peu après, il s'est désisté — L'appellant a présenté par la suite une requête visant à faire revivre et à poursuivre son appel — Il s'agissait de savoir si la requête devrait être accordée — Seul un événement d'une importance fondamentale qui touche à l'essence de la décision de mettre fin à la procédure peut justifier qu'une procédure ayant fait l'objet d'un désistement revive et qu'elle suive son cours — La Cour doit être d'avis que la partie qui s'est désistée et qui cherche à faire revivre la procédure a des chances raisonnables d'avoir gain de cause — Il faut tenir compte du préjudice que pourrait causer la réouverture d'une affaire — L'appellant n'a pas établi qu'un événement d'une importance fondamentale a touché à l'essence de la décision de mettre fin à la procédure et qu'il avait des chances raisonnables d'avoir gain de cause en appel — L'appel était voué à l'échec — Requête rejetée.*

This was a motion by the appellant for an order allowing him to resurrect and continue a discontinued appeal.

Il s'agissait d'une requête de l'appellant en vue de solliciter une ordonnance l'autorisant à faire revivre et à poursuivre un appel dont il s'était désisté.

Upon learning that the appellant had attempted to export long guns on a trip to Sudan, the Minister of Transport cancelled the appellant's transportation security clearance to enter restricted areas at the Calgary International Airport. The Federal Court found the Minister's decision to be reasonable. The appellant appealed that decision but discontinued his appeal soon afterward.

Après avoir appris que l'appellant avait tenté d'exporter des armes d'épaule lors d'un voyage au Soudan, le ministre des Transports a annulé l'habilitation de sécurité en matière de transport de l'appellant qui l'autorisait à avoir accès aux zones réglementées de l'aéroport international de Calgary. La Cour fédérale a conclu que la décision du ministre était raisonnable. L'appellant a interjeté appel de cette décision, mais s'est désisté peu après.

At issue was whether the motion should be granted. More specifically, what are the principles and criteria that ought to

Il s'agissait de savoir si la requête devait être accordée. Plus précisément, il s'agissait de savoir quels sont les principes et



govern the granting of leave to resurrect and continue a discontinued proceeding.

*Held*, the motion should be dismissed.

Only some fundamental event that strikes at the root of the decision to discontinue can warrant the resurrection and continuation of a discontinued proceeding. Even where a fundamental event of that sort has happened, the Court must be satisfied that the discontinued proceeding sought to be resurrected has some reasonable prospect of success. There is neither sense nor judicial economy in resurrecting a discontinued proceeding destined to fail. The prejudice that may result if a discontinued proceeding is resurrected must also be considered. In the present case, the appellant failed to point to something that strikes at the root of his earlier decision to discontinue. The fact that he may have acted by mistake without appreciating the consequences of discontinuance is insufficient cause. The appellant also failed to show that his appeal had a reasonable prospect of success. Even if the appellant's new evidence was admitted and a reasonableness review of the decision of the Minister conducted, the appeal would still be destined to fail. The appellant offered nothing to suggest that the Federal Court of Appeal would disagree with the Federal Court's conclusion that the Minister's decision was reasonable.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18.4, 50.  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 4, 8, 165, 383, 384, 397, 398, 399.  
*United Nations Sudan Regulations*, SOR/2004-197.

#### CASES CITED

##### CONSIDERED:

*Marleau v. Canada (Attorney General)*, 2001 FCT 1208;  
*Warford v. Zyweck*, 2002 BCCA 221, 1 B.C.L.R. (4th) 41.

##### REFERRED TO:

*Mayne Pharma (Canada) Inc. v. Pfizer Canada Inc.*, 2007 FCA 1, 54 C.P.R. (4th) 353; *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626, (1998), 157 D.L.R. (4th) 385; *JP Morgan Asset*

les critères qui doivent régir la délivrance d'une autorisation de faire revivre et de poursuivre une procédure ayant fait l'objet d'un désistement.

*Jugement* : la requête doit être rejetée.

Seul un événement d'une importance fondamentale qui touche à l'essence de la décision de mettre fin à la procédure peut justifier qu'une procédure ayant fait l'objet d'un désistement revive et qu'elle suive son cours. Même lorsqu'un événement grave de cette nature s'est produit, la Cour doit être d'avis que la partie qui s'est désistée et qui cherche à faire revivre la procédure a des chances raisonnables d'avoir gain de cause. Faire revivre une procédure ayant fait l'objet d'un désistement lorsque celle-ci est vouée à l'échec n'aurait pas de sens et ce serait un gaspillage des ressources judiciaires. Il faut tenir compte du préjudice que pourrait causer la réouverture d'une affaire ayant fait l'objet d'un désistement. En l'espèce, l'appellant n'a pas invoqué quelque chose qui touche à l'essence de sa décision antérieure de se désister. Le fait qu'il ait pu commettre une erreur en n'appréciant pas correctement les conséquences d'un désistement ne justifie pas sa demande. L'appellant n'a pas non plus établi qu'il avait des chances raisonnables d'avoir gain de cause en appel. Même si la Cour devait admettre de nouveaux éléments de preuve de la part de l'appellant et apprécier le caractère raisonnable de la décision du ministre des Transports, l'appel serait voué à l'échec. L'appellant n'a fourni aucune raison à la Cour d'appel fédérale de ne pas souscrire à la conclusion de la Cour fédérale selon laquelle la décision du ministre était raisonnable.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.4, 50.  
*Règlement d'application des résolutions des Nations Unies sur le Soudan*, DORS/2004-197.  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 4, 8, 165, 383, 384, 397, 398, 399.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Marleau c. Canada (Procureur général)*, 2001 CFPI 1208; *Warford v. Zyweck*, 2002 BCCA 221, 1 B.C.L.R. (4th) 41.

##### DÉCISIONS CITÉES :

*Mayne Pharma (Canada) Inc. c. Pfizer Canada Inc.*, 2007 CAF 1; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626; *JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. c. Canada (Revenu*

*Management (Canada) Inc. v. Canada (National Revenue)*, 2013 FCA 250, [2014] 2 F.C.R. 557; *Canada (National Revenue) v. RBC Life Insurance Company*, 2013 FCA 50, 18 C.C.L.I. (5th) 263; *Canada (National Revenue) v. McNally*, 2015 FCA 195; *Mylan Pharmaceuticals ULC v. AstraZeneca Canada, Inc.*, 2011 FCA 312, 98 C.P.R. (4th) 235; *Audet v. Canada*, 2002 FCA 130, 289 N.R. 382; “Kronprinz” (1887), 12 A.C. 256, 56 L.T. 345 (H.L.); *Del Zotto v. Canada (Minister of National Revenue)*, [1996] 2 C.T.C. 22, (1996), 96 D.T.C. 6222 (F.C.A.); *Lifeview Emergency Services Ltd. v. Alberta Ambulance Operators’ Assn.* (1995), 64 C.P.R. (3d) 157, 101 F.T.R. 43 (F.C.T.D.); *Daniele v. Johnson*, 1999 CanLII 19921, 45 O.R. (3d) 498 (Div. Ct.); *Singh v. Street et al.*, 1990 CanLII 7820, 84 Sask. R. 161 (C.A.); *Neis v. Yancey*, 1999 ABCA 272 (CanLII), 250 A.R. 19; *Pacific Centre Ltd. v. Micro Base Development Corp.* (1990), 49 B.C.L.R. (2d) 218, 43 C.P.C. (2d) 302 (C.A.); *Teodorescu v. Canada (Public Service Staff Relations Board)*, [1993] F.C.J. No. 1124 (C.A.) (QL); *Ahmed v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] F.C.J. No. 55 (C.A.) (QL); *Canada (Attorney General) v. Hennelly*, 1999 CanLII 8190, 167 F.T.R. 158 (F.C.A.); *Williams v. The Personal Insurance Co. of Canada*, 2004 NSSC 73, 222 N.S.R. (2d) 270; *Canada (Attorney General) v. Larkman*, 2012 FCA 204, [2012] 4 C.N.L.R. 87; *Adam v. Ins. Corp. of B.C.*, 1985 CanLII 584, 66 B.C.L.R. 164 (C.A.); *Delios v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 117, 100 Admin. L.R. (5th) 301; *Bernard v. Canada (Revenue Agency)*, 2015 FCA 263, 479 N.R. 189; *Association of Universities and Colleges of Canada v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 FCA 22, 428 N.R. 297; *Canada (Transport, Infrastructure and Communities) v. Farwaha*, 2014 FCA 56, [2015] 2 F.C.R. 1006.

MOTION by the appellant for an order allowing him to resurrect and continue an appeal that he had discontinued. Motion dismissed.

#### WRITTEN REPRESENTATIONS

*Nader Philipos* on his own behalf.  
*James Elford* for respondent.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

*national*), 2013 CAF 250, [2014] 2 R.C.F. 557; *Canada (Revenu national) c. Compagnie d’assurance vie RBC*, 2013 CAF 50; *Canada (Revenu national) c. McNally*, 2015 CAF 195; *Mylan Pharmaceuticals ULC c. AstraZeneca Canada inc.*, 2011 CAF 312; *Audet c. Canada*, 2002 CAF 130; “Kronprinz” (1887), 12 A.C. 256, 56 L.T. 345 (H.L.); *Del Zotto c. Canada (Ministre du Revenu national)*, [1996] A.C.F. n° 294 (C.A.) (QL); *Lifeview Emergency Services Ltd. c. Alberta Ambulance Operators’ Assn.*, [1995] A.C.F. n° 1199 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Daniele v. Johnson*, 1999 CanLII 19921, 45 O.R. (3d) 498 (C. div.); *Singh v. Street et al.*, 1990 CanLII 7820, 84 Sask. R. 161 (C.A.); *Neis v. Yancey*, 1999 ABCA 272 (CanLII), 250 A.R. 19; *Pacific Centre Ltd. v. Micro Base Development Corp.* (1990), 49 B.C.L.R. (2d) 218, 43 C.P.C. (2d) 302 (C.A.); *Teodorescu c. Canada (Commission des relations de travail dans la Fonction publique)*, [1993] A.C.F. n° 1124 (C.A.) (QL); *Ahmed c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1990] A.C.F. n° 55 (C.A.) (QL); *Canada (Procureur général) c. Hennelly*, 1999 CanLII 8190, [1999] A.C.F. n° 846 (C.A.) (QL); *Williams v. The Personal Insurance Co. of Canada*, 2004 NSSC 73, 222 N.S.R. (2d) 270; *Canada (Procureur général) c. Larkman*, 2012 CAF 204; *Adam v. Ins. Corp. of B.C.*, 1985 CanLII 584, 66 B.C.L.R. 164 (C.A.); *Delios c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 117; *Bernard c. Canada (Agence du revenu)*, 2015 CAF 263; *Association des universités et collèges du Canada c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CAF 22; *Canada (Transports, Infrastructure et Collectivités) c. Farwaha*, 2014 CAF 56, [2015] 2 R.C.F. 1006.

REQUÊTE de l’appelant en vue de solliciter une ordonnance l’autorisant à faire revivre et à poursuivre un appel dont il s’était désisté. Requête rejetée.

#### OBSERVATIONS ÉCRITES

*Nader Philipos* pour son propre compte.  
*James Elford* pour l’intimé.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

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

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

[1] STRATAS J.A.: The appellant moves for an order allowing him to resurrect and continue an appeal that he had discontinued. For the reasons that follow, I dismiss the motion.

#### A. Background

[2] The appellant was a ramp agent at the Calgary International Airport. He held a transportation security clearance that allowed him to enter restricted areas at the airport.

[3] Upon learning of certain facts, the Minister of Transport cancelled the appellant's security clearance. The appellant challenged the cancellation by way of judicial review in the Federal Court. By judgment dated November 6, 2015, the Federal Court (*per* Fothergill J.) dismissed the judicial review.

[4] The appellant appealed the Federal Court's judgment to this Court by filing a notice of appeal. But soon afterward he discontinued his appeal.

[5] The appellant now wants to resurrect his appeal and continue it in this Court. So he moves for leave to do so.

[6] The parties have cited to the Court only one decision in the Federal Courts system setting out the criteria governing this motion: *Marleau v. Canada (Attorney General)*, 2001 FCT 1208. *Marleau* suggests (at paragraph 5) that a proceeding can be resurrected if a "valid reason" is stated. It says nothing more. *Marleau* is not binding upon this Court.

[7] I have discovered two decisions of this Court, cited below, that dismissed motions to resurrect proceedings. In each, the motion was dismissed because the moving party's proceeding was destined to fail. Neither decision sets out the general principles governing this sort of motion. In these reasons, I will develop some of the general principles.

[1] LE JUGE STRATAS, J.C.A. : L'appellant sollicite une ordonnance l'autorisant à faire revivre et à poursuivre un appel dont il s'est désisté. Pour les motifs exposés ci-dessous, je rejette la requête.

#### A. Contexte

[2] L'appellant était un agent de piste à l'aéroport international de Calgary. Il était titulaire d'une habilitation de sécurité en matière de transport qui l'autorisait à avoir accès aux zones réglementées de l'aéroport.

[3] Après avoir été mis au courant de certains faits, le ministre des Transports a annulé l'habilitation de sécurité de l'appellant. Ce dernier a contesté l'annulation par voie de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale. Par jugement, daté du 6 novembre 2015, la Cour fédérale (le juge Fothergill) a rejeté la demande de contrôle judiciaire.

[4] L'appellant a interjeté appel du jugement de la Cour fédérale devant notre Cour en déposant un avis d'appel au greffe de la Cour. Toutefois, peu après avoir déposé son avis d'appel, l'appellant s'est désisté.

[5] L'appellant souhaite maintenant faire revivre et poursuivre son appel. Il présente donc une demande d'autorisation à cette fin.

[6] Les parties ont invoqué une seule décision rendue dans le cadre du système des Cours fédérales énonçant le critère régissant la présente requête : *Marleau c. Canada (Procureur général)*, 2001 CFPI 1208. Il ressort de la décision *Marleau* (au paragraphe 5) qu'il faut un motif valable pour faire revivre une procédure. Elle ne dit rien de plus, et cette décision ne lie pas la Cour.

[7] J'ai repéré deux arrêts de notre Cour, auxquels je me réfère ci-dessous, qui rejettent des requêtes visant à faire revivre des procédures. Dans chaque cas, la requête a été rejetée parce que la procédure engagée par le requérant était vouée à l'échec. Ni l'un ni l'autre de ces arrêts n'énoncent les principes généraux régissant ce type de requête. Dans les présents motifs, je vais exposer certains d'entre eux.

## B. Opening considerations

[8] A party may discontinue all or part of a proceeding in the Federal Courts, including an appeal to this Court, by filing a notice of discontinuance: *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 [the Rules], rule 165. This is a unilateral act. One does not need the consent of opposing parties or leave from the Court to discontinue a proceeding, nor does one have to explain it: *Mayne Pharma (Canada) Inc. v. Pfizer Canada Inc.*, 2007 FCA 1, 54 C.P.R. (4th) 353. Upon discontinuance, the Court file is closed.

[9] The Rules do not expressly provide for the resurrection and continuance of a proceeding after discontinuance under rule 165. However, discontinuance is different from dismissal in that theoretically a party can resurrect and continue a discontinued proceeding or start a new proceeding. By providing for discontinuance under rule 165, impliedly the Rules permit a party to pursue those options.

[10] Here, the appellant has brought a motion seeking to resurrect and continue his appeal. He was correct to do so. When the appellant discontinued his appeal, the Court file was closed. Leave must be sought from the Court to reopen its file. The Federal Courts are armed with plenary powers that allow them to regulate the integrity of their own processes, including regulating the opening and closing of their own files: *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626, at paragraphs 35–38; *JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. v. Canada (National Revenue)*, 2013 FCA 250, [2014] 2 F.C.R. 557, at paragraph 92; *Canada (National Revenue) v. RBC Life Insurance Company*, 2013 FCA 50, 18 C.C.L.I. (5th) 263, at paragraphs 35 and 36; *Canada (National Revenue) v. McNally*, 2015 FCA 195, at paragraphs 8 and 9.

[11] Given that the *Federal Courts Rules* do not explicitly speak to the issue of granting leave to resurrect and

## B. Observations préliminaires

[8] Une partie peut se désister de tout ou partie d'une procédure devant les Cours fédérales, y compris un appel devant notre Cour, en déposant un avis de désistement : *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 [les Règles], règle 165. Il s'agit d'un acte unilatéral. Il n'est pas nécessaire d'obtenir le consentement des parties adverses ou l'autorisation de la Cour pour se désister d'une procédure, ni de fournir des explications à l'appui : *Mayne Pharma (Canada) Inc. c. Pfizer Canada Inc.*, 2007 CAF 1. Une fois le désistement déposé, le dossier de la Cour est fermé.

[9] Les Règles ne prévoient pas expressément la possibilité de faire revivre une procédure et qu'il y soit donné suite après le dépôt du désistement visé à la règle 165. Toutefois, un désistement se distingue d'un rejet dans la mesure où, en théorie, une partie peut faire revivre et poursuivre une procédure dont elle s'est désistée ou engager une nouvelle procédure. Le désistement prévu à la règle 165 suppose implicitement qu'une partie peut se prévaloir de l'une ou de l'autre de ces possibilités.

[10] En l'espèce, l'appelant a présenté une requête visant à faire revivre et à poursuivre son appel. Il a eu raison de procéder de cette façon. Lorsque l'appelant s'est désisté de son appel, le dossier de la Cour a été fermé. Il est nécessaire que l'appelant obtienne l'autorisation de la Cour pour rouvrir son dossier. Les Cours fédérales ont plein pouvoir pour adopter des règles visant à préserver l'intégrité de leurs propres processus, y compris le processus de fermeture et d'ouverture de leurs dossiers : *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626, aux paragraphes 35 à 38; *JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. c. Canada (Revenu national)*, 2013 CAF 250, [2014] 2 R.C.F. 557, au paragraphe 92; *Canada (Revenu national) c. Compagnie d'assurance vie RBC*, 2013 CAF 50, aux paragraphes 35 et 36; *Canada (Revenu national) c. McNally*, 2015 CAF 195, aux paragraphes 8 et 9.

[11] Étant donné que les *Règles des Cours fédérales* ne traitent pas expressément de la possibilité de

continue a discontinued proceeding, where can we find the governing principles?

[12] Rule 4—frequently called the “gap rule”—provides that where the *Federal Courts Rules* do not speak to a procedure, we can look by analogy to other rules. Here this is a fruitful avenue of inquiry. Discontinuance of a proceeding is just one of five things that can happen to proceedings under the *Federal Courts Rules*. By analogizing or comparing discontinuance with these things, a spectrum emerges. This spectrum sheds light on the principles that ought to govern the granting of leave to resurrect and continue a discontinued proceeding.

C. Discontinuance and other things that can happen to proceedings

[13] Five things can happen to proceedings once they are started:

- *Self-regulation.* Parties can pursue the steps open to them within the time permitted by the *Federal Courts Rules* to get their cases ready for hearing. The parties have every expectation that their cases will proceed through to determination.
- *Court regulation.* At the behest of a party, the Court can schedule steps within the proceedings or the proceedings themselves, expediting or slowing them down: rule 8. Proceedings can also be managed by the Court: rules 383 and 384. Despite the involvement of the Court through scheduling or management, the parties still have every expectation that their cases will proceed through to determination.

permettre qu’une procédure ayant fait l’objet d’un désistement revive et suive son cours, la question se pose de savoir quelle est la source des principes applicables en la matière.

[12] La règle 4 des Règles — souvent appelé « règle des lacunes » — dispose qu’en cas de silence des *Règles des Cours fédérales*, la Cour peut déterminer la procédure applicable par analogie avec d’autres règles. Il est utile en l’espèce de procéder de cette façon. Le désistement n’est qu’une des cinq choses qui peuvent se produire dans le cadre d’une procédure régie par les *Règles des Cours fédérales*. Si l’on procède par comparaison ou par analogie entre le désistement et ces autres choses, on constate qu’il existe un éventail de possibilités. Cela jette de la lumière sur les principes qui devraient régir la délivrance d’une autorisation de faire revivre et de poursuivre une procédure ayant fait l’objet d’un désistement.

C. Le désistement et les autres voies que peut emprunter une procédure

[13] Une fois entamée, une procédure peut suivre cinq voies :

- *Autoréglementation.* Les parties peuvent faire les démarches qui s’offrent à elles dans les délais prescrits par les *Règles des Cours fédérales* de façon à faire en sorte que leur dossier soit prêt pour audition. Les parties ont toutes les raisons de s’attendre à ce que la procédure fasse l’objet d’une décision.
- *Règles de la Cour.* À la demande d’une partie, la Cour peut établir le calendrier des diverses étapes de la procédure ou de l’audition de l’affaire en tant que telle, de façon à accélérer ou à ralentir le processus : règle 8. La procédure peut aussi faire l’objet d’une gestion de l’instance : règles 383 et 384. Bien que la Cour intervienne dans l’établissement de l’échéancier ou dans la gestion de l’instance, là encore, les parties ont toutes les raisons de s’attendre à ce que la procédure fasse l’objet d’une décision.

- *Suspension.* Proceedings can be suspended through the issuance of a stay under section 50 of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7; *Mylan Pharmaceuticals ULC v. AstraZeneca Canada, Inc.*, 2011 FCA 312, 98 C.P.R. (4th) 235. A stay expires according to the terms set by the Court. Unless the stay is renewed or the proceeding is dismissed, the proceeding resumes after the expiration of a stay. While a stay is in place, the proceeding still subsists and so the parties must have every expectation that their cases will proceed through to determination.
- *Discontinuance.* This is more than suspension. Discontinuance terminates the proceeding and closes the Court file. After the unilateral filing of a notice of discontinuance under rule 165, parties need not take any further steps. Discontinuance is not a determination on the merits, so it does not trigger the bar against relitigation expressed by the doctrine of *res judicata*. Theoretically, a party may start a new proceeding concerning the same subject matter: *Audet v. Canada*, 2002 FCA 130, 289 N.R. 382; *The “Kronprinz”* (1887), 12 A.C. 256 (H.L.). And theoretically a party can resurrect and continue a discontinued proceeding, as the appellant seeks to do here. But unlike a stay, the unilateral filing of a notice of discontinuance tells everyone they can regard the proceeding as over.
- *Determination.* The Court may determine proceedings in certain interlocutory motions or upon hearing the merits of the application, action or appeal, as the case may be. The matter is then final, subject to an appeal to a higher court and subject to a brief, limited jurisdiction of the Court to fix slips or errors (rule 397) or set aside or vary the order or judgment where there are markedly changed circumstances (rule 398 and see, e.g., *Del Zotto v. Canada (Minister of National Revenue)*, [1996] 2 C.T.C. 22 (F.C.A.), at paragraph 12). A determination may also be set aside where there is a fundamental failure of natural justice or fraud (rule 399). Following determination, the proceeding is over and the Court file is closed. After the
- *Suspension.* Une procédure peut être suspendue en vertu de l’article 50 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7; *Mylan Pharmaceuticals ULC c. AstraZeneca Canada inc.*, 2011 CAF 312. Une suspension prend fin conformément aux modalités fixées par la Cour. À moins que la suspension soit renouvelée ou que la procédure soit rejetée, l’instance reprend son cours après l’expiration de la suspension. Pendant la suspension, la procédure continue d’exister, de sorte que les parties sont en droit de s’attendre à ce que la procédure fasse l’objet d’une décision.
- *Désistement.* Le désistement est plus qu’une suspension. Il met fin à la procédure et entraîne la fermeture du dossier. Après le dépôt unilatéral d’un avis de désistement suivant la règle 165, les parties n’ont pas à prendre d’autres mesures. Le désistement n’est pas une décision sur le fond, de sorte qu’il n’emporte pas interdiction de la remise en cause découlant du principe de la chose jugée. En théorie, une partie peut engager une nouvelle procédure portant sur le même objet : *Audet c. Canada*, 2002 CAF 130; “*Kronprinz*” (1887), 12 A.C. 256 (H.L.). Et, en théorie, une partie peut faire revivre et poursuivre la procédure ayant fait l’objet d’un désistement, comme l’appelant cherche à le faire en l’espèce. Toutefois, par contraste avec la suspension, le dépôt unilatéral d’un avis de désistement envoie le message qu’il a été mis fin à la procédure.
- *Détermination.* La Cour peut se prononcer sur une procédure dans le cadre de certaines requêtes interlocutoires ou après audition de la demande, de l’action ou de l’appel sur le fond, selon le cas. La décision de la Cour est définitive, sous réserve d’un appel devant un tribunal d’instance supérieure et du pouvoir limité, dont la Cour dispose pour une courte période de temps, de remédier à des oublis ou à des erreurs (règle 397), ou d’annuler ou de modifier une ordonnance ou un jugement lorsqu’il y a eu des changements importants dans les circonstances (règle 398 et, voir par ex., *Del Zotto c. Canada (Ministre du Revenu national)*, [1996] A.C.F. n° 294 (C.A.) (QL), au paragraphe 12). Une décision peut aussi être annulée

time for bringing any appeals has expired, later proceedings concerning the same subject matter will be struck according to the doctrine of *res judicata*.

[14] This spectrum shows that there is very little difference between discontinuance and determination. Both discontinuance and determination are terminations meant to be final. Both close the Court file. Both engender expectations of finality.

[15] One difference, mentioned above, is the theoretical possibility that after discontinuance a new proceeding can be brought concerning the subject matter of the discontinued proceeding. But that is not so realistic a possibility. An attempt to start a new proceeding may be met with, for example, a motion to strike based on the expiration of a statutory limitation period or an abuse of process (see, e.g., *Lifeview Emergency Services Ltd. v. Alberta Ambulance Operators' Assn.* (1995), 64 C.P.R. (3d) 157 (F.C.T.D.), at paragraph 13), or the unavailability of an order granting an extension of time when an extension is needed, as in the case of applications for judicial review.

[16] These considerations underscore the point that discontinuances are not suspensions but rather terminations with consequences. This tells us much about the criteria that must be applied when a party seeks to resurrect and continue a discontinued proceeding.

D. The criteria for allowing a discontinued proceeding to be resurrected and continued

[17] Finality matters. Discontinuance is an economical procedure for terminating proceedings that are no longer in dispute or worthy of prosecution. If expectations of finality engendered by discontinuance are not enforced

lorsqu'une erreur fondamentale a été commise du fait qu'un principe de justice naturelle n'a pas été observé ou s'il y a eu fraude (règle 399). Après le prononcé de la décision, la procédure est terminée et le dossier de la Cour est fermé. Une fois le délai pour interjeter appel expiré, les procédures subséquentes visant le même objet seront radiées sur le fondement du principe de la chose jugée.

[14] Cet éventail de possibilités montre qu'il n'y a guère de différences entre un désistement et une décision sur le fond. Tant le désistement que la décision sont censés mettre fin de façon définitive à la procédure. Les deux entraînent la fermeture du dossier. Dans les deux cas, on s'attend à ce que le dossier ait été réglé de façon définitive.

[15] Une des différences relevées ci-dessus tient au fait qu'il est en théorie possible qu'après le désistement une nouvelle procédure portant sur le même objet soit engagée. Toutefois, ce scénario n'est guère réaliste. Une tentative en ce sens pourrait donner lieu, par exemple, à une requête en radiation, fondée sur l'expiration d'un délai de prescription prévue par la loi ou pour cause d'abus de procédure (voir par ex., *Lifeview Emergency Services Ltd. c. Alberta Ambulance Operators' Assn.*, [1995] A.C.F. n° 1199 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), au paragraphe 13), ou à un refus, lorsqu'une prolongation est nécessaire, de proroger un délai, notamment dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire.

[16] Mes observations mettent en relief le fait qu'un désistement n'est pas une suspension, mais plutôt une mesure mettant fin à une instance et portant à conséquence. Cela nous éclaire sur les principes devant être appliqués lorsqu'une partie cherche à faire revivre et à poursuivre une procédure ayant fait l'objet d'un désistement.

D. Le critère à satisfaire pour justifier l'autorisation de faire revivre et de poursuivre une procédure

[17] Questions relatives au caractère définitif. Le désistement est une procédure peu coûteuse permettant de mettre fin à une procédure qui ne fait plus l'objet d'un différend ou à laquelle il ne vaut pas la peine de

strictly and discontinuances can be easily reversed, there will be no economy. Opposing parties will have no choice but to continue to incur expenses, collect evidence and prepare arguments for hearing in case the proceeding resumes one day. Discontinuance would become nothing more than a form of suspending proceedings much akin to a stay.

[18] Determinations are not lightly reversed; the same should be so for discontinuances. Those who decide to unilaterally discontinue decide not to suspend their proceeding but to terminate it. They should be held to their decision. Only circumstances that strike at the root of the decision to discontinue can allow a discontinued proceeding to be resurrected and continued.

[19] The case law of other jurisdictions supports these observations and allows for the resurrection and continuation of discontinued proceedings only in exceptional circumstances: see, e.g., *Daniele v. Johnson*, 1999 CanLII 19921, 45 O.R. (3d) 498 (Div. Ct.), at paragraph 21; *Singh v. Street et al.*, 1990 CanLII 7820, 84 Sask. R. 161 (C.A.), at paragraph 14; *Neis v. Yancey*, 1999 ABCA 272 (CanLII), 250 A.R. 19, at paragraph 23. The British Columbia Court of Appeal, typical of courts across Canada, has suggested that a discontinued proceeding can almost never be resurrected (*Warford v. Zyweck*, 2002 BCCA 221, 1 B.C.L.R. (4th) 41, at paragraph 3; see also *Pacific Centre Ltd. v. Micro Base Development Corp.*, 1990 CanLII 1985, 49 B.C.L.R. (2d) 218 (C.A.), at paragraph 19):

.... Because there should be an expectation of finality flowing from the filing of a notice of discontinuance or abandonment, such a step is a serious matter from which, in the absence of exceptional circumstances of a compelling nature, the court will not relieve the appellant.

[20] Only some fundamental event that strikes at the root of the decision to discontinue can warrant the resurrection and continuation of a discontinued proceeding.

donner suite. Si les attentes concernant le caractère définitif que suscite un désistement ne sont pas prises en compte de manière stricte et que les désistements peuvent être facilement annulés, aucune économie ne sera réalisée. Les parties adverses se verront obligées de continuer à engager des frais, à recueillir des éléments de preuve et à préparer des arguments en vue d'une éventuelle audition. Le désistement ne deviendrait rien de plus qu'une forme de procédure de sursis s'apparentant à la suspension.

[18] Les décisions ne sont pas annulées à la légère; il devrait en être de même pour les désistements. Ceux qui décident de déposer un désistement unilatéral choisissent de ne pas suspendre leur procédure, mais plutôt d'y mettre fin. Ils devraient être liés par leur décision. Seules des circonstances qui touchent l'essence de la décision de se désister de la procédure peuvent justifier qu'on la fasse revivre et qu'elle se poursuive.

[19] La jurisprudence d'autres ressorts appuie ces observations et selon celle-ci il est permis de faire revivre et de donner suite à une procédure ayant fait l'objet d'un désistement seulement dans des circonstances exceptionnelles : voir par ex. *Daniele v. Johnson*, 1999 CanLII 19921, 45 O.R. (3d) 498 (C. div.), au paragraphe 21; *Singh v. Street et al.*, 1990 CanLII 7820, 84 Sask. R. 161 (C.A.), au paragraphe 14; *Neis v. Yancey*, 1999 ABCA 272 (CanLII), 250 A.R. 19, au paragraphe 23. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique, à l'instar des autres tribunaux canadiens, a indiqué qu'on ne peut pratiquement jamais faire revivre une procédure ayant fait l'objet d'un désistement (*Warford v. Zyweck*, 2002 BCCA 221, 1 B.C.L.R. (4th) 41, au paragraphe 3; voir également l'arrêt *Pacific Centre Ltd. v. Micro Base Development Corp.*, 1990 CanLII 1985, 49 B.C.L.R. (2d) 218 (C.A.), au paragraphe 19) :

[TRADUCTION] [...] Étant donné que le dépôt d'un désistement ou l'abandon d'une procédure devrait justifier qu'on y attache un caractère définitif, cette mesure est une mesure lourde de conséquences, et la cour ne permettra pas, en l'absence de circonstances exceptionnelles et pressantes, à l'appelant d'y échapper.

[20] Seul un événement d'une importance fondamentale qui touche à l'essence de la décision de mettre fin à la procédure peut justifier qu'une procédure ayant fait



Examples include the procurement of discontinuance by fraud, mental incapacity of the party at the time of discontinuance, or repudiation of a settlement agreement that required a proceeding to be discontinued.

[21] Even where a fundamental event of that sort has happened, we must be satisfied that the discontinued proceedings sought to be resurrected have some reasonable prospect of success. There is neither sense nor judicial economy in resurrecting a discontinued proceeding destined to fail. Twice we have refused to allow a discontinued proceeding to be resurrected because it did not have a reasonable prospect of success: *Teodorescu v. Canada (Public Service Staff Relations Board)*, [1993] F.C.J. No. 1124 (C.A.) (QL), at paragraph 14; *Ahmed v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] F.C.J. No. 55 (C.A.) (QL), at paragraph 2. This requirement is akin to our insistence that a party seeking an extension of time to bring an appeal demonstrate that it has some reasonable prospect of success: *Canada (Attorney General) v. Hennelly*, 1999 CanLII 8190, 167 F.T.R. 158 (F.C.A.).

[22] Further, we must also consider the prejudice that may result if a discontinued proceeding is resurrected. For example, someone might have taken significant steps relying on a discontinuance, such as carrying out obligations under a trial judgment after the appeal from that judgment has been discontinued: *Warford v. Zyweck*, 2002 BCCA 221, 1 B.C.L.R. (4th) 41 [cited above], at paragraph 7. Prejudice can also result from the destruction of files, the cessation of evidence collection or the disappearance of witnesses: *Williams v. The Personal Insurance Company of Canada*, 2004 NSSC 73, 222 N.S.R. (2d) 270, at paragraphs 15–20. In the case of applications for judicial reviews and appeals therefrom, the public interest requires prompt prosecution and determination: *Canada (Attorney General) v. Larkman*, 2012 FCA 204, [2012] 4 C.N.L.R. 87, at paragraphs 86–89; *Federal Courts Act*, above, section 18.4. The categories of prejudice are not closed: other

l'objet d'un désistement revive et qu'elle suive son cours, notamment l'obtention d'un désistement par la fraude ou en raison de l'incapacité mentale de la partie concernée au moment du désistement, ou la répudiation d'un règlement amiable qui nécessitait qu'une procédure fasse l'objet d'un désistement.

[21] Même lorsqu'un événement grave de cette nature s'est produit, la Cour doit être d'avis que la partie qui s'est désistée et qui cherche à faire revivre la procédure a des chances raisonnables d'avoir gain de cause. Faire revivre une procédure ayant fait l'objet d'un désistement lorsque celle-ci est vouée à l'échec n'aurait pas de sens et ce serait un gaspillage des ressources judiciaires. Notre Cour a refusé à deux occasions de permettre que des procédures ayant fait l'objet d'un désistement soient rouvertes parce qu'on ne pouvait raisonnablement s'attendre à ce qu'elles soient accueillies : *Teodorescu c. Canada (Commission des relations de travail dans la Fonction publique)*, [1993] A.C.F. n° 1124 (C.A.) (QL), au paragraphe 14; *Ahmed c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] A.C.F. n° 55 (C.A.) (QL), au paragraphe 2. Cette exigence s'apparente à l'insistance de la Cour pour que la partie qui demande une prorogation du délai pour former un appel établisse qu'elle a des chances raisonnables d'avoir gain de cause : *Canada (Procureur général) c. Hennelly*, 1999 CanLII 8190 (C.A.F.).

[22] De plus, nous devons tenir compte du préjudice que pourrait causer la réouverture d'une affaire ayant fait l'objet d'un désistement. Ainsi, une partie pourrait avoir pris d'importantes mesures par suite d'un désistement, par exemple, exécuter des obligations découlant d'un jugement de première instance après désistement de l'appel interjeté à l'encontre de ce jugement : *Warford v. Zyweck*, 2002 BCCA 221, 1 B.C.L.R. (4th) 41 [précité], au paragraphe 7. Une partie pourrait aussi subir un préjudice en raison de la destruction de certains dossiers, du fait d'avoir cessé de recueillir des éléments de preuve ou en raison de la disparition de certains témoins : *Williams v. The Personal Insurance Co. of Canada*, 2004 NSSC 73, 222 N.S.R. (2d) 270, aux paragraphes 15 à 20. Dans le cas de demandes de contrôle judiciaire et d'appels en découlant, l'intérêt public exige qu'on assure la célérité de la poursuite et du jugement : *Canada (Procureur général) c. Larkman*, 2012 CAF 204,

types of prejudice may cause the Court to exercise its discretion against allowing a party to resurrect a discontinued proceeding.

[23] I do not foreclose the possibility that other considerations might foreclose resurrection of a discontinued proceeding. The Federal Courts have a plenary power to manage their practices and procedures, police the conduct of proceedings, and prevent abuses of their processes. That power stands ready to be exercised judicially whenever called for.

#### E. Applying the criteria to this case

[24] The appellant's motion must be dismissed. He discontinued his appeal of his own volition. Thus, he must point to something that strikes at the root of his earlier decision to discontinue. He has not done so. Instead, he seems to have had merely a change of heart.

[25] The appellant submits that he discontinued his appeal without legal advice. The fact that he may have acted by mistake without appreciating the consequences of discontinuance is insufficient cause: *Adam v. Ins. Corp. of B.C.*, 1985 CanLII 584, 66 B.C.L.R. 164 (C.A.), at paragraphs 24–26. The respondent was entitled to rely upon the discontinuance and the expectations of finality it engendered.

[26] The appellant has also failed to show that his appeal has a reasonable prospect of success. In his notice of appeal, the appellant advances two grounds of appeal:

- (1) The Federal Court erred in refusing to admit evidence into the judicial review that was not before the Minister when he made his decision. This is destined to fail based on the well-settled law of this Court: *Delios v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 117, 100 Admin. L.R. (5th) 301, at paragraphs 41–46; *Bernard v. Canada (Revenu*

aux paragraphes 86 à 89; *Loi sur les Cours fédérales*, précitée, article 18.4. Les catégories de préjudice ne sont pas limitatives : d'autres types de préjudice peuvent conduire la Cour à exercer son pouvoir discrétionnaire de refuser de faire renaître une procédure ayant fait l'objet d'un désistement.

[23] Je n'exclus pas la possibilité que d'autres considérations puissent empêcher de faire renaître une procédure ayant fait l'objet d'un désistement. Les Cours fédérales ont plein pouvoir de gérer leurs pratiques et leurs procédures, de surveiller le déroulement des procédures et de prévenir les abus de procédure. Elles peuvent exercer ce pouvoir judiciairement chaque fois que les circonstances s'y prêtent.

#### E. Application du critère à la présente espèce

[24] La requête de l'appelant doit être rejetée. Il s'est désisté de son appel de son propre chef. Il devait donc invoquer quelque chose qui touche à l'essence de sa décision antérieure de se désister. Il ne l'a pas fait. Il semble plutôt avoir simplement changé d'idée.

[25] L'appelant fait valoir qu'il s'est désisté de son appel sans avoir au préalable obtenu d'avis juridique. Le fait qu'il ait pu commettre une erreur en ne pas appréciant correctement les conséquences d'un désistement ne justifie pas sa demande : *Adam v. Ins. Corp. of B.C.*, 1985 CanLII 584, 66 B.C.L.R. 164 (C.A.), aux paragraphes 24 à 26. L'intimé était en droit de se fier au désistement et de compter sur le principe du caractère définitif des jugements qu'il a fait entrer en jeu.

[26] L'appelant n'a pas non plus établi qu'il avait des chances raisonnables d'avoir gain de cause en appel. Dans son avis d'appel, l'appelant a soulevé deux motifs d'appel :

- 1) La Cour fédérale a commis une erreur en refusant d'admettre des éléments de preuve dans le cadre de la demande de contrôle judiciaire dont ne disposait pas le ministre au moment où il a pris sa décision. Cet argument est voué à l'échec compte tenu de la jurisprudence bien établie de notre Cour : *Delios c. Canada (Procureur général)*,

*Agency*), 2015 FCA 263, 479 N.R. 189; *Association of Universities and Colleges of Canada v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 FCA 22, 428 N.R. 297, at paragraphs 18–26.

- (2) The Federal Court had no jurisdiction to order the matter “back to Transport Canada for review”. This is destined to fail because the Federal Court ordered no such thing. The Federal Court simply dismissed the appellant’s application for judicial review.

[27] Although the notice of appeal does not raise any other grounds, even if this Court were to admit the new evidence and conduct a reasonableness review of the decision of the Minister of Transport, this appeal would still be destined to fail.

[28] The Minister of Transport cancelled the appellant’s security clearance upon learning that he had attempted to export two long guns on a trip to Sudan. The appellant says that he intended to hunt wildlife while on vacation in Sudan and was assured by Canadian authorities that he would be given an export permit for the guns. But the documentary evidence shows that he applied for an export permit only after he had exported the guns. As well, his application had no chance of succeeding because of the prohibition against exporting guns to Sudan: *United Nations Sudan Regulations*, SOR/2004-197.

[29] The Minister of Transport began proceedings for cancellation of the appellant’s security clearance on these facts—well-established and uncontested in the evidence—based on his loss of trust in the appellant’s judgment, trustworthiness and reliability. In response, the appellant offered items that the Minister found were insufficient to regain his trust: the appellant’s Sudanese passport, the appellant’s Sudanese firearms license, a letter from U.S. Customs (which intercepted the guns) confirming that a sizable amount of cash and a pistol grip had been returned to him, and a release agreement

2015 CAF 117, aux paragraphes 41 à 46; *Bernard c. Canada (Agence du revenu)*, 2015 CAF 263; *Association des universités et collèges du Canada c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CAF 22, aux paragraphes 18 à 26.

- 2) La Cour fédérale n’avait pas le pouvoir de [TRADUCTION] « renvoyer [l’affaire] à Transports Canada pour examen ». Cet argument est voué à l’échec parce que la Cour fédérale n’a pas rendu d’ordonnance en ce sens. Elle a simplement rejeté la demande de contrôle judiciaire de l’appelant.

[27] Bien que l’avis d’appel ne soulève pas d’autres motifs d’appel, même si la Cour devait admettre de nouveaux éléments de preuve et apprécier le caractère raisonnable de la décision du ministre des Transports, l’appel serait voué à l’échec.

[28] Le ministre des Transports a annulé l’habilitation de sécurité de l’appelant après avoir appris qu’il avait tenté d’exporter deux armes d’épaule lors d’un voyage au Soudan. L’appelant affirme qu’il avait l’intention d’aller à la chasse aux animaux sauvages pendant ses vacances au Soudan et qu’il avait obtenu l’assurance des autorités canadiennes qu’il allait obtenir un permis d’exportation pour les armes en question. Toutefois, les éléments de preuve documentaire montrent qu’il a présenté une demande de permis d’exportation seulement après avoir exporté les armes. De plus, sa demande n’avait aucune chance d’être accueillie étant donné qu’il est interdit d’exporter des armes au Soudan : *Règlement d’application des résolutions des Nations Unies sur le Soudan*, DORS/2004-197.

[29] Le ministre des Transports a engagé une procédure en vue de faire annuler l’habilitation de sécurité de l’appelant, sur le fondement des faits susmentionnés — bien établis et non contestés suivant la preuve —, parce qu’il avait perdu confiance dans le jugement, la loyauté et la fiabilité de l’appelant. En réponse, l’appelant a présenté des éléments de preuve que le ministre a jugé insuffisants pour rétablir sa confiance : son passeport soudanais, son permis d’armes à feu soudanais, une lettre du service des douanes américaines (qui a saisi les armes) confirmant qu’une importante somme d’argent

between the appellant and U.S. authorities regarding the return of seized items.

[30] The Federal Court, noting the highly discretionary nature of security clearance cancellations, found the Minister's decision to be reasonable. The standard of review is the deferential standard of reasonableness and this Court has found that the Minister's margin of appreciation when granting and cancelling security clearances is high: *Canada (Transport, Infrastructure and Communities) v. Farwaha*, 2014 FCA 56, [2015] 2 F.C.R. 1006. In his motion, the appellant offers nothing whatsoever to suggest that this Court will disagree with the Federal Court's conclusion that the Minister's decision was reasonable.

[31] The new evidence that the Federal Court properly refused to admit consists of a copy of the appellant's Canadian firearms licence, an incomplete application for an export permit, and an affidavit disclosing the origin of the cash seized by the U.S. authorities—matters that would not affect the outcome of reasonableness review.

[32] Therefore, the motion will be dismissed. Given the appellant's circumstances and the novelty of the issues in this motion, quite fairly the respondent has not asked for costs. So none will be awarded.

et une poignée-pistolet lui avaient été rendues, et une entente de mainlevée conclue entre l'appelant et les autorités américaines concernant la remise des biens saisis.

[30] Après avoir fait remarquer que la décision de délivrer une habilitation de sécurité est de nature hautement discrétionnaire, la Cour fédérale a conclu que la décision du ministre était raisonnable. La norme de contrôle applicable est la norme déférente de la décision raisonnable et notre Cour a conclu que le ministre jouit d'une grande marge d'appréciation lorsqu'il accorde ou annule une habilitation de sécurité : *Canada (Transports, Infrastructure et Collectivités) c. Farwaha*, 2014 CAF 56, [2015] 2 R.C.F. 1006. Dans sa requête, l'appelant ne nous fournit aucune raison de ne pas souscrire à la conclusion de la Cour fédérale selon laquelle la décision du ministre est raisonnable.

[31] Les nouveaux éléments de preuve que la Cour fédérale a à juste titre refusé d'admettre en preuve consistent en une copie du permis d'arme à feu canadien de l'appelant, une demande incomplète visant à obtenir un permis d'exportation et un affidavit faisant état de l'origine des sommes d'argent saisies par les autorités américaines; il s'agit là d'éléments de preuve qui ne sont pas de nature à avoir une incidence sur l'issue d'un examen effectué selon la norme du caractère raisonnable.

[32] Pour ces motifs, la requête sera rejetée. Compte tenu de la situation de l'appelant et du caractère inédit des questions soulevées dans la présente requête, l'intimé n'a pas, avec raison, demandé les dépens, de sorte qu'aucuns ne seront adjugés.

T-911-14  
T-912-14  
2016 FC 448

T-911-14  
T-912-14  
2016 CF 448

**The Information Commissioner of Canada and Daphné Cameron** (*Applicants*)

**La commissaire à l'information du Canada et Daphné Cameron** (*demandereses*)

v.

c.

**The Minister of Transport** (*Respondent*)

**Le ministre des Transports du Canada** (*défendeur*)

**INDEXED AS: CANADA (INFORMATION COMMISSIONER)  
v. CANADA (TRANSPORT)**

**RÉPERTORIÉ : CANADA (COMMISSAIRE À L'INFORMATION)  
c. CANADA (TRANSPORTS)**

Federal Court, Noël J.—Ottawa, January 20, 21 and April 20, 2016.

Cour fédérale, juge Noël—Ottawa, 20, 21 janvier et 20 avril 2016.

*Access to Information — Judicial review of decision by Transport Canada's Access to Information and Privacy (ATIP) Director (ATIP Director or decision maker) not to disclose number of persons or number of Canadian citizens on Specified Persons List (SPL) — ATIP Director invoking exemption found in Access to Information Act, s. 15(1)(c) to justify refusal to disclose — In 2010, applicant Cameron, journalist, filing two ATIP requests with Transport Canada to obtain number of Canadian citizens, total number of individuals included on SPL for period from 2006-2010 inclusive under Transport Canada's Passenger Protect Program (PPP) — In response, Transport Canada's ATIP Director refusing to provide requested information — Applicant Cameron filing complaint with Office of Information Commissioner regarding decision — Commissioner beginning investigation, issuing recommendations but those recommendations rejected by ATIP Director — Whether decision maker reasonably qualifying information sought as falling under Act, s. 15(1) allowing him to invoke exemptions to general rule requiring disclosure of information — If decision maker making proper qualification, whether respondent's representative exercising reasonable discretion in refusing to disclose information after Commissioner's recommendations — PPP screening measure used to ensure safety of passengers travelling to/from Canada by plane — SPL unique screening measure essential to ensuring safety of passengers, crews, aircraft — PPP working well as designed, implemented; meeting flight safety objectives for which created — Decision maker explaining in reasonable manner reason for denying request — Explanation provided not speculation or hypothetical — Disclosing requested confidential information (RCI) would create reasonable risk of probable harm — As for reasonableness of decision maker's exercise of discretion, when decision maker stating reasons for decision, never addressing or barely addressing arguments raised by applicants — Therefore, ATIP Director's*

*Accès à l'information — Contrôle judiciaire d'une décision prise par le directeur de l'Accès à l'information et protection des renseignements personnels (AIPRP) de Transports Canada (directeur de l'AIPRP ou décideur) de ne pas divulguer le nombre de personnes ainsi que le nombre de citoyens canadiens sur la Liste des personnes précisées (LPP) — Le directeur de l'AIPRP a invoqué l'exception trouvée à l'art. 15(1)c) de la Loi sur l'accès à l'information afin de justifier son refus de divulguer — En 2010, la demanderesse Cameron, journaliste, a logé deux demandes d'accès à l'information auprès de Transports Canada visant l'obtention du nombre de citoyens canadiens et de personnes sur la LPP pour les années 2006 à 2010 inclusivement en vertu du Programme de protection des passagers de Transports Canada (le PPP) — En réponse à ces demandes, le directeur de l'AIPRP de Transports Canada a refusé de communiquer les renseignements demandés — La demanderesse Cameron a déposé une plainte auprès du Commissariat à l'information relativement à cette décision — La commissaire a commencé à mener une enquête et a formulé des recommandations, mais celles-ci ont été rejetées par le directeur de l'AIPRP — Il s'agissait de savoir si le décideur a raisonnablement qualifié l'information comme appartenant à l'art. 15(1) de la Loi, lui permettant d'invoquer les exceptions à la règle générale voulant que l'information soit divulguée — Dans l'affirmative, il s'agissait de déterminer si l'exercice de la discrétion du représentant du défendeur de refuser la divulgation des informations suite aux recommandations de la commissaire était raisonnable — Le PPP est l'une des mesures de contrôle qui assure la protection des passagers voyageant du ou vers le Canada par avion — Il s'agit d'une mesure de contrôle unique et essentielle afin d'assurer la sécurité des passagers, des équipages et des aéronefs — Le PPP, tel que conçu et mis en vigueur, fonctionne bien et semble rencontrer les objectifs de sécurité aérienne pour lesquels il fut créé — Le décideur a*

*discretion not reasonably exercised — Some of decision maker's arguments supported by little or no evidence or having almost no grounds — Application allowed in part.*

This was an application for judicial review of the decision made by Transport Canada's Access to Information and Privacy Director (ATIP Director or decision maker) not to disclose the number of persons or the number of Canadian citizens on the Specified Persons List (SPL). The ATIP Director invoked the exemption found in paragraph 15(1)(c) of the *Access to Information Act* (Act) to justify his refusal to disclose.

In 2010, Ms. Cameron, a journalist and one of the applicants, filed two ATIP requests with Transport Canada to obtain the number of Canadian citizens and the total number of individuals included on the SPL for the period from 2006-2010 inclusive under Transport Canada's Passenger Protect Program (PPP). In response, Transport Canada's ATIP Director refused to provide the requested information stating that making this information public could be injurious to the detection, prevention or suppression of subversive or hostile activities. Further to this refusal, Ms. Cameron filed a complaint with the Office of the Information Commissioner regarding the decision. The Commissioner began an investigation and issued recommendations but these were rejected by the ATIP Director. In essence, the Commissioner was not convinced of any harm resulting from the disclosure of the information requested or that the decision maker had exercised his discretion in denying the request. Ms. Cameron and the Commissioner filed applications for judicial review with the Federal Court regarding this matter.

The applicants argued in particular that the refusal to disclose the requested information was made in a manner contrary to the principles of the Act and contrary to its quasi-constitutional status.

The issues were whether the decision maker reasonably qualified the information as falling under subsection 15(1) of the Act allowing him to invoke the exemptions to the general rule requiring the information to be disclosed. If he made

*expliqué de façon raisonnable les motifs de son refus — L'explication fournie n'était pas de la spéculation ou une hypothèse — Divulguer l'information confidentielle recherchée (ICR) créerait un risque vraisemblable de préjudice probable — Quant à la raisonnable de l'exercice de la discrétion effectué par le décideur, lorsqu'il a motivé sa décision, il n'a pas répondu ou n'a presque pas répondu aux arguments soulevés par les demanderessees — Par conséquent, l'exercice de la discrétion du directeur de l'AIPRP n'a pas été effectué de façon raisonnable — Certains arguments mis de l'avant par le décideur n'étaient supportés par aucune, ou presque aucune preuve, ou encore presque aucun motif — Demande accueillie en partie.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision prise par le directeur de l'Accès à l'information et protection des renseignements personnels de Transports Canada (directeur de l'AIPRP ou décideur) de ne pas divulguer le nombre de personnes ainsi que le nombre de citoyens canadiens sur la Liste des personnes précisées (LPP). Le directeur de l'AIPRP a invoqué l'exception trouvée à l'alinéa 15(1)c) de la *Loi sur l'accès à l'information* (la Loi) afin de justifier son refus de divulguer.

En 2010, M<sup>me</sup> Cameron, une journaliste et l'une des demanderessees, a logé deux demandes d'accès à l'information auprès de Transports Canada visant l'obtention du nombre de citoyens canadiens et de personnes sur la LPP pour les années 2006 à 2010 inclusivement en vertu du Programme de protection des passagers de Transports Canada (le PPP). En réponse à ces demandes, le directeur de l'AIPRP de Transports Canada a refusé de communiquer les renseignements demandés, indiquant que rendre cette information publique porterait préjudice à la détection, à la prévention ou à la répression d'activités hostiles ou subversives. Par suite du refus du directeur, M<sup>me</sup> Cameron a déposé une plainte auprès du Commissariat à l'information du Canada relativement à cette décision. Le commissaire a commencé à mener une enquête et a formulé des recommandations, mais celles-ci ont été rejetées par le directeur de l'AIPRP. Essentiellement, la commissaire n'était pas convaincue qu'un risque de préjudice découlerait de la divulgation de l'information demandée ni que le décideur avait exercé sa discrétion en refusant la demande. M<sup>me</sup> Cameron et la commissaire ont déposé des demandes de contrôle judiciaire auprès de la Cour fédérale relativement à cette affaire.

Les demanderessees ont soutenu en particulier que le refus de communiquer les renseignements demandés a été fait de manière contraire aux principes de la Loi et contraire à son statut quasi constitutionnel.

Il s'agissait de savoir si le décideur a raisonnablement qualifié l'information comme appartenant au paragraphe 15(1) de la Loi, lui permettant d'invoquer les exceptions à la règle générale voulant que l'information soit divulguée. Dans

the proper qualification, it then had to be determined whether the respondent's representative exercised reasonable discretion in refusing to disclose the information after the Commissioner's recommendations.

*Held*, the application should be allowed in part.

The PPP, in existence since 2007, is one of the screening measures used to ensure the safety of passengers travelling to or from Canada by plane. The SPL is a screening measure that, based on the evidence, is applied before passengers obtain their boarding passes and then again before they board the airplane. It is a unique screening measure essential to ensuring the safety of passengers, crews and aircraft. The SPL is not comparable to other lists examined and has a specific purpose that is not reflected in other lists. It had to be concluded in this case that the PPP, as it was designed and implemented, works well and seems to meet the flight safety objectives for which it was created. The evidence submitted did not permit the conclusion that the list is badly designed or poorly managed or that it contains inconsistencies. The PPP's purpose is to protect passengers and based on history it has achieved its goals.

The information qualification conducted by the decision maker was analyzed. Paragraph 15(1)(c) of the Act aims specifically to protect information that would be useful to those wishing to engage in subversive or hostile activities such as activities directed toward the commission of terrorist acts, including hijacking, in or against Canada or foreign states. In his letter denying the applicant's request, the decision maker explained in a reasonable manner that publicizing the requested confidential information (RCI) would provide the keen observer with some very useful information. The explanation provided was not speculation or hypothetical: disclosing the RCI, namely the total number of individuals and the number of Canadian citizens on the SPL, would allow the keen observer to obtain additional data that he or she could use for his or her own ends. Therefore, disclosing the RCI would create a reasonable risk of probable harm; the how and why of the harm are evident. In the interest of Canadians, and in particular those who travel by air, it is not appropriate to create this probable risk. Thus, the ATIP Director correctly qualified the information as being protected by the exemption in paragraph 15(1)(c) in that it could be expected to be injurious to the detection, prevention or suppression of subversive or hostile activities.

As to the reasonableness of the decision maker's exercise of discretion, the applicants raised a number of points including the passage of time and the historical nature of the requested information; the public interest in knowing the RCI; a statement made by a former Transport Minister; and

l'affirmative, il s'agissait de déterminer si l'exercice de la discrétion du représentant du défendeur de refuser la divulgation des informations suite aux recommandations de la commissaire était raisonnable.

*Jugement* : la demande doit être accueillie en partie.

Le PPP, qui existe depuis 2007, est l'une des mesures de contrôle qui assure la protection des passagers voyageant du ou vers le Canada par avion. La LPP est une mesure de contrôle qui, selon la preuve, a effet avant d'obtenir la carte d'embarquement et, par la suite, avant d'embarquer à bord de l'avion. Il s'agit d'une mesure de contrôle unique et essentielle afin d'assurer la sécurité des passagers, des équipages et des aéronefs. La LPP n'est pas comparable aux autres listes examinées et elle a une vocation spécifique qui n'est pas reflétée dans les autres listes. Force est de constater en l'espèce que le PPP, tel que conçu et mis en vigueur, fonctionne bien et semble rencontrer les objectifs de sécurité aérienne pour lesquels il fut créé. La preuve soumise ne permettait pas de constater si la liste est mal confectionnée, mal gérée ou encore souffre d'irrégularités. Le PPP a comme objectif de protéger les passagers et l'histoire démontre qu'il atteint pleinement ses objectifs.

La qualification de l'information effectuée par le décideur a été analysée. L'alinéa 15(1)c) de la Loi vise spécifiquement à protéger l'information qui serait utile pour ceux qui voudraient commettre des activités hostiles ou subversives telles que des actes de terrorisme, ce qui inclut les détournements de moyens de transport contre le Canada, contre un État étranger ou sur leur territoire. Dans sa lettre dans laquelle il a rejeté la demande de la demanderesse, le décideur explique de façon raisonnable que publiciser l'information confidentielle recherchée (ICR) donnerait de l'information fort utile à l'observateur averti. Cette explication n'était pas de la spéculation ou une hypothèse : divulguer l'ICR, soit le nombre de personnes total et le nombre de Canadiens sur la LPP, permettrait à l'observateur averti d'obtenir de nouvelles données qu'il évaluerait pour avancer ses fins. Sur cette base, dévoiler l'ICR créerait un risque vraisemblable de préjudice probable; le comment et le pourquoi du préjudice est évident. Dans l'intérêt des Canadiens et en particulier de ceux et celles qui voyagent par voie aérienne, il n'y a pas lieu de créer ce risque probable. Par conséquent, le directeur de l'AIPRP a correctement qualifié l'information comme étant protégée par l'exception à l'alinéa 15(1)c), car elle risque de porter préjudice à la détection, à la prévention, ou à la répression d'activités hostiles ou subversives.

Quant à la raisonabilité de l'exercice de la discrétion effectué par le décideur, les demanderesse ont soulevé plusieurs points, notamment le passage du temps et le caractère historique des renseignements demandés; l'intérêt du public à connaître l'ICR; une déclaration faite par un ancien ministre

international relations. The passage of time and the historical nature of the requested information were barely addressed in the decision drafted by the ATIP Director in June 2013 except to note that this type of information has always been protected by the respondent but no specific reason was given for this argument. This was hardly an intelligible explanation under such circumstances. The argument that this type of information has always been protected did not respond to the argument that time has passed and that this type of information no longer holds the same importance it initially did. The interest of the Canadian public in knowing the requested information also went nearly unmentioned in the decision maker's letter and the response provided did not justify the refusal to disclose the RCI and did not sufficiently take into account the public's interest in knowing this information. As for the statement (that there were between 500 and 2000 individuals meeting the criteria for inclusion in the SPL) made to the press by the then Transport Minister when the PPP came into force, it could be problematic and the decision maker barely discussed it except to minimize it. The decision maker did not feel that it was appropriate to discuss the number of individuals on the list, which was unacceptable and constituted a flagrant lack of transparency and reasonableness in the exercise of discretion given the circumstances. Regarding international relations, the respondent maintained that international relations between Canada and its key partners would be damaged if the RCI were disclosed. However, the explanation given by the respondent to support this point and demonstrate adequate exercise of discretion seemed defective and inappropriate.

In conclusion, the ATIP Director's discretion was not reasonably exercised. Some of the decision maker's arguments were supported by little or no evidence or had almost no grounds. In addition, when the decision maker stated the reasons for his decision, he did not address the arguments raised by the applicants. There were three reasons why the exercise of discretion was unreasonable: few grounds for addressing the passage of time; a refusal to seriously address the Minister of Transport's statement; and a total lack of evidence to support the argument that international relations with the United States and others would be negatively affected.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 2, 15 "defence of Canada or any state allied or associated with Canada", "subversive or hostile activities", 35(2)(b), 42, 49, 50.

*Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 38.

des Transports; et les relations internationales. Le passage du temps et le caractère historique des renseignements demandés étaient presque absents de commentaires dans la décision rédigée par le directeur de l'AIPRP en juin 2013, sauf pour maintenir que ce genre d'information a toujours été protégé par le défendeur, mais aucun motif précis ne discutait de cet argument. Il était difficile d'y percevoir une explication compréhensible dans de telles circonstances. Quant à l'argument que ce genre d'information a toujours été protégé, ceci ne répondait en rien à l'argument que le temps passe et que ce genre d'information n'a plus l'importance qu'il avait initialement. L'intérêt du public canadien à connaître l'information demandée était aussi presque passé sous silence dans la lettre du décideur et cette réponse ne justifiait pas le refus de divulguer l'ICR et ne tenait pas suffisamment compte de l'intérêt du public à connaître cette information. En ce qui concerne la déclaration que l'ancien ministre des Transports a faite à la presse lorsque le PPP est entré en vigueur (qu'entre 500 et 2 000 personnes satisfont aux critères d'inscription à la LPP), elle peut être problématique et le décideur n'en a que très peu discuté, sauf pour la minimiser. Le décideur a estimé qu'il n'était pas approprié de parler du nombre de personnes sur la LPP, ce qui n'était pas acceptable; il s'agissait d'un manque flagrant de transparence et de raisonabilité à l'exercice de la discrétion en de telles circonstances. Pour ce qui est des relations internationales, le défendeur a soutenu que les relations internationales entre le Canada et ses partenaires clés seraient endommagées par la divulgation de l'ICR. Cependant, l'explication donnée par le défendeur pour soutenir ce point et démontrer l'exercice adéquat de la discrétion apparaissait déficiente et inappropriée.

En conclusion, l'exercice de la discrétion du directeur de l'AIPRP n'a pas été effectué de façon raisonnable. Certains arguments mis de l'avant par le décideur n'étaient supportés par aucune, ou presque aucune preuve, ou encore presque aucun motif. De plus, lorsque le décideur a motivé sa décision, il n'a pas répondu aux arguments soulevés par les demanderessees. Il y avait donc trois raisons qui rendaient l'exercice de la discrétion déraisonnable : il a très peu de motifs traitant du passage du temps, un refus de traiter de façon sérieuse la déclaration du ministre des Transports, et enfin un total manque de preuve pour appuyer l'argument que les relations internationales avec les États-Unis et autres seraient négativement affectées.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 2, 15 « activités hostiles ou subversives », « défense du Canada ou d'États alliés ou associés avec le Canada », 35(2)b), 42, 49, 50.

*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 38.



## TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

United Nations Security Council Resolution 1267 (1999), adopted by the Security Council at its 4051st meeting on 15 October 1999, UN Doc S/RES/1267 (1999), online: <[http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1267\(1999\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1267(1999))>.

## CASES CITED

## APPLIED:

*Bronskill v. Canada (Canadian Heritage)*, 2011 FC 983, [2013] 2 F.C.R. 563; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Prime Minister)*, [1993] 1 F.C. 427, (1992), 12 Admin. L.R. (2d) 81 (T.D.).

## CONSIDERED:

*3430901 Canada Inc. v. Canada (Minister of Industry)*, 2001 FCA 254, [2002] 1 F.C. 421; *Merck Frosst Canada Ltd. v. Canada (Health)*, 2012 SCC 3, [2012] 1 S.C.R. 23; *Attaran v. Canada (Foreign Affairs)*, 2011 FCA 182, 337 D.L.R. (4th) 552; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3.

## REFERRED TO:

*Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)*, 2011 SCC 25, [2011] 2 S.C.R. 306; *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403, (1997), 148 D.L.R. (4th) 385; *Canada Packers Inc. v. Canada (Minister of Agriculture)*, [1989] 1 F.C. 47, (1988), 53 D.L.R. (4th) 246 (C.A.); *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; *Canada (Attorney General) v. Abraham*, 2012 FCA 266, [2013] 1 C.T.C. 69; *John Doe v. Ontario (Finance)*, 2014 SCC 36, [2014] 2 S.C.R. 3; *Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Association*, 2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193.

## AUTHORS CITED

Galloway, Gloria. "No-fly list grounds up to 2,000 people" *The Globe and Mail* (June 19, 2007), online: <<http://www.theglobeandmail.com/news/national/no-fly-list-grounds-up-to-2000-people/article1087262/>>.

APPLICATION for judicial review of the decision made by Transport Canada's Access to Information and

## TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Nations Unies Conseil de sécurité. Résolution 1267 (1999), adopté par le Conseil de sécurité à sa 4051<sup>e</sup> séance, le 15 octobre 1999, Doc NU S/RES/1267 (1999), en ligne : <[http://www.un.org/fr/documents/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1267\(1999\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1267(1999))>.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Bronskill c. Canada (Patrimoine canadien)*, 2011 CF 983, [2013] 2 R.C.F. 563; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Premier ministre)*, [1993] 1 C.F. 427 (1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*3430901 Canada Inc. c. Canada (Ministre de l'Industrie)*, 2001 CAF 254, [2002] 1 C.F. 421; *Merck Frosst Canada Ltée c. Canada (Santé)*, 2012 CSC 3, [2012] 1 R.C.S. 23; *Attaran c. Canada (Affaires étrangères)*, 2011 CAF 182; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, 2011 CSC 25, [2011] 2 R.C.S. 306; *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403; *Canada Packers Inc. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)*, [1989] 1 C.F. 47 (C.A.); *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; *Canada (Procureur général) c. Abraham*, 2012 CAF 266; *Untel c. Ontario (Finances)*, 2014 CSC 36, [2014] 2 R.C.S. 3; *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817.

## DOCTRINE CITÉE

Galloway, Gloria. « No-fly list grounds up to 2,000 people » *The Globe and Mail* (19 juin 2007), en ligne : <<http://www.theglobeandmail.com/news/national/no-fly-list-grounds-up-to-2000-people/article1087262/>>.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision prise par le directeur d'Accès à l'information et

Privacy Director not to disclose the number of persons or the number of Canadian citizens on the Specified Persons List as requested by Ms. Cameron, one of the applicants. Application allowed in part.

protection des renseignements personnels de Transports Canada de ne pas divulguer le nombre de personnes ainsi que le nombre de citoyens canadiens sur la Liste des personnes précisées, comme l'a demandé M<sup>me</sup> Cameron, l'une des demanderesse. Demande accueillie en partie.

#### APPEARANCES

*Sylvain Lussier and Diane Therrien* for applicant Information Commissioner of Canada.

*Christian Leblanc* for applicant Daphné Cameron.

*Sara Gauthier and Marieke Bouchard* for respondent.

#### ONT COMPARU

*Sylvain Lussier et Diane Therrien* pour la demanderesse la commissaire à l'information du Canada.

*Christian Leblanc* pour la demanderesse Daphné Cameron.

*Sara Gauthier et Marieke Bouchard* pour le défendeur.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Osler, Hoskin & Harcourt LLP*, Montréal, and *Office of the Information Commissioner*, Gatineau, Quebec, for applicant Information Commissioner of Canada.

*Fasken Martineau DuMoulin LLP*, Montréal, for applicant Daphné Cameron.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Osler, Hoskin & Harcourt S.E.N.C.R.L./s.r.l.*, Montréal, et *Commisariat à l'information du Canada*, Gatineau, Québec, pour la demanderesse la commissaire à l'information du Canada.

*Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L., s.r.l.*, Montréal, pour la demanderesse Daphné Cameron.

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

*The following is the English version of the reasons for judgment and judgment rendered by*

*Voici les motifs du jugement et du jugement rendus en français par*

NOËL J.:

LE JUGE NOËL :

#### I. SUMMARY

[1] The co-applicants, Ms. Cameron and the Information Commissioner, are making an application for judicial review of the decision made by Transport Canada's Access to Information and Privacy (ATIP) Director not to disclose the number of persons or the number of Canadian citizens on the Specified Persons List (SPL). The ATIP Director invokes the exemption found in paragraph 15(1)(c) of the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 (the ATIA [or the Act]), in order to justify his refusal to disclose. The ATIP Director correctly qualified the information as being protected by the exemption in paragraph 15(1)(c); that is to say that it could be expected to be injurious to the detection, prevention or suppression of subversive or hostile activities.

#### I. SOMMAIRE

[1] Les codemanderesse, M<sup>me</sup> Cameron et la commissaire à l'information, demandent la révision judiciaire de la décision du directeur d'accès à l'information [Accès à l'information et protection des renseignements personnels] de Transports Canada de ne pas divulguer le nombre de personnes ainsi que le nombre de citoyens canadiens sur la Liste des personnes précisées (la LPP). Le directeur d'accès à l'information invoque l'exception trouvée à l'alinéa 15(1)c) de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 (la LAI [ou la Loi]), afin de justifier son refus de divulguer. Le directeur d'accès à l'information a correctement qualifié l'information comme étant protégée par l'exception à l'alinéa 15(1)c), soit qu'elle risque de porter préjudice à la détection, à la

However, I find that, in the following step, the ATIP Director failed to exercise reasonable discretion. For the following reasons, I would allow the applications for judicial review in part, and I return the applications, so that they may be examined by a new decision maker.

## II. FACTS

### A. *General facts*

[2] On March 17, 2010, the applicant, Ms. Cameron, a journalist for the newspaper *La Presse*, filed two ATIP requests with Transport Canada, to obtain the number of Canadian citizens as well as the total number of individuals included on the SPL for the period from 2006–2010 inclusive under Transport Canada's Passenger Protect Program (the PPP).

[3] On June 4, 2013, Transport Canada's ATIP Director (the Director or Mr. O'Reilly) refused to provide the requested information. The Director invoked paragraph 15(1)(c) of the ATIA and stated that making this information public could be injurious to the detection, prevention or suppression of subversive or hostile activities.

[4] Following the Director's refusal to disclose the information, Ms. Cameron requested assistance from the Information Commissioner (the Commissioner). The Commissioner is the second applicant in this case. Each applicant has filed a memorandum of fact and law.

[5] The Government of Canada implemented the PPP following the events of September 11, 2001. The PPP aims to identify those persons who represent a threat to flight safety and to take measures to counter this threat. The Minister of Public Safety has been handling decisions regarding which names to include on the SPL since February 2011. Prior to February 2011, the Minister of Transport handled these decisions. The decision to include an individual's name on the SPL is based on the recommendations of an advisory group comprising Transport Canada, the Canadian Security and Intelligence

prévention, ou à la répression d'activités hostiles ou subversives. Toutefois, je conclus qu'à l'étape suivante, le directeur d'accès à l'information n'a pas exercé sa discrétion de façon raisonnable. Pour les motifs suivants, j'accueille les demandes de contrôle judiciaire en partie et je retourne les demandes afin qu'elles soient tranchées par un nouveau décideur.

## II. FAITS

### A. *Faits généraux*

[2] Le 17 mars 2010, la demanderesse, M<sup>me</sup> Cameron, une journaliste au journal *La Presse*, a logé deux demandes d'accès à l'information auprès de Transports Canada visant l'obtention du nombre de citoyens canadiens et de personnes sur la LPP pour les années 2006 à 2010 inclusivement en vertu du Programme de protection des passagers de Transports Canada (le PPP).

[3] Le 4 juin 2013, le directeur d'accès à l'information de Transports Canada (le directeur ou M. O'Reilly) refuse de communiquer les renseignements demandés. Le directeur invoque le paragraphe 15(1)c) de la LAI et soumet que rendre cette information publique porterait préjudice à la détection, à la prévention, ou à la répression d'activités hostiles ou subversives.

[4] Suite au refus du directeur de divulguer l'information, M<sup>me</sup> Cameron demande l'assistance de la commissaire à l'information (la commissaire). La commissaire est la deuxième demanderesse à cette affaire. Chaque demanderesse a déposé un mémoire des faits et du droit.

[5] Le gouvernement du Canada a mis en place le PPP suite aux événements du 11 septembre 2001. Le PPP vise à identifier les personnes qui représentent une menace pour la sécurité aérienne et à prendre des mesures pour contrer cette menace. Le ministre de la Sécurité publique gère la décision d'inscrire le nom de personnes sur la LPP depuis février 2011. Avant février 2011, le ministre des Transports prenait cette décision. La décision d'inscrire un individu sur la LPP se base sur les recommandations d'un groupe consultatif composé notamment de Transports Canada, du Service canadien

Service (CSIS) and the Royal Canadian Mounted Police (the RCMP).

[6] When a person whose name appears on the SPL arrives at an airport to board a flight, he or she will be subject to additional screening. The Minister of Transport will be notified and will be asked to determine whether the individual poses an immediate threat. If the individual poses an immediate threat to aviation security, the Minister of Transport may issue an emergency direction to mitigate the threat, particularly by denying the individual boarding. The identity of those individuals on the SPL is not disclosed.

*B. Factual perspective for processing access requests*

[7] The PPP was launched on June 18, 2007. That same day, the Minister of Transport at the time, the Honourable Lawrence Cannon, stated that there were between 500 and 2000 names on the SPL.

[8] On March 17, 2010, Ms. Cameron filed an ATIP request with Transport Canada, requesting disclosure of the number of persons and the number of Canadian citizens on the SPL. Following her request, on April 9, 2010, Transport Canada's ATIP Director at the time, Mr. Réginald Laurent, consulted with the ATIP offices at CSIS and the RCMP in order to determine their positions regarding the information request.

[9] CSIS responded and recommended that the information requested by Ms. Cameron should be exempt from disclosure under subsection 15(1) of the ATIA. The RCMP, for its part, indicated in its response that it was not too worried about disclosing the information. The RCMP's representative indicated that the RCMP would not apply subsection 15(1) of the ATIA in these circumstances, but that the RCMP would not object to Transport Canada invoking the exemption.

[10] After this response, in order to gain clarification, Ms. Nathalie Morin, from Transport Canada's ATIP office, attempted to contact the RCMP's ATIP office

du renseignement de sécurité (le SCRS) et de la Gendarmerie royale du Canada (la GRC).

[6] Lorsqu'une personne dont le nom figure sur la LPP se présente à un aéroport pour prendre un vol, elle sera assujettie à des contrôles additionnels. Le ministre des Transports sera informé et sera appelé à déterminer si la personne constitue un danger immédiat. Si la personne constitue un danger immédiat à la sûreté aérienne, le ministre des Transports peut émettre une directive d'urgence afin de répondre à la menace, notamment en empêchant la personne de monter à bord. L'identité des personnes figurant sur la LPP n'est pas divulguée.

*B. Perspective factuelle du traitement des demandes d'accès*

[7] Le PPP est lancé le 18 juin 2007. Le même jour, le ministre des Transports à l'époque, l'honorable Lawrence Cannon, déclare qu'il y a entre 500 et 2 000 noms sur la liste du LPP.

[8] Le 17 mars 2010, M<sup>me</sup> Cameron dépose une demande d'accès à l'information auprès de Transports Canada, afin d'obtenir la divulgation du nombre de personnes et du nombre de citoyens canadiens sur la LPP. Suivant la demande, le 9 avril 2010, le directeur d'accès à l'information de Transports Canada à l'époque, M. Réginald Laurent, consulte les bureaux d'accès à l'information du SCRS et de la GRC afin d'obtenir leurs positions sur la demande de renseignements.

[9] Le SCRS répond et recommande que l'information demandée par M<sup>me</sup> Cameron soit exemptée de divulgation par effet du paragraphe 15(1) de la LAI. Quant à elle, la GRC indique dans sa réponse ne pas être trop inquiète de la divulgation des informations. Son représentant indique que la GRC n'appliquerait pas le paragraphe 15(1) de la LAI dans ces circonstances, mais que la GRC ne s'objecte pas à ce que Transports Canada invoque l'exception.

[10] Après cette réponse, afin d'obtenir des précisions, M<sup>me</sup> Nathalie Morin, du Bureau d'accès à l'information de Transports Canada, tente de contacter le Bureau

on May 18, 2010. The next day (May 19, 2010), the RCMP's ATIP office sent an email indicating that they were not too worried about disclosing this information:

... As such, we don't see the need to withhold the information. Even the release of the global number of people does not concern us overmuch. Therefore, we would not apply section 15(1) of the Act to the documents you sent but we also don't have any objections to you applying it.

[11] On June 7, 2010, Mr. Laurent sent a letter to Ms. Cameron, indicating his refusal to disclose the requested information on the basis of paragraph 15(1)(c) of the ATIA. On July 28, 2010, Ms. Cameron filed a complaint with the Office of the Information Commissioner regarding the decision made by Transport Canada's ATIP Director not to disclose the requested information.

[12] The Commissioner investigated and shared her observations with Mr. Laurent on September 8, 2011. The Commissioner informed Mr. Laurent that she was not convinced risk of harm to the detection, prevention or suppression of subversive or hostile activities would result from the disclosure of this information, nor was she convinced that the decision maker had exercised his discretion in denying the request.

[13] Following these observations, Mr. Laurent consulted Mr. Chris Free, an aviation safety specialist working for Transport Canada. Mr. Free contacted his counterpart in charge of the PPP at the RCMP to clarify the RCMP's position. Mr. Free informed Mr. Laurent that those members of the RCMP who were involved with the PPP felt that disclosing the requested information would jeopardize national security, contrary to the opinion of the RCMP's ATIP office.

[14] On November 17, 2011, Mr. Laurent presented his observations to the Commissioner, in compliance with paragraph 35(2)(b) of the ATIA. These observations were supported by assessments from CSIS and

d'accès à l'information de la GRC le 18 mai 2010. Le lendemain, soit le 19 mai 2010, le Bureau d'accès à l'information de la GRC envoie un courriel indiquant que la divulgation des informations ne les inquiète pas beaucoup :

[TRADUCTION]

[...] Voilà pourquoi nous ne voyons pas la nécessité de refuser la divulgation des informations. Même la divulgation du nombre total de personnes sur la liste n'est pas nécessairement une préoccupation pour nous. Nous n'appliquerions pas le paragraphe 15(1) de la LAI aux documents que vous avez envoyés, mais nous ne nous objectons pas à ce que vous invoquiez l'exception.

[11] Le 7 juin 2010, M. Laurent envoie une lettre à M<sup>me</sup> Cameron indiquant son refus de divulguer l'information demandée sur la base de l'alinéa 15(1)c) de la LAI. Le 28 juillet 2010, M<sup>me</sup> Cameron dépose une plainte au Commissariat à l'information relativement à la décision du directeur d'accès à l'information de Transports Canada de ne pas communiquer les renseignements demandés.

[12] La commissaire enquête et fait part de ses observations à M. Laurent le 8 septembre 2011. La commissaire informe M. Laurent qu'elle n'est pas convaincue qu'un risque de porter préjudice à la détection, à la prévention, ou à la répression d'activités hostiles ou subversives découlerait de la divulgation de l'information ni que le décideur avait exercé sa discrétion en refusant la demande.

[13] Suite à ces observations, M. Laurent consulte M. Chris Free, un spécialiste en sécurité aérienne œuvrant chez Transports Canada. M. Free communique avec sa contrepartie responsable du PPP à la GRC afin de clarifier sa position. M. Free informe M. Laurent que les membres de la GRC impliqués dans le PPP considèrent que la divulgation des renseignements demandés porterait atteinte à la sécurité nationale, contrairement à l'opinion du Bureau d'accès à l'information de la GRC.

[14] Le 17 novembre 2011, M. Laurent présente ses observations à la commissaire conformément à l'alinéa 35(2)b) de la LAI. Ces observations sont appuyées par des évaluations du SCRS et du Ministère de la Sécurité

from the Minister of Public Safety. Mr. Laurent also indicated that he felt the RCMP had contradicted itself.

[15] Then, during a period of more than a year, the Commissioner investigated and requested additional representations from Transport Canada. On May 10, 2013, at the end of her investigation, the Commissioner issued her recommendations.

[16] On June 4, 2013, Mr. Shaun O'Reilly, who had replaced Mr. Réginald Laurent as Transport Canada's ATIP Director, rejected the Commissioner's recommendations and issued the refusal to disclose the requested information.

[17] On March 4, 2014, Ms. Cameron received the Commissioner's report on the conclusions of her investigation. Ms. Cameron then gave her consent for this application for judicial review of the respondent's decision pursuant to section 42 of the ATIA. On April 15, 2014, the Commissioner filed two applications for judicial review with the Federal Court. On August 12, 2014, the applications were joined by order of the judge responsible for managing the proceeding. The applicant Ms. Cameron then joined the application filed by the Commissioner.

### III. ARGUMENTS

[18] The parties are not in agreement regarding the applicability of principles to the facts, nor regarding the weight that the Court should give to certain legal precepts. In the next section, I divide the parties' arguments into five main topics: public interest and ATIA objectives; applicable standards of review; appropriate burdens of proof; exercise of qualification; and exercise of discretion.

#### A. *Public interest and objectives of the Act*

[19] The applicants are asking the Court to rule that the refusal to disclose the requested information was made in a manner contrary to the principles of the ATIA and contrary to its quasi-constitutional status. They submit that the ATIA has a clear objective, namely to

publique. M. Laurent indique aussi qu'il estime que la GRC s'est contredite.

[15] Ensuite, pendant plus d'un an, la commissaire enquête et demande des représentations additionnelles de la part de Transports Canada. Le 10 mai 2013, au terme de son enquête, la commissaire émet ses recommandations.

[16] Le 4 juin 2013, M. Shaun O'Reilly, qui a remplacé M. Réginald Laurent comme directeur d'accès à l'information de Transports Canada, rejette les recommandations de la commissaire et communique le refus de divulguer les informations demandées.

[17] Le 4 mars 2014, le rapport de la commissaire sur les conclusions de son enquête est reçu par M<sup>me</sup> Cameron. Par la suite, cette dernière donne son consentement pour l'exercice du présent recours en révision judiciaire de la décision du défendeur en application de l'article 42 de la LAI. Le 15 avril 2014, la commissaire dépose auprès de la Cour fédérale deux demandes de contrôles judiciaires. Le 12 août 2014, les demandes sont jointes par ordonnance du juge responsable de la gestion d'instance. Par la suite, la demanderesse M<sup>me</sup> Cameron se joint au recours émis par la commissaire.

### III. ARGUMENTS

[18] Les parties ne sont pas d'accord en ce qui a trait à l'applicabilité des principes aux faits ni en ce qui concerne le poids que doit donner la Cour à certains préceptes juridiques. Dans la prochaine section, je divise les arguments des parties en cinq sujets principaux : l'intérêt public et les objectifs de la LAI; les normes de révision applicables; les fardeaux de preuve appropriés; l'exercice de qualification; et l'exercice de la discrétion.

#### A. *Intérêt public et objectifs de la Loi*

[19] Les demanderesse demandent à la Cour de statuer que le refus de communiquer les renseignements demandés a été fait de manière contraire aux principes de la LAI et contraire à son statut quasi constitutionnel. Elles soumettent que la LAI a un objectif clair, soit

increase access to government information by defending the public's right to its disclosure. The necessary exemptions to this right are limited and specific; and decisions regarding disclosure of government information are subject to review, independent of government. In particular, the Canadian public must have the right to obtain the required information on the PPP and the SPL in order to be able to assess the efficiency and effectiveness of these measures and to determine if they are worth the sums invested in them by taxpayers.

[20] The respondent replies that the decision not to disclose the RCI [requested confidential information] by invoking paragraph 15(1)(c) of the ATIA respects these principles. The Court must show a certain deference to the decision maker, given the executive's institutional expertise with regard to national security.

*B. Applicable standard of review and scope of this standard*

[21] The applicants submit that the reasonableness standard must be tempered. They maintain that the decision maker's discretionary power, pursuant to the ATIA, in fact falls at the lower end of the spectrum, and that the Court has full jurisdiction and power to examine both the exemptions invoked and the exercise of discretionary power.

[22] The respondent retorts that a matter that could be injurious to the prevention or suppression of subversive or hostile activities calls for a broad and flexible approach, since the decision maker must weigh the specific facts as well as the policy in general.

[23] The applicants do not agree with the respondent's argument that the Court should show deference when the decision maker makes a decision regarding the prevention or suppression of subversive or hostile activities, since the ATIA sets out specific and limited exemptions, which do not apply in this instance.

*C. Burden of proof*

[24] The applicants argue that the ATIP Director did not discharge his heavy burden of proof. In fact, at the

d'élargir l'accès aux documents de l'administration fédérale en consacrant le droit du public à leur communication. Les exceptions indispensables à ce droit sont précises, limitées, et les décisions quant à la communication sont susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif. Notamment, le public canadien doit avoir le droit d'obtenir les informations nécessaires sur le PPP et la LPP afin d'évaluer l'efficacité des mesures et déterminer si elles valent les sommes investies dans leurs fonctionnements pour les contribuables.

[20] Le défendeur répond que la décision de ne pas divulguer l'ICR [information confidentielle recherchée] en invoquant l'alinéa 15(1)c) de la LAI respecte ces principes. La Cour doit accorder une certaine déférence au décideur étant donné l'expertise institutionnelle de l'exécutif en matière de sécurité nationale.

*B. Norme de révision applicable et étendue de cette norme*

[21] Les demandresses soumettent que la norme de révision raisonnable doit être tempérée. Elles soutiennent que le pouvoir discrétionnaire du décideur, dans le cadre de la LAI, se situe en fait au bas du continuum et que la Cour a toute compétence et tous pouvoirs pour examiner les exceptions invoquées, de même que l'exercice du pouvoir discrétionnaire.

[22] Le défendeur rétorque qu'une question de risque de préjudice à la prévention ou répression d'activités hostiles ou subversives milite en faveur d'une approche large et souple puisque le décideur soupèse les faits spécifiques ainsi que la politique au sens large.

[23] Les demandresses ne sont pas d'accord avec l'argument du défendeur comme quoi la Cour devrait faire preuve de déférence lorsque le décideur prend une décision relative à la prévention ou à la répression d'activités hostiles ou subversives puisque la LAI exige des exceptions précises et limitées, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

*C. Fardeau de preuve*

[24] Les demandresses argumentent que le directeur d'accès à l'information ne s'est pas acquitté de son lourd

qualification stage, the Director did not demonstrate a reasonable risk of probable harm: he did not use a specific approach and did not demonstrate a clear and direct link between the evidence presented and the alleged harm. The applicants also maintain that the ATIP Director did not discharge his burden of proof when exercising his discretion, if he did exercise it at all. If the decision maker truly did exercise his discretion, he did so in a manner contrary to the analytical framework of section 15, contrary to the objectives of the ATIA, and also contrary to the case law and the factors to be considered.

[25] The respondent replies that direct evidence of danger is not required. Furthermore, the respondent maintains that the decision maker's conclusion as to the existence of a risk of jeopardizing the prevention or suppression of subversive or hostile activities rests largely on the facts and the policy in a broad sense. The respondent suggests that the evidence regarding past, present and anticipated events could justify a conclusion of the existence of a threat or injury to the prevention or suppression of subversive or hostile activities. Thus, given the matter of national security implicit in the criteria of paragraph 15(1)(c) of the ATIA, the respondent argues that the Court must show restraint when assessing a decision regarding any risk of jeopardizing the prevention or suppression of subversive or hostile activities. The respondent feels that the Court should take a broad and flexible approach when dealing with decisions on matters of national security, as well as when some of Canada's international obligations are at play.

#### D. *Existence of a threat*

[26] The applicants suggest that the arguments invoked by Mr. O'Reilly are speculative, hypothetical and unfounded. The decision maker did not establish how disclosing the RCI [Requested Confidential Information] could diminish the effectiveness of the PPP, or how international relations would be damaged. The allegations of injury are general in nature and without any specific link to the requirements of section 15 of the ATIA. Citing generic reasons vaguely related to national

fardeau de preuve. En effet, à l'étape de la qualification, le directeur n'a pas démontré un risque vraisemblable de préjudice probable : il n'a pas utilisé une approche spécifique et n'a pas démontré un lien clair et direct entre les éléments de preuve présentés et le préjudice allégué. Les demanderesse soutiennent aussi que le directeur d'accès à l'information ne s'est pas acquitté de son fardeau lorsqu'il a exercé sa discrétion, s'il l'a même exercée. Si le décideur a effectivement exercé sa discrétion, il l'a fait de manière contraire au cadre d'analyse de l'article 15, contraire aux objectifs de la LAI ainsi que contraire à la jurisprudence et aux facteurs à considérer.

[25] Le défendeur répond qu'une preuve directe du danger n'est pas requise. De plus, il soutient que la conclusion du décideur comme quoi il existe ou non un risque de préjudice à la prévention ou répression d'activités hostiles ou subversives repose en grande partie sur les faits et la politique au sens large. Le défendeur suggère que des éléments de preuve sur des événements passés, présents et anticipés peuvent justifier une conclusion de menace ou de préjudice à la prévention ou répression d'activités hostiles ou subversives. Ainsi, étant donné le domaine de la sécurité nationale implicite aux critères de l'alinéa 15(1)c) de la LAI, le défendeur argumente que la Cour doit faire preuve de retenue lorsqu'elle évalue une décision qui a trait à l'existence d'un risque de préjudice à la prévention ou répression d'activités hostiles ou subversives. Il estime donc que la Cour doit appliquer une approche large et souple lorsqu'elle fait face à une décision en matière de sécurité nationale ainsi que lorsque certaines obligations internationales du Canada sont en jeu.

#### D. *Existence d'un préjudice*

[26] Les demanderesse proposent que les arguments invoqués par M. O'Reilly sont spéculatifs, hypothétiques et sans fondement. Le décideur n'a pas étayé comment la divulgation de l'ICR [information confidentielle recherchée] pourrait diminuer l'efficacité du PPP ni comment les relations internationales seraient endommagées. Les allégations de préjudice sont de nature générale et sans lien précis avec les exigences de l'article 15 de la LAI. Le simple fait de soulever des raisons



security does not constitute sufficient grounds to restrict the public's right to access the RCI; the injury must be greater than a probability or a speculation.

[27] The applicants state that Mr. Free is a public servant who has been obstinately opposed to disclosure since becoming involved. They are also of the opinion that Mr. O'Reilly has only recently assumed the position of ATIP Director, and that he has almost no experience in matters of national security. The evidence indicates that the RCMP ATIP office had not been opposed to disclosing the information prior to Mr. Free's intervention in the RCMP department that deals with the PPP and the SPL. The RCMP then changed its mind.

[28] The respondent presents no evidence that Canada's international relations with its key partners would be affected if the information about the RCI were disclosed. In fact, Mr. Free was unable to support his speculations after having agreed to produce a document to this effect. Mr. O'Reilly, in cross-examination, was equally unable to underpin his hypotheses about how Canada's international relations would suffer following disclosure of the RCI.

[29] The applicants allege that the PPP and the SPL are redundant components of Canada's security system, and that therefore, Canada would not suffer any injury if the RCI were disclosed. Moreover, the existence of many other complementary deterrent programs argues in favour of disclosure, since their existence further limits any injury that could result from disclosure of the RCI. Furthermore, given that certain SPL criteria are common knowledge, in particular that it does not apply to minors, a terrorist organization could easily circumvent it. Disclosing the RCI, therefore, does not render the program any more vulnerable than it already is.

[30] By contrast, the respondent maintains that the PPP and the SPL are measures that are part of a multi-layered security system that aims to ensure public safety. The respondent criticizes the fact that the applicants are essentially alleging that the PPP is superfluous, useless

génériques à saveur de sécurité nationale n'est pas suffisant pour restreindre les droits du public d'avoir accès à l'ICR; le préjudice doit être plus qu'une probabilité ou une conjecture.

[27] Les demandresses affirment que M. Free est un fonctionnaire obstinément opposé à la divulgation depuis son implication. Elles sont aussi d'avis que M. O'Reilly n'est que récemment entré en fonction dans son poste de directeur d'accès à l'information et n'a presque aucune expérience en matière de sécurité nationale. La preuve indique que le Bureau d'accès à l'information de la GRC ne s'opposait pas à la divulgation de l'ICR avant l'intervention de M. Free au sein du département de la GRC qui s'occupe du PPP et de la LPP. La GRC s'est ensuite ravisée.

[28] Le défendeur ne présente aucune preuve que les relations internationales du Canada avec ses partenaires clés seront affectées par la divulgation de l'ICR. En fait, M. Free n'a pas été en mesure de prouver ses conjectures après s'être engagé à produire un document à cet effet. M. O'Reilly, en contre-interrogatoire, n'a pas non plus été capable d'étayer ses hypothèses comme quoi les relations internationales du Canada souffriraient suivant la divulgation de l'ICR.

[29] Les demandresses prétendent que le PPP et la LPP sont des éléments redondants du système de sécurité canadien et qu'ainsi, le Canada ne souffrira aucun préjudice si l'ICR est dévoilée. En outre, l'existence de plusieurs autres programmes dissuasifs et complémentaires milite en faveur de la divulgation puisque le préjudice de la divulgation de l'ICR en est encore plus limité. D'ailleurs, étant donné la notoriété publique de certains critères de la LPP, notamment qu'elle ne s'applique pas aux enfants de moins de 18 ans, une organisation terroriste peut facilement la déjouer. Dévoiler l'ICR ne rend donc pas le programme plus vulnérable qu'il ne l'est déjà.

[30] Au contraire, le défendeur soutient que le PPP et la LPP sont des mesures faisant partie d'un système de couches de sécurité visant à assurer la protection du public. Il critique le fait que les demandresses allèguent essentiellement que le PPP est superflu, inutile ou

or ineffective, and that it is no longer worth protecting information that could compromise the PPP's effectiveness and, incidentally, flight safety in Canada.

[31] The respondent argues that, these days, the approach of trying to ensure infrastructure security using "guns, guards and gates" is outdated, given the scope of the infrastructure at risk and the nature of the threat of modern terrorism. This layered approach, by intermeshing overlapping measures, ensures that if one provision is foiled, then another will still be able to prevent an attack. We must not weaken an important measure like the PPP simply because there are other measures that complement it. Furthermore, the respondent alleges that modern flight safety is interconnected with flight safety in Canada's international partner countries. Thus, weakening one layer by disclosing the number of persons and the number of Canadians on the SPL would affect the confidence that other countries have in Canada. Canada could even see its exemption from using the U.S. "no-fly list" revoked.

[32] Lastly, the respondent makes the point that not disclosing the RCI has a deterrent effect on the planning and execution of terrorist attacks, since it leaves these groups with no concrete information with which to measure the risk. Thus, it was reasonable for Mr. O'Reilly to conclude that disclosing the RCI would create a reasonable risk of probable injury, thus allowing him to invoke the exemption in paragraph 15(1)(c) of the ATIA. Allowing the disclosure of information, even information that is several years old, would allow individuals with malicious intentions to make several requests over time and to gain an idea of Canada's defence capabilities.

#### E. *Exercise of discretion*

[33] The applicants argue that the decision maker indulged in an unthinking or knee-jerk exercise of discretion and qualification, backing up his decision using platitudes, generalizations and hypotheses that are not supported by the evidence. The applicants insist that the

inefficace, et qu'il ne vaut donc pas la peine de protéger les renseignements qui risqueraient de compromettre l'efficacité du PPP et incidemment, la sécurité aérienne canadienne.

[31] Le défendeur avance que, de nos jours, l'approche visant à garantir la sécurité de l'infrastructure par les gardes de sécurité, les armes et les fortifications (en anglais « *guns, guards and gates* ») est dépassée étant donné l'étendue de l'infrastructure à risque et la nature de la menace terroriste moderne. L'approche par couches, soit par l'entremêlement de mesures redondantes, assure que si un dispositif est déjoué, un autre permettra d'empêcher un attentat. Il ne faut pas affaiblir une mesure importante telle le PPP simplement parce que d'autres mesures la complètent. D'ailleurs, le défendeur plaide que la sécurité aérienne moderne est interconnectée à la sécurité aérienne des partenaires internationaux du Canada. Ainsi, affaiblir une couche en divulguant le nombre de personnes et le nombre de Canadiens sur la LPP affecterait la confiance que les autres pays ont envers le Canada. Le Canada pourrait même se voir révoquer l'exemption à l'application de la « no-fly list » américaine.

[32] Finalement, le défendeur fait valoir que l'ICR n'étant pas dévoilée a un effet dissuasif sur la planification et l'exécution d'attentats terroristes puisque ces groupes n'ont pas d'information concrète avec laquelle mesurer le risque. Ainsi, il était raisonnable pour M. O'Reilly de conclure que dévoiler l'ICR répondrait au critère de l'existence d'un risque vraisemblable de préjudice probable, permettant ainsi d'invoquer l'exception de l'alinéa 15(1)c) de la LAI. Permettre la divulgation d'une information, même datant de plusieurs années, permettrait à des personnes mal intentionnées de faire plusieurs demandes au fil des ans et de dresser un portrait de la capacité défensive du Canada.

#### E. *Exercice de la discrétion*

[33] Les demanderesse avancent que le décideur s'est livré à un exercice de qualification et à un exercice de la discrétion automatique, étayant sa décision par des platitudes, des généralités ainsi que des hypothèses non étayées par la preuve. Les demanderesse font valoir

decision maker, Mr. O'Reilly, who has not been in his position for very long, blindly deferred to the opinion of specialists and therefore did not truly use his own judgment. It is also possible that the decision not to disclose the information is some sort of attempt to save face, since the Minister of Transport at the time the PPP was implemented, the Honourable Lawrence Cannon, allegedly stated, according to a *Globe and Mail* article [by Gloria Galloway. "No-fly list grounds up to 2,000 people" *The Globe and Mail* (June 19, 2007)], that there were between 500 and 2000 names on the SPL. This statement can also be seen as a "*de facto*" disclosure.

[34] The respondent countered that it is not important how long the ATIP Director has held this particular position and that the evidence shows Mr. O'Reilly to be a competent individual. In addition, there is no evidence indicating that any embarrassment or bad faith is at the source of the refusal to disclose the RCI. On the contrary, the evidence shows that Mr. O'Reilly's only concern was the existence of an injury to national security. The respondent is of the opinion that a discretionary decision is unreasonable only if it is determined that the decision was not made in keeping with the Act, that it was made in bad faith, that it was unjustified, that it was made based on irrelevant factors or that it was made without consideration of relevant factors. In light of these criteria, Mr. O'Reilly's exercise of discretion was reasonable. Furthermore, given the circumstances, it was appropriate for the decision maker to consult specialists as well as the relevant services and departments. Regarding the minister's statement, the respondent asserts that he cannot make inferences as to the minister's intention.

[35] The applicants suggest that the historical nature of the information was not at all addressed in Mr. O'Reilly's decision. Neither did Mr. O'Reilly comment on the Canadian public's interest in judging the program's efficiency and effectiveness in relation to its cost (approximately \$13.8 million per year for the first five years of operation, and \$2.9 million for the subsequent years). Consequently, the applicants argue that the injury alleged by the respondent is more likely of a

que le décideur, M. O'Reilly, dans son poste depuis peu longtemps, s'est aveuglément remis à l'opinion des spécialistes et n'a donc pas véritablement exercé son propre jugement. Il est aussi possible que la décision de ne pas divulguer l'information vise à cacher un embarras quelconque puisque le ministre des Transports à l'époque de la mise en vigueur du PPP, l'honorable Lawrence Cannon, aurait déclaré, selon un article du *Globe and Mail* [par Gloria Galloway. « No-fly list grounds up to 2,000 people » *The Globe and Mail* (19 juin 2007)], qu'entre 500 et 2 000 noms se trouvaient sur la LPP. Cette déclaration peut aussi être considérée une « divulgation accomplie ».

[34] Le défendeur riposte que le temps passé dans la fonction spécifique de directeur d'accès à l'information n'est pas important et que la preuve démontre que M. O'Reilly est une personne compétente. De plus, il n'y a aucune preuve indiquant qu'un embarras ou de la mauvaise foi sont à la source du refus de divulguer l'ICR. Au contraire, la preuve démontre que la seule préoccupation de M. O'Reilly était l'existence d'un préjudice à la sécurité nationale. Le défendeur est d'avis qu'une décision discrétionnaire est déraisonnable seulement s'il est démontré que la décision n'a pas été prise conformément à la loi, qu'elle a été prise de mauvaise foi, qu'elle est mal fondée, qu'elle a pris en compte des considérations non pertinentes ou qu'elle a été prise en omettant de tenir compte de facteurs pertinents. À la lumière de ces critères, l'exercice de la discrétion de M. O'Reilly était raisonnable. D'ailleurs, étant donné les circonstances, il est approprié que le décideur consulte des spécialistes ainsi que les ministères et services pertinents. En ce qui concerne la déclaration du ministre, le défendeur fait valoir qu'il ne peut tirer des inférences quant à l'intention du ministre.

[35] Les demanderesse suggèrent que le caractère historique des renseignements n'a pas du tout été adressé dans la décision de M. O'Reilly. Ce dernier n'a pas non plus commenté l'intérêt du public canadien à juger l'efficacité et l'efficacéité du programme en relation à son coût, soit environ 13,8 millions \$ par année pour les cinq premières années d'opération et 2,9 millions \$ pour les années subséquentes. Par conséquent, les demanderesse avancent que le préjudice invoqué par le défendeur est

political nature than it is related to factors governed by the exemption under paragraph 15(1)(c) of the ATIA. Specifically, if the disclosure of the RCI reveals a small number, the PPP's usefulness will be called into question; whereas if the number is high, it may be thought that the program is too lenient, or that Canada is overflowing with terrorists who threaten civil aviation. The applicants reiterate that it is unacceptable for the decision maker to assume that there is enough information in the public domain regarding the PPP for the public to be able to evaluate it. This consideration is arbitrary and is contradicted by the simple fact that Ms. Cameron made an ATIP request. Furthermore, even the United States makes the data contained in its "no-fly list" available to the public.

[36] The respondent retorts that Mr. O'Reilly, the decision maker, exercised reasonable discretion. The respondent maintains that Mr. O'Reilly studied all of the relevant factors, having specifically annotated the Commissioner's recommendations, consulted specialists within the relevant departments and services, considered the importance of the information for the public and taken into account that the information requested dates from 2007–2010, as well as the objectives of the ATIA. In the end, the similar programs and other lists that exist, specifically the RCMP's list of high-risk travellers, are in no way comparable to the SPL, either in who they target or in their goals or inclusion criteria.

#### IV. ISSUES

[37] Firstly, the Court must determine whether the decision maker reasonably qualified the information as falling under subsection 15(1) of the ATIA, allowing him to invoke the exemptions to the general rule requiring the information to be disclosed.

[38] If the answer to the first question is yes, then the Court must also determine whether the minister's representative exercised reasonable discretion in refusing to disclose the information, after the Commissioner's recommendations.

plutôt de nature politique que lié à des facteurs appréciables à l'exception de l'alinéa 15(1)c) de la LAI. Notamment, si la divulgation de l'ICR révèle un petit chiffre, l'utilité du PPP sera remise en cause tandis que si le chiffre est très grand, l'on doutera que le programme soit trop permissif ou que le Canada pullule de terroristes menaçants l'aviation civile. Les demanderessees renchérissent qu'il est inacceptable que le décideur estime qu'il y a assez d'information dans le domaine public au sujet du PPP afin de permettre au public de l'évaluer. Cette considération est arbitraire et est contredite par le simple fait que la demanderesse Cameron ait présenté une demande d'accès à l'information. D'autre part, même les États-Unis rendent les données de leur « no-fly list » accessibles au public.

[36] Le défendeur rétorque que M. O'Reilly, le décideur, a exercé sa discrétion de façon raisonnable. Il soutient que M. O'Reilly a étudié tous les facteurs pertinents, ayant notamment annoté les recommandations de la commissaire, consulté des spécialistes au sein des ministères et services pertinents, envisagé l'importance de l'information pour le public et pris en compte que l'information demandée date de 2007 à 2010 ainsi que les objectifs de la LAI. Finalement, l'existence de programmes semblables ou d'autres listes, notamment celle de la GRC sur les voyageurs à risque élevé, ne sont aucunement comparable à la LPP tant par rapport aux personnes visées, qu'aux buts ainsi qu'aux critères d'inclusion.

#### IV. QUESTIONS EN LITIGE

[37] En premier lieu, la Cour doit déterminer si le décideur a raisonnablement qualifié l'information comme appartenant au paragraphe 15(1) de la LAI, lui permettant d'invoquer les exceptions à la règle générale voulant que l'information soit divulguée.

[38] Si la réponse à la première question est affirmative, en deuxième lieu, la Cour doit déterminer si l'exercice de la discrétion du représentant du ministre de refuser la divulgation des informations suite aux recommandations de la commissaire était raisonnable.

## V. LEGAL CONTEXT

[39] In this section, I will provide a brief summary of the applicable law. Firstly, I will describe the general procedure for making an access to information request. Then, I will outline the relevant legislation. Lastly, I will state the law that applies specifically to judicial review when the decision maker invokes an exemption under the ATIA.

### A. Procedure for making an ATIP request pursuant to the ATIA

[40] To provide some context for this application for judicial review, it is useful to understand the progression of an ATIP request. *Bronskill v. Canada (Canadian Heritage)*, 2011 FC 983, [2013] 2 F.C.R. 563 (*Bronskill*), is a good starting point to familiarize oneself with access to information rights. Paragraphs 4–15 and 62–85 of this case law are particularly relevant. The Supreme Court also synthesized the procedure clearly in paragraphs 18–20 of the decision in *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)*, 2011 SCC 25, [2011] 2 S.C.R. 306 (*Commissioner v. Defence*). However, I will not go into as much detail today; here is the gist of it:

[41] Firstly, a sufficiently detailed written request is sent to the organization that has the information. The person in charge at the federal institution is responsible for replying. The individual responsible must grant access to the documents within a reasonable time frame, regardless of who makes the request. If the organization refuses to disclose the information and the person files a complaint, the Information Commissioner must review the refusal. There is no direct process to determine which requests are active and which documents have been requested. The Commissioner can make recommendations and require a report from the organization in question (*Bronskill*, above, at paragraphs 6 and 7).

[42] Secondly, if, following the Commissioner's recommendations, the organization in question still refuses

## V. CADRE JURIDIQUE

[39] Dans cette section, je brosse succinctement un portrait du droit applicable. Premièrement, je décris la procédure générale d'une demande d'accès à l'information. Ensuite, j'expose la législation pertinente. Finalement, j'indique le droit spécifiquement applicable au contrôle judiciaire lorsque le décideur invoque une exception prévue dans la LAI.

### A. Processus d'une demande d'information en application de la LAI

[40] Afin de bien situer cette demande de contrôle judiciaire, il est utile de comprendre le cheminement d'une demande d'accès à l'information. La cause *Bronskill c. Canada (Patrimoine canadien)*, 2011 CF 983, [2013] 2 R.C.F. 563 (*Bronskill*), est un bon point de départ pour se familiariser avec le droit de l'accès à l'information. Les paragraphes 4 à 15 et 62 à 85 de cette jurisprudence sont particulièrement pertinents. La Cour suprême a aussi synthétisé la procédure de façon claire aux paragraphes 18 à 20 de la décision *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, 2011 CSC 25, [2011] 2 R.C.S. 306 (*Commissaire c. Défense*). Toutefois, je ne me lancerai pas dans autant de détails aujourd'hui; en voici l'essentiel :

[41] Premièrement, une demande écrite suffisamment détaillée est envoyée à l'institution qui détient l'information. C'est le responsable de l'institution fédérale qui est responsable de répondre. Le responsable doit donner accès aux documents dans un délai raisonnable, peu importe qui fait la demande. Si l'institution refuse de divulguer l'information et que la personne porte plainte, la commissaire à l'information doit réviser le refus. Il n'existe pas de processus direct pour savoir quelles demandes sont actives et quels documents sont demandés. La commissaire peut faire des recommandations et exiger un rapport de la part de l'institution concernée (*Bronskill*, précité, aux paragraphes 6 et 7).

[42] Deuxièmement, si suite aux recommandations de la commissaire, l'institution concernée refuse toujours

to disclose the information, the Commissioner informs the person of his or her right to judicial review of the organization's decision before the Federal Court. It should be noted that the right to judicial review refers to a judicial review of the organization's decision—not a judicial review of the Information Commissioner's decision to support (or not) the individual's request. The Information Commissioner may, together with the individual, acting alone, or jointly, pursue the application for judicial review (*Bronskill*, above, at paragraphs 7 and 8).

[43] Lastly, the Federal Court must have access to all of the relevant documents. The Federal Court has the responsibility to protect and disclose the information if necessary. Contrary to the procedure pursuant to section 38 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, the Federal Court does not explicitly have the power to publish summaries of the information concerned (*Bronskill*, above, at paragraphs 11, 26 and 27).

[44] In this case, the Federal Court reviews the last decision made by Transport Canada's ATIP Director in its entirety, namely the exercise of qualification and discretion that followed the Commissioner's recommendations. It is by evaluating the decision as a whole that the Court can then rule on its reasonableness. The Court must, inherently, show a certain deference; however, the Court cannot accept a decision whose conclusions are unreasonable (*3430901 Canada Inc. v. Canada (Minister of Industry)*, 2001 FCA 254, [2002] 1 F.C. 421 (*Telezone*), at paragraph 100 and *Bronskill*, at paragraph 9). In short, the Court reviews the reasonableness both of the decision regarding the qualification of the information, and of the exercise of discretion in allowing the disclosure of information under section 15 of the ATIA, notwithstanding an exemption authorizing the decision maker not to disclose the RCI (*Bronskill*, above, at paragraphs 62–64, 69, 76).

#### B. *Relevant legislation*

[45] The legislation relevant to this case is included in the appendix of this decision.

de divulguer l'information, la commissaire informe la personne de son droit au contrôle judiciaire de la décision de l'institution devant la Cour fédérale. À noter que le droit à la révision judiciaire est envers la décision de l'institution et non envers la décision de la commissaire à l'information de soutenir la demande de l'individu ou non. La commissaire à l'information peut, de concert avec l'individu, elle-même, ou conjointement, poursuivre la demande de révision judiciaire (*Bronskill*, précité, aux paragraphes 7 et 8).

[43] Finalement, la Cour fédérale doit avoir accès à tous les documents pertinents. La Cour fédérale a la responsabilité de protéger et divulguer l'information si nécessaire. Contrairement à la procédure en application de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, la Cour fédérale n'a pas explicitement le pouvoir de publier des sommaires de l'information concernée (*Bronskill*, précité, aux paragraphes 11, 26 et 27).

[44] En l'occurrence, la Cour fédérale révisé la dernière décision prise par le directeur d'accès à l'information de Transports Canada dans son plein ensemble, soit l'exercice de qualification et de discrétion suite aux recommandations de la commissaire. C'est en évaluant la décision comme un tout que la Cour tranche quant à la raisonabilité de celle-ci. La Cour doit, de façon inhérente, faire preuve d'une certaine déférence, toutefois, la Cour ne peut accepter une décision ayant des conclusions déraisonnables (*3430901 Canada Inc. c. Canada (Ministre de l'Industrie)*, 2001 CAF 254, [2002] 1 C.F. 421 (*Telezone*), au paragraphe 100 et *Bronskill*, au paragraphe 9). En bref, la Cour révisé la raisonabilité tant de la décision relative à la qualification de l'information que l'exercice de la discrétion permettant de dévoiler l'information selon l'article 15 de la LAI malgré une exception autorisant le décideur à ne pas dévoiler l'ICR (*Bronskill*, précité, aux paragraphes 62 à 64, 69, 76).

#### B. *Législation pertinente*

[45] La législation pertinente à cette affaire se retrouve à l'annexe de cette décision.

### C. *Specific legal principles*

#### (1) Scope of the public's right to access to information

[46] Access to government information is essential to ensure a healthy democratic system as indicated in *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403 (*Dagg*), at paragraph 61, and *Bronskill*, at paragraphs 4 and 5. In *Merck Frosst Canada Ltd. v. Canada (Health)*, 2012 SCC 3, [2012] 1 S.C.R. 23 (*Merck Frosst*), the Supreme Court summarizes this three-point principle at paragraph 21:

The purpose of the Act is to provide a right of access to information in records under the control of a government institution. The Act has three guiding principles: first, that government information should be available to the public; second, that necessary exemptions to the right of access should be limited and specific; and third, that decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government (s. 2(1)).

[47] Each day, the government is called upon to make important decisions on behalf of the community. To do so, it bases its decisions on information vital to the decision-making process, prepared by the government apparatus. The public has the right to know this information, with the purpose of ensuring a dialogue surrounding the topics discussed. Without this information, there can be no healthy debate. The ATIA states this public right in section 2. The Supreme Court has given the ATIA quasi-constitutional status, specifically in the case of *Commissioner v. Defence*, above, at paragraph 40 (see also *Bronskill*, above, at paragraphs 4 and 5).

[48] However, this right to access, which is meant to be broad, is restrained by certain exemptions found in the ATIA. These exemptions must be specific and limited, the principle being that the general rule advocates for access except under clearly identified and justified circumstances (*Bronskill*, above, at paragraphs 4 and 5).

[49] In order to implement these principles, sections 49 and 50 of the ATIA acknowledge that the Court has a broad remedial power following any government

### C. *Principes juridiques spécifiques*

#### 1) Portée publique du droit d'accès à l'information

[46] L'accès à l'information détenue par le gouvernement est essentiel pour assurer une santé réelle à notre système démocratique tel qu'indiqué dans l'arrêt *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403 (*Dagg*), au paragraphe 61, et la décision *Bronskill*, aux paragraphes 4 et 5. Dans l'arrêt *Merck Frosst Canada Ltée c. Canada (Santé)*, 2012 CSC 3, [2012] 1 R.C.S. 23 (*Merck Frosst*), la Cour suprême résume ce principe en trois points au paragraphe 21 :

La loi a pour objet d'élargir l'accès aux documents de l'administration fédérale. Elle repose sur trois principes directeurs : premièrement, le public a droit à la communication des documents de l'administration fédérale; deuxièmement, les exceptions indispensables à ce droit doivent être précises et limitées; troisièmement, les décisions quant à la communication sont susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif (par. 2(1)).

[47] Au quotidien, le gouvernement est appelé à prendre des décisions importantes au nom de la collectivité. Pour ce faire, il se base sur de l'information essentielle à la prise de décision préparée par l'appareil gouvernemental. Le public a le droit de connaître cette information dans le but d'assurer un débat entourant les sujets en discussion. Sans cette information, le débat ne peut avoir sainement lieu. La LAI constate ce droit du public à l'article 2. La Cour suprême a donné un statut quasi constitutionnel à la LAI, notamment dans l'affaire *Commissaire c. Défense*, précité, au paragraphe 40 (voir aussi *Bronskill*, précité, aux paragraphes 4 et 5).

[48] Toutefois, ce droit d'accès qui se veut large est restreint par certaines exceptions trouvées dans la LAI. Ces exceptions doivent être précises et limitées, le principe étant que la règle générale prône l'accès sauf dans des circonstances bien identifiées et justifiées (*Bronskill*, précité, aux paragraphes 4 et 5).

[49] Afin de mettre en œuvre ces principes, les articles 49 et 50 de la LAI reconnaissent à la Cour un vaste pouvoir réparateur suite à l'évaluation du refus de toute

authority's refusal to disclose information (see also *Bronskill*, above, at paragraphs 27, 67, 77, 103, 105, 110, 114).

[50] Paragraph 67 of *Bronskill* briefly outlines the differences between sections 49 and 50 of the ATIA:

Section 49 gives the Court power to order disclosure or to make any order deemed appropriate arising from the refusal of disclosure under sections of the Act that are not referred to in section 50. Section 50 itself gives the Court power to intervene in matters arising from section 14 (federal-provincial affairs), section 15 of the Act (national security and international affairs), paragraph 16(1)(c) (enforcement of laws and conduct of an investigation), paragraph 16(1)(d) (security of penal institutions) and paragraph 18(d) [as am. by S.C. 2006, c. 9, s.146] (financial interests of government). What is common between the refusals reviewed under section 50 is that the head of the government institution refusing disclosure has the discretion to do so, and the exemptions are injury-based, not class-based.

[51] In this case, as I will explain in more detail below, the Court's remedial power is that which is conferred by section 50, given the type of exemption invoked.

(2) General procedure when invoking an exemption in the ATIA

[52] The general rule of the ATIA is that the information must be disclosed. There are two types of exemptions that justify non-disclosure of the requested information: the first type of exemption is class-based. The second type of exemption is injury-based, and is related to the potential injury that could result from disclosure of the requested information. Paragraphs 13 and 15 of *Bronskill* clearly outline this procedure:

The exemptions laid out in the Act are to be considered in two aspects by the reviewing Court. Firstly, exemptions in the Act are either class-based or injury-based. Class-based exemptions are typically involved when the nature of the documentation sought is sensitive in and of

autorité gouvernementale de communiquer l'information (voir aussi *Bronskill*, précité, aux paragraphes 27, 67, 77, 103, 105, 110, 114).

[50] Le paragraphe 67 de la décision *Bronskill* énonce en bref les différences entre les articles 49 et 50 de la LAI :

L'article 49 confère à la Cour le pouvoir d'ordonner la communication de documents ou de rendre une autre ordonnance si elle l'estime indiqué, à la suite d'une décision de refus de communication fondée sur des dispositions de la Loi autres que celles mentionnées à l'article 50. L'article 50 lui-même confère à la Cour le pouvoir d'intervenir dans les affaires qui mettent en cause l'article 14 (affaires fédéro-provinciales), l'article 15 (sécurité nationale et affaires internationales), l'alinéa 16(1)c) (activités destinées à faire respecter les lois et déroulement d'une enquête), l'alinéa 16(1)d) (sécurité des établissements pénitentiaires) ou l'alinéa 18d) [mod. par L.C. 2006, ch. 9, art. 146] (intérêts financiers du gouvernement) de la Loi. Les décisions de refus de communication révisées en vertu de l'article 50 ont tous en commun que le responsable d'une institution fédérale qui rend la décision de refus de communication a le pouvoir discrétionnaire de le faire, et les exceptions sont fondées sur un critère subjectif, et non objectif.

[51] En ce qui concerne le cas présent, comme je détaillerai ci-dessous, le pouvoir réparateur de la Cour est celui conféré par l'article 50 étant donné le type d'exception invoqué.

2) Procédure générale lorsque l'on invoque une exception dans la LAI

[52] La règle générale de la LAI est que l'information doit être divulguée. Il existe deux types d'exceptions qui justifient de ne pas divulguer l'information demandée : le premier type d'exception est celui de la catégorie de l'information. Le deuxième type d'exception est celui lié au préjudice potentiel lié à la divulgation de l'information demandée. Les paragraphes 13 et 15 de la décision *Bronskill* énoncent bien cette marche à suivre :

Les exceptions énoncées dans la Loi doivent être examinées sous deux angles par la cour siégeant en révision. Premièrement, les exceptions à la Loi sont fondées soit sur le préjudice, soit sur la catégorie. Les exemptions fondées sur la catégorie sont généralement invoquées



itself. For example, the section 13 exemption is related to information obtained from foreign governments, which, by its nature, is a class-based exemption. Injury-based exemptions require that the decision maker analyse whether the release of information could be prejudicial to the interests articulated in the exemption. Section 15 is an injury-based exemption: the head of the government institution must assess whether the disclosure of information could “be expected to be injurious to the conduct of international affairs, the defence of Canada or any state allied or associated with Canada or the detection, prevention or suppression of subversive or hostile activities”.

...

The second component of the exemptions under the Act is to determine whether the exemption is mandatory or discretionary. In the case of mandatory exemptions, the provisions of the Act mandate that the decision maker “shall refuse to disclose” the records when they fall under the exemption (see, *inter alia*, section 19). In the case of discretionary exemptions, the decision maker “may refuse” to disclose the record. Section 15 is a discretionary exemption, the aspects of which will be considered at length in the present reasons.

[53] Before launching into descriptions of the applicable standards and burdens of proof at the various stages, it is worth clarifying that the qualification and the exercise of discretion are reviewed by the Court, taking into account all of the information as well as the roles played by the parties. The Court has before it all of the evidence used by the decision maker when making decisions, including the position taken by the Commissioner, as well as the grounds that, according to the Commissioner, justify the disclosure of the RCI (*Bronskill*, above, at paragraph 11).

### (3) Qualification

[54] In this case, the decision maker qualifies the information as meeting the criteria for an exemption related to the potential injury that could result from disclosure of the requested information. Transport Canada’s ATIP Director feels that disclosing the RCI would go against subsection 15(1) and paragraph 15(1)(c)

lorsque la nature de la documentation sollicitée est intrinsèquement confidentielle. À titre d’exemple, l’exemption prévue à l’article 13 concerne les renseignements obtenus des gouvernements étrangers et est, de par sa nature, une exception fondée sur la catégorie. Les exceptions fondées sur le préjudice exigent que le décideur analyse la question de savoir si la communication des renseignements pourrait aller à l’encontre des intérêts exposés dans l’exemption. L’article 15 est une exception fondée sur le préjudice : le responsable d’une institution fédérale doit examiner la question de savoir si la communication de l’information « risquerait vraisemblablement de porter préjudice à la conduite des affaires internationales, à la défense du Canada ou d’États alliés ou associés avec le Canada ou à la détection, à la prévention ou à la répression d’activités hostiles ou subversives ».

[...]

La deuxième composante des exceptions prévues à la Loi est de vérifier si l’exception est de nature obligatoire ou discrétionnaire. Dans le cas des exceptions obligatoires, les dispositions de la Loi prévoient que le décideur « est tenu de refuser la communication » des documents lorsque ceux-ci sont visés par une exception (voir, entre autres, l’article 19). Dans le cas des exceptions de nature discrétionnaire, le décideur « peut refuser » la communication des documents. L’exception visée par l’article 15 est de nature discrétionnaire, dont les aspects seront examinés en profondeur dans les présents motifs.

[53] Avant de se lancer dans la description des normes applicables et des fardeaux de preuve aux différentes étapes, il importe de clarifier que la qualification et l’exercice de la discrétion sont révisés par la Cour en tenant compte de la totalité des informations ainsi que des rôles joués par les parties. La Cour a devant elle toute la preuve utilisée lors des décisions effectuées par le décideur, incluant la position prise par la commissaire ainsi que les motifs justifiant selon elle la divulgation de l’ICR (*Bronskill*, précité, au paragraphe 11).

### 3) Qualification

[54] Dans le présent cas, le décideur qualifie l’information comme répondant aux critères d’une exception liée au préjudice potentiel lié à la communication de l’information demandée. Le directeur d’accès à l’information de Transports Canada considère que divulguer l’ICR irait à l’encontre du paragraphe 15(1) et de

of the ATIA; that is to say, would hinder the detection, prevention or suppression of subversive or hostile activities. It is submitted that disclosing the RCI could facilitate the perpetration of acts of terrorism, including hijacking, in or against Canada or foreign states—the very definition of subversive or hostile activities found in subsection 15(2) of the ATIA.

[55] Paragraph 69 of *Bronskill* provides a good summary of why the reasonableness standard applies:

... the applicability of the injury-based exemption of section 15 is to be determined on the standard of reasonableness. Firstly, this is what is instructed by section 50 and section 15 themselves (“reasonable grounds ... to refuse disclosure”, “reasonably be expected to be injurious”). Secondly, this Court has proceeded with the reasonableness standard when dealing with section 15 exemptions (*Do-Ky v. Canada (Minister of Foreign Affairs and International Trade)*, 1999 CanLII 8083 (FCA), 173 D.L.R. (4th) 515 (F.C.A.), at paragraph 7; *Kitson v. Canada (Minister of National Defence)*, above; *Steinhoff v. Canada (Minister of Communications)*, above; *X v. Canada (Minister of National Defence)*, above (per Strayer J.); *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Prime Minister)*, [1993] 1 F.C. 427 (T.D.)). Thirdly, the Court notes the nature of the information falling under section 15 is such that “a range of acceptable outcomes defensible in fact and in law” does exist in terms of what constitutes information injurious to the matters highlighted in section 15. Reasonable people can reasonably disagree as to what falls within section 15....

[56] In paragraphs 22–27 of the decision in *Attaran v. Canada (Foreign Affairs)*, 2011 FCA 182, 337 D.L.R. (4th) 552 (*Attaran*), the [Federal] Court of Appeal explores the case law regarding the standard and the burden of proof in various circumstances. In paragraph 24, the Federal Court of Appeal indicates “that the burden of proof would depend upon the circumstances before the Court.” (*Attaran*, above, at paragraph 24).

[57] In this case, Ms. Cameron did not have access to the RCI or to the closed hearing in which the respondent and the Commissioner participated. The facts in this case differ from those in the existing case law: contrary to *Bronskill* (at paragraphs 125 and 126), *Attaran* (at

l’alinéa 15(1)c) de la LAI, soit à l’encontre de la détection, de la prévention ou de la répression d’activités hostiles ou subversives. Il est soumis que dévoiler l’ICR pourrait faciliter les activités visant la perpétration d’actes de terrorisme, y compris les détournements de moyens de transport contre le Canada ou un État étranger ou sur leur territoire, soit les éléments constitutifs de la définition d’activités hostiles ou subversives trouvées au paragraphe 15(2) de la LAI.

[55] La cause *Bronskill*, au paragraphe 69, résume bien pourquoi la norme de la raisonabilité s’applique :

[...] l’applicabilité de l’exception subjective prévue à l’article 15 doit être déterminée selon la norme de la décision raisonnable. Premièrement, c’est ce que prévoient l’article 50 et l’article 15 eux-mêmes (« refus [de communication] fondé sur des motifs raisonnables », « risquerait vraisemblablement de porter préjudice »). Deuxièmement, la Cour a appliqué la norme de la décision raisonnable lorsqu’elle avait affaire à l’exception prévue à l’article 15 (*Do-Ky c. Canada (Ministre des Affaires étrangères et du Commerce international)*, 1999 CanLII 8083 (C.A.F.), au paragraphe 7; *Kitson c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, précitée; *Steinhoff v. Canada (Minister of Communications)*, précitée; *X c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, (le juge Strayer), précitée; *Canada (Commissaire à l’information) c. Canada (Premier ministre)*, [1993] 1 C.F. 427 (1<sup>re</sup> inst.)). Troisièmement, la Cour note que la nature des renseignements visés à l’article 15 fait qu’il existe des « issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » quant à savoir quels renseignements sont préjudiciables aux activités visées à l’article 15. Des personnes raisonnables peuvent raisonnablement avoir des avis différents quant à savoir ce qui est visé à l’article 15 [...]

[56] Aux paragraphes 22 à 27 de la décision *Attaran c. Canada (Affaires étrangères)*, 2011 CAF 182 (*Attaran*), la Cour d’appel [fédérale] explore la jurisprudence relative à la norme et au fardeau de la preuve dans différentes circonstances. Au paragraphe 24, la Cour d’appel fédérale indique : « que le fardeau de la preuve dépend[s] des circonstances portées à sa connaissance » (*Attaran*, précité, au paragraphe 24).

[57] En l’espèce, M<sup>me</sup> Cameron n’a pas eu accès à l’ICR ni à l’audience à huis clos à laquelle le défendeur et la commissaire ont participé. La trame factuelle de l’affaire en cause diffère de la jurisprudence existante, contrairement à la décision *Bronskill* (aux paragraphes

paragraphs 25–27), and *Telezone* (at paragraphs 93–96), the Information Commissioner supports Ms. Cameron's application and participates in the proceedings as a co-applicant. Despite the fact that Ms. Cameron had no access to the redacted evidence or to the RCI, the Commissioner did benefit from all of the evidence and the RCI, and participated in both the closed hearing and the public hearing. The burden of proof at the various stages of analysis is therefore defined according to these facts.

[58] Under these circumstances (that is to say, when the Commissioner participates in the closed hearing and the public hearing), to invoke the exemption found in paragraph 15(1)(c) of the ATIA, the decision maker must show that it was reasonable to determine that the information in question reasonably be expected to cause probable injury to the prevention or suppression of subversive or hostile activities. For this purpose, the relevant factors are: there exists a presumption in favour of disclosing government-held information; the details given in the exercise of qualification pursuant to section 15 of the ATIA must be precise and detailed; the alleged injury must not be abstract or speculative. See *Canada Packers Inc. v. Canada (Minister of Agriculture)*, [1989] 1 F.C. 47 (C.A.) (*Canada Packers*) and *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Prime Minister)*, [1993] 1 F.C. 427 (T.D.) (*Canada v. Prime Minister*).

[59] The decision maker must do more than simply demonstrate that the injury could occur. Paragraph 196 of *Merck Frosst* elaborates on what this means in practice:

It may be questioned what the word “probable” adds to the test. At first reading, the “reasonable expectation of probable harm” test is perhaps somewhat opaque because it compounds levels of uncertainty. Something that is “probable” is more likely than not to occur. A “reasonable expectation” is something that is at least foreseen and perhaps likely to occur, but not necessarily probable. When the two expressions are used in combination — “a reasonable expectation of probable harm” — the resulting standard is perhaps not immediately apparent. However, I conclude that this long-accepted formulation is intended to capture an important point: while the third party need not show on a balance of probabilities that the harm will

125 et 126), l'arrêt *Attaran* (aux paragraphes 25 à 27), et l'arrêt *Telezone* (aux paragraphes 93 à 96), la commissaire à l'information soutient la demande de M<sup>me</sup> Cameron et participe à l'instance à titre de codemanderesse. Malgré le fait que M<sup>me</sup> Cameron n'ait pas eu accès à la preuve caviardée ou à l'ICR, la commissaire, elle, a bénéficié de l'entièreté de la preuve, de l'ICR, et a participé tant à l'audience à huis clos qu'à l'audience publique. Le fardeau de preuve aux différentes étapes d'analyse est donc défini en fonction de cette trame factuelle.

[58] Dans ces circonstances, soit lorsque la commissaire participe à l'audience à huis clos et à l'audience publique, afin de se prévaloir de l'exception trouvée à l'alinéa 15(1)c) de la LAI, le décideur doit démontrer qu'il était raisonnable de déterminer que l'information en cause risquerait vraisemblablement de causer un préjudice probable à la prévention ou répression d'activités hostiles ou subversives. Pour ce faire, les facteurs pertinents sont : il existe une présomption en faveur de la divulgation de l'information; les détails donnés lors de l'exercice de qualification en application de l'article 15 de la LAI doivent être précis et détaillés; le préjudice allégué ne doit pas être abstrait ou de nature spéculative. Voir *Canada Packers Inc. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)*, [1989] 1 C.F. 47 (C.A.) (*Canada Packers*) et *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Premier ministre)*, [1993] 1 C.F. 427 (1<sup>re</sup> inst.) (*Canada c. Premier ministre*).

[59] Le décideur doit faire plus que seulement démontrer que le préjudice peut se produire. L'affaire *Merck Frosst*, au paragraphe 196, élabore sur ce que veut dire en pratique cette expression :

On peut se demander ce que le mot « probable » ajoute au critère. À première vue, le critère du « risque vraisemblable de préjudice probable » semble peut-être quelque peu obscur parce qu'il ajoute des degrés d'incertitude. Une chose « probable » est plus susceptible de se produire que l'inverse. Un « risque vraisemblable » est quelque chose qui est à tout le moins prévu et qui est peut-être susceptible de se produire, mais qui n'est pas nécessairement probable. La juxtaposition des deux expressions — « un risque vraisemblable de préjudice probable » — abouti en une norme qui peut ne pas être claire à première vue. Toutefois, je conclus que cette formulation acceptée depuis longtemps vise à cerner un point important, à

in fact come to pass if the records are disclosed, the third party must nonetheless do more than show that such harm is simply possible. Understood in that way, I see no reason to reformulate the way the test has been expressed. [Underlining in the original version.]

[60] The Court then discusses the causal link between disclosure and harm (at paragraph 197):

.... As for the causal link between disclosure and harm, the Court indicated that there need not be a causal relationship as in tort law, but that there must be proof of a “clear and direct connection between the disclosure of specific information and the injury that is alleged” (*Lavigne*, at para. 58; see also *Canada Packers*, at pp. 58–59).

[61] If the Court concludes at the first stage, that is to say, during the qualification analysis, that the exemption related to potential harm due to disclosure is justified based on the evidence on record, then it is appropriate to continue on to the second stage for the purposes of subsection 15(1) of the ATIA, namely the analysis of the exercise of discretion, since the decision maker can envision disclosing the information based on the facts at play.

#### (4) Exercise of discretion

[62] As indicated in the preceding paragraphs, since the Commissioner has access to all of the relevant information and participated in all of the proceedings, the burden rests firstly with the Commissioner to establish that the decision maker’s exercise of discretion was unreasonable. If the Commissioner succeeds in discharging her burden of proof, then the burden is reversed and the decision maker must prove that he did in fact exercise his discretion in a reasonable manner. Nevertheless, this standard must take into account the objectives of the ATIA, and the decision maker must exercise his discretion, taking the following into account (*Attaran*, above, at paragraphs 19–27, 30, 36 and *Bronskill*, at paragraphs 194, 204).

[63] By consulting the following cases, one can gain a clear understanding of the criteria related to the exercise of discretion when dealing with access to information or

savoir que même s’il ne lui incombe pas d’établir selon la prépondérance des probabilités que le préjudice se produise effectivement si les documents sont communiqués, le tiers doit néanmoins faire davantage que simplement démontrer que le préjudice peut se produire. Dans cette optique, je ne vois aucune raison de reformuler le critère. [Soulignement dans l’original.]

[60] La Cour discute par la suite du lien de causalité entre la divulgation et le préjudice (au paragraphe 197) :

[...] En ce qui concerne le lien de causalité entre la divulgation et le préjudice, la Cour a affirmé qu’il n’est pas nécessaire qu’il y ait un lien de causalité, comme en droit de la responsabilité délictuelle ou extracontractuelle, mais qu’il faut qu’il y ait « entre la divulgation d’une information donnée et le préjudice allégué un lien clair et direct » (*Lavigne*, par. 58; voir également *Canada Packers*, p. 58-59).

[61] Si la Cour conclut, à la première étape, soit lors de l’analyse de la qualification, que l’exception liée au préjudice potentiel lors de la divulgation est justifiée selon la preuve au dossier, il y a alors lieu de passer à la deuxième étape aux fins du paragraphe 15(1) de la LAI, soit à l’analyse de l’exercice de la discrétion, car le décideur peut envisager de dévoiler l’information selon les faits en jeux.

#### 4) Exercice de la discrétion

[62] Tel qu’indiqué aux paragraphes précédents, puisque la commissaire a accès à toute l’information pertinente et a participé à toutes les instances, le fardeau incombe en premier lieu à la commissaire d’établir que l’exercice de la discrétion du décideur a été effectué de manière déraisonnable. Si la commissaire réussit à remplir son fardeau, en deuxième lieu, le fardeau est renversé et le décideur doit établir qu’il a effectivement exercé sa discrétion de manière raisonnable. Toutefois, cette norme doit tenir compte des objectifs de la LAI et le décideur doit exercer sa discrétion en tenant compte de ceux-ci (*Attaran*, précité, aux paragraphes 19 à 27, 30, 36 et *Bronskill*, aux paragraphes 194, 204).

[63] L’on obtient un portrait clair des critères liés à l’exercice de la discrétion dans le cadre de l’accès à l’information ou de la protection des renseignements

protection of personal information: *Canada Packers*, above, at paragraphs 46–48, 66; *Attaran*, above, at paragraph 14; *Dunsmuir v. New-Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 47; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraph 59; *Canada (Attorney General) v. Abraham*, 2012 FCA 266, [2013] 1 C.T.C. 69, at paragraphs 41–44; *John Doe v. Ontario (Finance)*, 2014 SCC 36, [2014] 2 S.C.R. 3, at paragraph 52; *Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Association*, 2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815 (*Ontario Criminal Lawyers*), at paragraph 71; *Dagg*, above, at paragraphs 110 and 111; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paragraph 53; and *Telezona*, above, at paragraphs 112–116.

[64] Thus, from this corpus, I take away the following essential points: when assessing the reasonableness of the decision maker's exercise of discretion for the purposes of judicial review of a decision made under the aegis of the ATIA, the Court must consider the grounds for justification invoked by the decision maker, as well as the transparency and the intelligibility of the decisional path with regard to the facts in evidence. In addition, when the Commissioner is a party to the proceedings, the Court must consider her arguments and suggestions and analyze how the decision maker discusses them and takes them into consideration. In making his decision, the decision maker must show that he understands the access requests, that he understands the arguments in favour of disclosure and that he has carefully considered these arguments, all while taking into account the objectives of the ATIA.

[65] Furthermore, the Court must take into consideration all of the interests at play, including the public interest in the information held by the federal government (*Ontario Criminal Lawyers*, above, at paragraphs 66, 211):

... the [Minister] must go on to ask whether, having regard to all relevant interests, including the public interest in disclosure, disclosure should be made.

[66] That being said, I must reiterate that the decision maker cannot simply state that he has considered all of the relevant factors; he must concretely demonstrate

personnels en consultant les causes suivantes : *Canada Packers*, précité, aux paragraphes 46 à 48, 66; *Attaran*, précité, au paragraphe 14; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, au paragraphe 47; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, au paragraphe 59; *Canada (Procureur général) c. Abraham*, 2012 CAF 266, aux paragraphes 41 à 44; *Untel c. Ontario (Finances)*, 2014 CSC 36, [2014] 2 R.C.S. 3, au paragraphe 52; *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815 (*Ontario Criminal Lawyers*), au paragraphe 71; *Dagg*, précité, aux paragraphes 110 et 111; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, au paragraphe 53; et *Telezona*, précité, aux paragraphes 112 à 116.

[64] Ainsi, je retire de ce corpus les éléments essentiels suivants : lors de l'évaluation de la raisonabilité de l'exercice de la discrétion du décideur aux fins d'un contrôle judiciaire d'une décision prise sous l'égide de la LAI, la Cour doit prendre en compte les motifs de justification invoqués par le décideur, la transparence, et l'intelligibilité du cheminement décisionnel à l'égard des faits en preuve. En plus, lorsque la commissaire est une partie à l'instance, la Cour se doit de prendre en compte ses arguments, ses suggestions et d'analyser de quelle façon le décideur en discute et les prend en considération. Lorsqu'il décide, le décideur doit démontrer qu'il connaît bien les demandes d'accès, qu'il comprend les arguments en faveur d'une divulgation et qu'il considère soigneusement ces arguments tout en tenant compte des objectifs de la LAI.

[65] De surcroît, la Cour doit prendre en compte tous les intérêts en jeu, y compris celui de l'intérêt public à connaître l'information détenue par l'organisme fédéral (*Ontario Criminal Lawyers*, précité, aux paragraphes 66 et 211) :

[...] elle doit ensuite se demander si, compte tenu de tous les intérêts pertinents, y compris l'intérêt public à ce qu'il ait divulgation, il devrait y avoir divulgation.

[66] Ceci étant dit, je tiens à réitérer que le décideur ne peut simplement indiquer qu'il a considéré tous les facteurs pertinents; il doit concrètement démontrer

how he has considered them. To this end, the [Federal] Court of Appeal explains this important distinction very well at paragraph 36 of *Attaran*:

... just as the absence of express evidence about the exercise of discretion is not determinative, the existence of a statement in a record that a discretion was exercised will not necessarily be determinative. To find such a statement to be conclusive of the inquiry would be to elevate form over substance, and encourage the recital of boilerplate statements in the record of the decision-maker. In every case involving the discretionary aspect of section 15 of the Act, the reviewing court must examine the totality of the evidence to determine whether it is satisfied, on a balance of probabilities, that the decision-maker understood that there was a discretion to disclose and then exercised that discretion. This may well require the reviewing court to infer from the content of the record that the decision-maker recognized the discretion and then balanced the competing interests for and against disclosure, as discussed by the Court in *Telezone*, at paragraph 116.

[67] Under such circumstances, the decision maker must show that he has considered not only non-disclosure, but also disclosure, having considered the arguments in favour of disclosure in a complete and transparent fashion. He must weigh these arguments against the objectives of the ATIA. This requires a serious intellectual effort that allows the observer to conclude that the arguments in favour of disclosure were truly considered.

## VI. ANALYSIS

### A. Introduction

[68] To address the issues in this case, it is important to properly situate the Passenger Protect Program (the PPP) and the resulting Specified Persons List (the SPL) within the factual context of Canadian aviation safety.

[69] Then, we will proceed in two stages. Firstly, we will analyze the decision maker's qualification of the

comment il les a pris en compte. À ce sujet, la Cour d'appel [fédérale] dans l'arrêt *Attaran*, au paragraphe 36, exprime bien cette importante distinction :

[...] tout comme l'absence d'éléments de preuve précis concernant l'exercice du pouvoir discrétionnaire n'est pas déterminante, l'existence d'une déclaration dans un document portant qu'un pouvoir discrétionnaire a été exercé ne sera pas nécessairement déterminante. Conclure qu'une telle déclaration est déterminante pour l'enquête consisterait à accorder plus d'importance à la forme qu'au fond et à encourager l'énoncé de déclarations passe-partout dans le document du décideur. Dans chaque affaire portant sur l'aspect discrétionnaire de l'article 15 de la Loi, la cour de révision doit examiner l'ensemble de la preuve pour décider si elle est convaincue, selon la prépondérance des probabilités, que le décideur a compris qu'il avait un pouvoir discrétionnaire de communiquer des documents et qu'il a ensuite exercé ce pouvoir discrétionnaire. La cour de révision peut alors être tenue d'inférer du contenu du document que le décideur a reconnu l'existence du pouvoir discrétionnaire et a ensuite cherché à établir un équilibre entre les intérêts opposés en faveur de la communication et contre celle-ci, comme la Cour en a discuté dans l'arrêt *Telezone*, au paragraphe 116.

[67] En de telles circonstances, le décideur doit exhiber une préoccupation non seulement pour la non-divulgaration, mais aussi pour la divulgation, en tenant compte, de façon complète et transparente, les arguments favorisant la divulgation. Il doit soupeser ces arguments en fonction des objectifs de la LAI. Ceci nécessite un effort intellectuel sérieux qui permet à l'observateur de constater que les arguments favorisant la divulgation ont vraiment été considérés.

## VI. ANALYSE

### A. Introduction

[68] Afin de répondre aux questions du présent dossier, il est important de bien situer le Programme de la protection des passagers (le PPP) et la Liste des personnes précisées (la LPP) qui en ressort dans le cadre factuel de la sécurité aéronautique canadienne.

[69] Par la suite, nous procéderons en deux étapes. En premier lieu, nous analyserons la qualification de

information with regard to any probable harm to the prevention or suppression of subversive or hostile activities. Given our agreement with the qualification of the information as being related to paragraph 15(1)(c) of the ATIA, we will then proceed with an analysis of the discretion exercised by the decision maker in arriving at the conclusion that the requested confidential information (RCI) should not be disclosed.

[70] To do this, I will consider the redacted information, the RCI, the submissions heard at the closed hearing, the parties' public records and their submissions presented at the public hearing. I will consider both the decision made by Transport Canada's ATIP Director on June 4, 2013, and the body of evidence, that is to say, all of the evidence presented since the initial access request was made on June 7, 2010. I also take into account the examinations on the affidavits and the evidence filed by the Commissioner.

[71] There is no need for confidential reasons, since the redacted facts speak for themselves. These grounds clearly explain the reasons for the present decision, while preserving the redacted evidence and the RCI.

[72] Let us now proceed to the analysis of the PPP and the SPL—essential to properly understanding the access requests, the current proceeding and its outcome.

#### B. *The PPP and the SPL*

[73] Let us recall that the PPP has existed since June 18, 2007. It was at this time that the first SPL was created and implemented. Based on the evidence, the SPL is constantly being revised and periodically modified. Until February 2011, the Minister of Transport was responsible for it, and since that time, the Minister of Public Safety has taken over. For the period in question (2007–2010), a Transport Canada advisory board composed of a senior representative from the Canadian Security and Intelligence Service (CSIS), the Royal Canadian Mounted Police (RCMP) and departmental representatives, as well as representatives from other interested government departments and agencies, created the list using CSIS and RCMP information.

l'information effectuée par le décideur en ce qui a trait au préjudice probable à la prévention ou à la répression d'activités hostiles ou subversives. Étant donné notre accord avec la qualification de l'information en tant qu'information liée à l'alinéa 15(1)c) de la LAI, nous procéderons, en deuxième lieu, à l'analyse de l'exercice de la discrétion que le décideur a suivi pour conclure que l'information confidentielle recherchée (l'ICR) ne devait pas être divulguée.

[70] Pour ce faire, j'ai à l'esprit l'information caviardée, l'ICR, les soumissions entendues à huis clos, les dossiers publics des parties et leurs soumissions présentées lors de l'audience publique. Je considère tant la décision du directeur d'accès à l'information du Ministère des Transports du 4 juin 2013 que l'entièreté de la preuve, soit celle émanant depuis la demande initiale d'accès le 7 juin 2010. Je tiens aussi compte des interrogatoires sur les affidavits et la preuve déposée par la commissaire.

[71] Il n'y a pas lieu à des motifs confidentiels puisque les faits caviardés parlent d'eux-mêmes. Les présents motifs explicitent bien les raisons de la présente décision tout en préservant la preuve caviardée et l'ICR.

[72] Passons maintenant à l'analyse du PPP et de la LPP, éléments essentiels pour bien comprendre les demandes d'accès, la présente procédure ainsi que son résultat.

#### B. *Le PPP et la LPP*

[73] À titre de rappel, le PPP existe depuis le 18 juin 2007. C'est à ce moment que la première LPP fut constituée et mise en vigueur. Selon la preuve, la LPP est constamment révisée et est modifiée périodiquement. Jusqu'en février 2011, le ministre des Transports était responsable de sa confection et depuis ce temps, le ministre de la Sécurité publique a pris la relève. Pour la période à l'étude, soit de 2007 à 2010, un groupe consultatif du Ministère des Transports formé d'un représentant sénior du Service canadien des renseignements de sécurité (le SCRS), de la Gendarmerie royale du Canada (la GRC) et de représentants du Ministère ainsi que d'autres ministères et agences gouvernementales intéressés confectionnent la liste en ayant recours

The group made recommendations to the Minister of Transport regarding specified persons to be added to the list.

[74] Specified persons, for the purposes of the SPL, are individuals identified by the advisory board as posing immediate threats to flight safety. The factors to be considered in identifying these persons are: any person who is or has been involved with a terrorist group and who might reasonably be suspected of endangering the safety of an airplane, an airport, or the public, or the passengers or crew of domestic or international flights. This list targets a specific class of individuals related to the disruption of flight safety for flights leaving Canada and arriving in Canada or elsewhere, and for flights arriving at Canadian airports.

[75] Individuals on the SPL will not be issued a boarding pass unless it is authorized by a person capable of granting this permission. Consequently, air carriers, secretly having access to this list, must also check their own passenger list, to see if any of them are on the SPL. An individual on the SPL cannot know that he or she is on the list unless he or she travels by air. Individuals on the SPL can contest their name's entry on the list by following set procedures.

[76] The PPP is one of the screening measures used to ensure the safety of passengers travelling to or from Canada by plane. The PPP's other precautionary measures include, but are not limited to: screening every passenger, associating passengers on board the airplane with checked luggage, etc. The SPL is a screening measure that, based on the evidence, is applied before passengers obtain their boarding passes and then again before they board the airplane. This twofold approach does not compare to the other screening tools used. It is an addition to these measures that cannot be replaced by the other means currently in force.

### C. *Other lists*

[77] There are other passenger lists that, according to the evidence presented, do not compare to the SPL. We

aux informations du SCRS et de la GRC. Le groupe recommande au ministre des Transports les personnes précisées à inscrire sur la liste.

[74] Les personnes précisées, aux fins de la LPP, sont des gens identifiés par le groupe consultatif comme étant des menaces immédiates à la sécurité aérienne. Les facteurs à considérer pour identifier ces personnes sont : toute personne qui est ou a été impliquée dans un groupe terroriste et qui peut être raisonnablement soupçonnée de mettre en danger la sécurité d'un avion, d'un aéroport, du public, des passagers ou de l'équipage des vols domestiques ou internationaux. Cette liste cible une catégorie de personnes précises reliées à la déstabilisation de la sécurité aérienne tant pour les vols quittant le Canada, à destination canadienne ou autres, que ceux qui arrivent dans un aéroport canadien.

[75] Une personne sur la LPP n'obtiendra pas sa carte d'embarquement à moins qu'elle soit autorisée par une personne pouvant accorder cette permission. En conséquence, les transporteurs aériens, ayant confidentiellement accès à cette liste, doivent vérifier à même leur propre liste de passagers si certains d'entre eux se retrouvent sur la LPP. Une personne sur la LPP ne peut savoir qu'elle est sur la liste à moins qu'elle utilise le transport aérien. Elle peut contester son inscription selon les procédures définies.

[76] Le PPP est l'une des mesures de contrôle utilisées pour assurer la protection des passagers voyageant du ou vers le Canada par avion. Parmi les autres précautions, on y retrouve, mais non de façon exhaustive, la vérification de chacun des passagers, l'association des passagers à bord de l'avion à une valise en consignment, etc. La LPP est une mesure de contrôle qui, selon la preuve, a effet avant d'obtenir la carte d'embarquement et, par la suite, avant d'embarquer à bord de l'avion. Ce facteur de double temporalité ne se compare pas aux autres outils de contrôle utilisés. Il s'agit d'un ajout aux mesures qui ne peut être remplacé par les autres moyens actuellement en vigueur.

### C. *Autres listes*

[77] Il existe d'autres listes de passagers qui, selon la preuve présentée, ne se comparent pas à la LPP. Nous



have already explored the criteria that might cause an individual to be placed on the SPL and concluded that the SPL targets a very specific group. Some other lists use some of these criteria as well, but in every case, these other lists also apply other criteria not used by the SPL.

(1) The U.S. “no-fly list”

[78] The U.S. “no-fly list” is a list containing information from a number of organizations, and it applies criteria that are much more general. According to the evidence, it includes more than 16 000 names and, of these, fewer than 500 are U.S. citizens (data from 2011). This U.S. “no-fly list” applies to all flights leaving Canada that will arrive at U.S. airports or that will pass over U.S. territory en route to a destination other than Canada. Flights departing from one Canadian airport to arrive at another Canadian airport after passing over U.S. territory received an exemption from U.S. authorities in March 2012.

(2) The UN List

[79] Another list is that of the United Nations (the UN List), created by the Security Council with the adoption of Resolution 1267 in 1999 [at its 4051st meeting on 15 October 1999]. Resolution 1267 aimed to encourage UN members to adopt measures against terrorist groups and individuals. The UN List includes approximately 222 names of individuals associated with Al-Qaida or other terrorist groups and approximately 66 designated groups. Each UN member country is responsible for enforcing the list. Although it targets individuals involved with terrorist groups, the UN List does not use the same criteria as the SPL for including names.

(3) Air carrier lists

[80] There are also other lists produced by air carriers, identifying persons that the carriers associate with flight safety based on their behaviour on board the plane or their background information. These lists, which belong

avons exploré ci-haut les critères pouvant amener une personne à se retrouver sur la LPP et constaté que la LPP vise un groupe bien ciblé. Certaines autres listes utilisent en partie ces critères, mais, dans tous les cas, en appliquent aussi d'autres non couverts par la LLP.

1) La « no-fly list » américaine

[78] La « no-fly list » américaine constitue une liste avec de l'information provenant de plusieurs organismes et appliquent des critères beaucoup plus généraux. L'on y retrouve, selon la preuve, plus de 16 000 noms et, sur ce nombre, on y retrouve moins de 500 citoyens américains (données de l'année 2011). Cette « no-fly list » américaine s'applique à toutes les envolées quittant le Canada en direction d'un aéroport américain ou encore qui, lors du transport, circulent en partie au-dessus du territoire américain en destination autre que le Canada. Les envolées quittant un aéroport canadien en direction d'un autre aéroport canadien, mais circulant en partie au-dessus du territoire américain ont reçu une exemption des autorités américaines en mars 2012.

2) La liste de l'ONU

[79] Une autre liste est celle de l'Organisation des Nations-Unies (la liste de l'ONU), créée par le Conseil de sécurité par adoption de la résolution 1267 en 1999 [à sa 4051<sup>e</sup> séance, le 15 octobre 1999]. La résolution 1267 vise encourager les membres de l'ONU à adopter des mesures à l'encontre de personnes et de groupes terroristes. On retrouve sur la liste de l'ONU environ 222 personnes associées à Al-Qaïda ou autres groupes terroristes et environ 66 groupes désignés. Chaque pays membre de l'ONU est responsable de la mise en vigueur de la liste. Bien qu'elle cible des personnes associées à des groupes terroristes, la liste de l'ONU n'utilise pas les mêmes critères que la LPP pour y inclure des noms.

3) Les listes des transporteurs aériens

[80] Il y a aussi d'autres listes confectionnées par les transporteurs aériens qui identifient les personnes que les transporteurs associent à la sécurité aérienne par leur comportement à bord de l'avion ou par leurs antécédents.

to each carrier, cannot be shared with other carriers. These lists, as we see, are not related to the SPL.

#### (4) The RCMP list

[81] There is one final list, produced by the RCMP, which contains approximately 90 names of persons allegedly planning to travel abroad to participate in combat for terrorist groups. The individuals on this list have a different objective than those included on the SPL.

#### *D. Conclusions regarding the SPL*

[82] Considering the evidence submitted, it is clear that the SPL is not comparable to the other lists mentioned above. The SPL has a specific purpose that is not reflected in the other lists.

[83] In a 2009 report, the Privacy Commissioner conducted a detailed study of the PPP, having access to all of the information, including the RCI and the names on the list. Evidently, her first concern was protecting the privacy of the persons involved. The Commissioner referred to the PPP as a secret program dealing with personal information obtained and used without the consent of the persons involved. The report reveals that, at that time, the PPP was centralized at Transport Canada's main office and approximately 20 people worked on it. In 2007, the cost of getting the program up and running was estimated at \$13.8 million for the first five years and after that, at a little under \$3 million annually.

[84] Considering that which is mentioned above as well as the evidence filed by the parties, it must be concluded that the PPP, as it was designed and implemented, works well and seems to meet the flight safety objectives for which it was created. The evidence submitted does not permit the undersigned to conclude that the list is badly designed or poorly managed or that it contains inconsistencies; in any case, that is not the

Ces listes, appartenant à chaque transporteur, ne peuvent pas être partagées avec d'autres transporteurs. Ces listes, comme on le voit, ne s'apparentent pas à la LPP.

#### 4) La liste de la GRC

[81] Il y a une dernière liste confectionnée par la GRC qui contient environ 90 noms de personnes à risque qui auraient l'intention de voyager à l'étranger afin de participer au combat pour le compte de groupes terroristes. Les personnes sur cette liste ont un objectif différent de celles inscrites sur la LPP.

#### *D. Conclusions sur la LPP*

[82] Tenant compte de la preuve soumise, on ne peut que constater que la LPP n'est pas comparable aux autres listes mentionnées ci-haut. La LPP a une vocation spécifique qui n'est pas reflétée dans les autres listes.

[83] Dans un rapport préparé en 2009, le commissaire à la vie privée a étudié le PPP de façon détaillée, ayant accès à toute l'information, y incluant l'ICR et les noms sur la liste. Évidemment, sa préoccupation première était la protection de la vie privée des personnes concernées. Le commissaire a qualifié le PPP de programme secret traitant de données personnelles obtenues et utilisées sans le consentement des personnes impliquées. Le rapport nous apprend que le PPP, à ce moment, était centralisé au bureau central du Ministère des Transports et environ 20 personnes y travaillaient. En 2007, l'on estimait que le coût pour mettre sur pied le programme serait de 13.8 \$ millions pour les cinq premières années et que, par la suite, il en coûterait un peu moins de 3 \$ millions annuellement.

[84] Tenant compte de ce qui est mentionné ci-haut et de la preuve déposée par les parties, force est de constater que le PPP, tel que conçu et mis en vigueur, fonctionne bien et semble rencontrer les objectifs de sécurité aérienne pour lesquels il fut créé. La preuve soumise ne permet pas au soussigné de constater si la liste est mal confectionnée, mal gérée ou encore souffre d'irrégularités; de toute façon, il ne s'agit pas de

purpose of this proceeding. The PPP's purpose is to protect passengers, and history shows that since its entry into force in 2007, it has fully achieved its goals.

[85] Before I launch into an analysis of the qualification, I would like to point out that the expression “national security” is not explicitly used in the ATIA. Nevertheless, it is evident that the concept of national security is implicit in exemption of subsection 15(1) of the ATIA since the definitions of “subversive or hostile activities” found in subsection 15(2) use the same vocabulary as that used in this field. The Supreme Court notably discussed at length the terminology related to national security in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, at paragraphs 80–99. The links between national security and “subversive or hostile activities” are evident. On the whole, I am of the opinion that it is perfectly acceptable to invoke the concepts and the case law from the field of national security if it is necessary and appropriate to do so in the circumstances at hand.

E. *The information qualification conducted by the decision maker*

[86] Would publishing the number of individuals and Canadian citizens on the SPL from 2007–2010 reasonably be expected to create probable harm to national security by facilitating the perpetration of acts of terrorism, specifically the hijacking of Canadian or foreign aircraft?

[87] This is the big question that we are asked to answer as a first step; we must therefore analyze the information qualification conducted by the decision maker. The question that this Court must answer is: “Was the decision maker’s judgment reasonable when he concluded that subsection 15(1) and paragraph 15(1)(c) of the ATIA applied in this case?” Mr. Justice Rothstein—while he was with the Federal Court—stated, in the case of *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Prime Minister)* [cited above], at page 479:

l’objectif de la présente procédure. Le PPP a comme objectif de protéger les passagers et l’histoire démontre que, depuis sa mise en vigueur en 2007, il atteint pleinement ses objectifs.

[85] Avant de me lancer dans l’analyse de la qualification, je tiens à noter que l’expression « sécurité nationale » n’est pas explicitement utilisée dans la LAI. Toutefois, il est évident que le concept de sécurité nationale est implicite à l’exception du paragraphe 15(1) de la LAI puisque les définitions d’« activités hostiles ou subversives » trouvées au paragraphe 15(2) reprennent le même vocabulaire que celui trouvé dans ce domaine. La Cour suprême a notamment longuement discuté de la terminologie liée à la sécurité nationale dans l’arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3, aux paragraphes 80 à 99. Les liens entre la sécurité nationale et les « activités hostiles ou subversives » sont évidents. Somme toute, je suis d’avis qu’il est parfaitement acceptable d’invoquer des concepts et de la jurisprudence du domaine de la sécurité nationale s’il est nécessaire et approprié de le faire selon les circonstances en cause.

E. *La qualification de l’information effectuée par le décideur*

[86] Est-ce que publier le nombre de personnes et de citoyens canadiens sur la LPP de 2007 à 2010 risquerait vraisemblablement de créer un préjudice probable à la sécurité nationale en facilitant la perpétration d’actes de terrorisme, notamment des détournements d’aéronefs contre le Canada ou un État étranger?

[87] Ceci est la grande question que nous sommes appelés à répondre en première étape; il s’agit donc d’analyser la qualification de l’information effectuée par le décideur. La question à laquelle doit répondre la Cour est : « Est-ce que le décideur a, de façon raisonnable, motivé sa décision lorsqu’il a conclu que le paragraphe 15(1) et l’alinéa 15(1)c) de la LAI s’appliquaient en l’espèce? » Le juge Rothstein alors qu’il était à la Cour fédérale, dans l’affaire *Canada (Commissaire à l’information) c. Canada (Premier ministre)* [précité], indique à la page 479 :

.... Descriptions of possible harm, even in substantial detail, are insufficient in themselves. At the least, there must be a clear and direct linkage between the disclosure of specific information and the harm alleged. The Court must be given an explanation of how or why the harm alleged would result from disclosure of specific information. If it is self-evident as to how and why harm would result from disclosure, little explanation need be given. Where inferences must be drawn, or it is not clear, more explanation would be required. The more specific and substantiated the evidence, the stronger the case for confidentiality. The more general the evidence, the more difficult it would be for a court to be satisfied as to the linkage between disclosure of particular documents and the harm alleged.

In addition, allegations of harm from disclosure must be considered in light of all relevant circumstances. In particular, this includes the extent to which the same or similar information that is sought to be kept confidential is already in the public realm. While the fact that the same or similar information is public is not necessarily conclusive of the question of whether or not there is a reasonable expectation of harm from disclosure of the information sought to be kept confidential, the burden of justifying confidentiality would, in such circumstances, be more difficult to satisfy.

[88] In this same judgment, Rothstein J. also enumerates a series of very useful factors to consider when a Court must evaluate the qualification given by a decision maker (*Canada (Information Commissioner) v. Canada (Prime Minister)* [cited above], at pages 444–446):

The Canadian jurisprudence interpreting the *Access to Information Act* has established guidelines that can be useful in assessing whether or not there is a reasonable expectation of probable harm from disclosure in a given situation and the procedures to be followed. The following are not exhaustive:

1. The exemptions to access require a reasonable expectation of probable harm: *Canada Packers, supra*, at page 60.
2. The considered opinion of the Information Commissioner should not be ignored: *Rubin v.*

[...] Les descriptions de préjudice possible, même détaillées, ne suffisent pas en elles-mêmes. À tout le moins, il faut qu'il y ait un lien clair et direct entre la divulgation de tel ou tel renseignement et le préjudice invoqué. La partie intéressée doit expliquer à la Cour comment ou pourquoi le préjudice invoqué résulterait de la communication de tel ou tel renseignement. Si le comment ou le pourquoi de ce préjudice est évident, l'explication ne doit pas être bien longue. Mais si une déduction est nécessaire ou si le lien n'est pas clair, l'explication doit être plus longue. Plus les preuves et témoignages sont spécifiques et concluants, plus forte est la défense de la confidentialité. Plus les preuves et témoignages sont généraux, plus il serait difficile pour la Cour de conclure au lien entre la divulgation de documents donnés et le préjudice invoqué.

En outre, les allégations de préjudice résultant de la communication doivent être examinées à la lumière de tous les faits et circonstances de la cause. Ce qui s'entend notamment de la question de savoir dans quelle mesure les renseignements dont une partie tient à protéger la confidentialité ou des renseignements similaires sont déjà du domaine public. Certes, le fait que les mêmes renseignements ou des renseignements similaires soient déjà du domaine public ne règle pas nécessairement la question de savoir s'il y a un risque vraisemblable de risque résultant de la divulgation des renseignements dont la confidentialité est en cause, mais cette circonstance fait qu'il est plus difficile de se décharger du fardeau de la preuve justifiant la confidentialité.

[88] Dans ce même jugement, le juge Rothstein énumère aussi une série de facteurs forts utiles à considérer lorsqu'une Cour évalue la qualification effectuée par un décideur (*Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Premier ministre)* [précité], aux pages 444 à 446) :

La jurisprudence canadienne portant interprétation de la *Loi sur l'accès à l'information* a défini des principes directeurs qui peuvent servir à déterminer si la communication risquerait vraisemblablement de causer un préjudice probable dans un cas donné; elle a aussi défini la marche à suivre en la matière. Voici les règles qui s'en dégagent, et la liste n'en est pas exhaustive :

1. Les exceptions au droit d'accès doivent être justifiées par un risque vraisemblable de préjudice probable; voir *Canada Packers (supra)*, à la page 60.
2. On doit tenir compte de l'avis mûrement réfléchi du Commissaire à l'information; voir *Rubin c. Canada*

- Canada (Canada Mortgage and Housing Corp.)*, [1989] 1 F.C. 265 (C.A.), at page 272.
- (Société canadienne d'hypothèques et de logement)*, [1989] 1 C.F. 265 (C.A.), à la page 272.
3. Use of the information is to be assumed in assessing whether its disclosure would give rise to a reasonable expectation of probable harm: *Air Atonabee Ltd. v. Canada (Minister of Transport)* (1989), 27 C.P.R. (3d) 180 (F.C.T.D.), at page 210.
  3. Il faut présumer que les renseignements demandés seront utilisés, lorsqu'il s'agit d'examiner si la divulgation risquerait vraisemblablement de causer un risque probable; voir *Air Atonabee Ltd. c. Canada (Ministre du Transport)* (1989), 27 C.P.R. (3d) 180 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 210.
  4. It is relevant to consider if the information sought to be kept confidential is available from sources otherwise available by the public and whether it could be obtained by observation or independent study by a member of the public acting on his or her own: *Air Atonabee*, *supra*, at page 202.
  4. Il convient d'examiner si les renseignements dont la communication est refusée peuvent être obtenus de sources auxquelles le public a normalement accès, ou peuvent être obtenus par observation ou par étude indépendante par un simple citoyen agissant de son propre chef; voir *Air Atonabee* (*supra*), à la page 202.
  5. Press coverage of a confidential record is relevant to the issue of expectation of probable harm from its disclosure: *Canada Packers*, *supra*, at page 63; *Ottawa Football Club v. Canada (Minister of Fitness and Amateur Sports)*, [1989] 2 F.C. 480 (T.D.), at page 488.
  5. La couverture par la presse d'un renseignement confidentiel est un facteur à prendre en considération dans l'examen du risque de préjudice probable résultant de la divulgation; voir *Canada Packers* (*supra*), à la page 63; *Ottawa Football Club c. Canada (Ministre de la Condition physique et du Sport amateur)*, [1989] 2 C.F. 480 (1<sup>re</sup> inst.), à la page 488.
  6. Evidence of the period of time between the date of the confidential record and its disclosure is relevant: *Ottawa Football Club*, *supra*, at page 488.
  6. Est admissible la preuve relative à l'intervalle séparant la date du renseignement confidentiel et celle de sa divulgation; voir *Ottawa Football Club* (*supra*), à la page 488.
  7. Evidence that relates to consequences that could ensue from disclosure that describe the consequences in a general way falls short of meeting the burden of entitlement to an exemption from disclosure: *Ottawa Football Club*, *supra*, at page 488; *Air Atonabee*, *supra*, at page 211.
  7. La preuve des conséquences susceptibles de découler de la divulgation, qui donne une description générale de ces conséquences, ne satisfait pas à la norme de preuve applicable à l'exemption de communication; voir *Ottawa Football Club* (*supra*), à la page 488; *Air Atonabee* (*supra*), à la page 211.
  8. Each distinct record must be considered on its own and in the context of all the documents requested for release, as the total contents of the release are bound to have considerable bearing on the reasonable consequences of its disclosure: *Canada Packers*, *supra*, at page 64.
  8. Chaque document distinct doit être considéré à part et dans le contexte de tous les documents demandés car la teneur totale d'une communication doit influencer énormément sur les conséquences vraisemblables de sa divulgation; voir *Canada Packers* (*supra*), à la page 64.
  9. Section 25 of the Act provides for severance of material in a record that can be disclosed from that which is protected from disclosure under an exemption provision. The severance must be reasonable. To disclose a few lines out of context would be worthless: *Montana Band of Indians v. Can. (Min. of Indian & Nor. Affairs)*, [1988] 5 W.W.R. 151 (F.C.T.D.), at page 166.
  9. L'article 25 de la Loi prévoit la possibilité de séparer dans un document les renseignements qui peuvent être divulgués de ceux qui sont protégés par une exception. Le prélèvement doit être raisonnable. Il ne servirait à rien de divulguer quelques lignes hors de contexte; voir *Bande indienne de Montana c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord)*, [1988] 5 W.W.R. 151 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 166.
  10. Exemptions from disclosure should be justified by affidavit evidence explaining clearly the rationale
  10. Le refus de communication doit être justifié au moyen de témoignages par affidavit expliquant clairement

exempting each record: *Ternette v. Canada (Solicitor General)*, [1992] 2 F.C. 75 (T.D.), at pages 109-110; and *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Department of Health and Welfare Protection Branch)* (1988), 20 C.P.R. (3d) 177 (F.C.T.D.), at page 179.

[89] In light of this list of potentially useful factors, let us apply those factors that are relevant to the case at hand.

[90] The respondent maintains that Mr. O'Reilly, the decision maker, correctly concluded that disclosing the RCI could be injurious to the prevention or suppression of subversive or hostile activities, in compliance with paragraph 15(1)(c) of the ATIA.

[91] As seen earlier, in order to effectively render such a decision, the decision maker must show, in his or her reasons, that disclosing the RCI would reasonably be expected to be injurious to the detection, prevention or suppression of subversive or hostile activities. The possible harm to be established must be one that is probable based on the facts and must not be hypothetical or speculative. Nonetheless, the fact remains that the harm does not necessarily have to result from the disclosure, since it would be impossible to obtain evidence of this.

[92] We have already described the PPP, its purpose and its details. The PPP is one of the screening measures used to ensure the safety of passengers travelling to or from Canada by plane. In addition, the SPL is unique and is among the many screening measures essential to ensuring the safety of passengers, crews, and aircraft.

[93] The SPL contains the names of individuals who have been, by their past, linked to terrorist groups; who could be suspected of endangering the safety of persons travelling by plane; who have allegedly been found guilty of crimes threatening flight safety; or who have allegedly committed crimes endangering the lives of individuals and who could threaten flight safety. These criteria are specific and mainly target persons involved with terrorist groups and their potential links to air transport. This is a well-defined category. Mr. O'Reilly,

la raison de l'exemption de chaque document; voir *Ternette c. Canada (Solliciteur général)*, [1992] 2 C.F. 75 (1<sup>re</sup> inst.), aux pages 109 et 110 et *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministère de la Santé et du Bien-être social, Division de la protection)* (1988), 20 C.P.R. (3d) 177 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 179.

[89] Suite à ce bref exposé de facteurs potentiellement utiles, appliquons les facteurs pertinents à la trame factuelle en cause.

[90] Le défendeur soutient que M. O'Reilly, le décideur, a correctement conclu que dévoiler l'ICR risquerait de causer un préjudice à la prévention ou suppression d'activités hostiles ou subversives en conformité avec l'alinéa 15(1)c) de la LAI.

[91] Comme vu précédemment, afin d'effectivement rendre une telle décision, le décideur doit démontrer, dans ses motifs, que la divulgation de l'ICR risquerait vraisemblablement de porter préjudice à la détection, à la prévention ou à la répression d'activités hostiles ou subversives. Le préjudice à établir doit en être un qui est probable selon les faits et ne doit pas être hypothétique ou spéculatif. Il demeure toutefois que le préjudice ne doit pas obligatoirement se matérialiser par la divulgation car avoir à faire une telle preuve est impossible.

[92] Nous avons déjà décrit le PPP, son objectif et ses particularités. Le PPP est une des mesures de contrôle qui assure la protection des passagers voyageant du ou vers le Canada par avion. De plus, la LPP est unique en son genre et fait partie des plusieurs mesures de contrôle essentielles afin d'assurer la sécurité des passagers, des équipages et des aéronefs.

[93] La LPP contient le nom des personnes qui ont, par leur passé, été liées à des groupes terroristes, qui pourraient être soupçonnées de mettre en danger la sécurité des personnes voyageant par avion, qui auraient été condamnées de crimes contre la sécurité aérienne ou encore qui auraient commis des crimes mettant en péril la vie des gens et qui pourraient mettre en péril la sécurité aérienne. Ces critères sont spécifiques et visent principalement les personnes impliquées avec des groupes terroristes et à leurs liens possibles au transport aérien.

the decision maker, recognizes this fact in his June 2013 letter, when he writes:

Upon implementation of these guidelines, specified persons have consistently been individuals, terrorists, and members of terrorists groups who have recorded or historical involvement in acts targeting aviation; have the capability to target aviation; and/or who have a stated intent to target aviation.

[94] The applicants maintain that the alleged harm is less probable since the RCMP initially claimed to be indifferent to the Transport Canada decision maker's invocation of paragraph 15(1)(c) of the ATIA and then changed its mind after communicating with Mr. Free. I am not of the opinion that the RCMP's change of opinion is relevant, since it is just one piece of information among so many others at the decision maker's disposal.

[95] It is also important to note that the SPL, as constituted, is not comparable to the other lists of travellers prohibited from travelling by plane. As I have already mentioned, the U.S. "no-fly list" and the UN List do not use the same selection criteria as the SPL. Therefore, the SPL, as part of the PPP, serves a unique and specific purpose and cannot be replaced by the other lists that prohibit certain individuals from travelling by plane.

[96] For the purposes of this analysis, and with the goal of clearly understanding the decision maker's decision, I take into consideration the communications exchanged between the Office of the Information Commissioner and Transport Canada. It is evident that the decision maker's main justification for refusing to disclose the RCI is the loss of the deterrent effect of the SPL. According to the decision maker, this loss meets the requirement of the existence of harm necessary to qualify the information under the aegis of paragraph 15(1)(c). In both the November 17, 2011 letter and the June 2013 letter, Mr. O'Reilly, the decision maker, explains in detail that revealing the RCI would provide the keen observer with information that he or she could use for his or her own purposes. In the modern global

Il s'agit donc d'une catégorie bien définie. Ce fait est reconnu par le décideur, M. O'Reilly, dans sa lettre de juin 2013 lorsqu'il écrit :

[TRADUCTION]

Depuis la mise en œuvre de ces lignes directrices, les personnes précisées ont toujours été des individus, des terroristes et des membres de groupes terroristes qui ont effectué des actes de terrorisme contre l'aviation ou ont déjà pris part à ces actes, ont la capacité de commettre ces actes, ou ont l'intention d'en commettre.

[94] Les demanderesse soutiennent que le préjudice allégué est moins vraisemblable puisque la GRC s'est d'abord prononcée comme indifférente à l'invocation de l'alinéa 15(1)c) de la LAI par le décideur chez Transports Canada puis s'est ravisée suite aux communications avec M. Free. Je ne suis pas d'avis que le changement d'opinion de la GRC est pertinent puisqu'il ne s'agit que d'une donnée parmi tant d'autres à la disposition du décideur.

[95] Il est aussi important de noter que la LLP, telle que constituée, n'est pas comparable aux autres listes de voyageurs prohibés de voyager par avion. Comme j'ai déjà relaté, la « no-fly list » américaine et celle de l'ONU n'utilisent pas les mêmes critères de sélection que la LPP. Cette dernière a donc, dans le cadre du PPP, une vocation unique et particulière qui ne peut être remplacée par les autres listes prohibant certaines personnes à voyager par avion.

[96] Aux fins de la présente analyse et dans le but de bien comprendre la décision du décideur, je prends en considération l'échange de communications entre le Bureau de la commissaire et Transports Canada. Il est évident que la justification principale du décideur pour refuser la divulgation de l'ICR est la perte de l'effet dissuasif de la LPP. Selon le décideur, cette perte répond à l'exigence de l'existence d'un préjudice nécessaire afin de qualifier l'information sous l'égide de l'alinéa 15(1)c). Que ce soit dans la lettre du 17 novembre 2011 ou encore dans celle de juin 2013, le décideur, M. O'Reilly, explique de façon détaillée que révéler l'ICR donnerait à un observateur averti de l'information qu'il pourrait utiliser pour ses propres fins. Dans le contexte mondial moderne où la menace d'attentats violents est

context where the threat of violent plots is significant, information and its collection are very important. It is well known that certain groups use information, analyze it and then plan their future actions, at least in part, on this basis.

[97] I am well aware that Canada is a known target for civil aviation terror plots, as history shows: Air India (flight 182); the explosion at Narita International Airport in Japan; the 2006 terrorist plot involving two planes flying from London to Montréal and Toronto; the Underwear Bomber and the flight on Christmas Day 2009, which passed over Canadian airspace; and the 2013 interception of an individual in possession of explosives at Pierre Elliott Trudeau Airport. In addition, the evidence establishes that Canada remains a target of interest for terrorist groups like Al-Qaida, among others. These groups develop new sophisticated methods for circumventing screening measures.

[98] The SPL is one screening measure among many, which cannot be replaced by another. As already seen, the SPL plays a unique role among all of the screening measures. It is the only Canadian safety precaution that applies to flights coming to Canada from abroad. For foreign airports that do not use the same pre-boarding screening measures as Canada, the SPL is the only obligatory Canadian measure used to screen travellers coming from abroad.

[99] It was proposed that the fact that the United States disclosed the number of names on its list (along with the percentage of American citizens on it) should justify disclosing the Canadian RCI. I disagree. The PPP is a separate program from that of the United States and was not developed to address the same objectives. These two lists cannot be compared. As for the UN List, it does not have the same objectives either: it addresses just one category of individuals associated with Al-Qaida or similar groups. It cannot be compared to the SPL either, since the SPL has its unique role among the many screening measures in place in Canada. The RCMP list does not target the same type of individuals. Indeed, the RCMP list targets individuals who might leave Canada

appréciable, l'information et sa collecte sont très importantes. Il est reconnu que certains groupes utilisent l'information, l'analysent et déterminent en conséquence leurs actions à venir, au moins en partie, sur cette base.

[97] Je suis bien conscient que le Canada est une cible reconnue d'attentats terroristes contre l'aviation civile, tel que le passé le démontre : Air India (vol 182); l'explosion à l'aéroport de Narita au Japon; le complot terroriste de 2006 visant deux avions venant de Londres vers Montréal et Toronto; l'Underwear Bomber et le vol de Noël 2009 passant en partie au-dessus de l'espace aérien canadien; et l'interception d'un individu en 2013 en possession d'explosifs à l'aéroport Pierre Elliott Trudeau. En plus, la preuve établit que le Canada demeure une cible d'intérêt pour les groupes terroristes, entre autres Al-Qaïda. Ces groupes développent de nouveaux moyens sophistiqués pour détourner les mesures de contrôle.

[98] La LPP est une mesure de contrôle parmi plusieurs, qui ne peut être remplacée par une autre. Comme vu précédemment, la LPP joue un rôle particulier dans le cadre de l'ensemble des mesures de contrôle. Elle est la seule mesure de sécurité canadienne qui s'applique aux vols provenant de l'étranger à destination du Canada. Pour les aéroports à l'étranger qui n'appliquent pas les mêmes mesures de contrôle de pré-embarquement que le Canada, la LPP est la seule mesure canadienne obligatoire qui touche les voyageurs provenant de l'étranger.

[99] On a tenté de prétendre que le fait que les États-Unis dévoilent le nombre de noms sur leur liste ainsi que le pourcentage de citoyens américains sur celle-ci justifie la divulgation de l'ICR canadienne. Je ne suis pas d'accord. Le PPP est un programme distinct de celui des États-Unis et il n'a pas été conceptualisé pour répondre aux mêmes objectifs. On ne peut pas comparer ces deux listes. Quant à la liste de l'ONU, elle aussi n'a pas les mêmes objectifs : elle ne vise qu'une catégorie de personnes reliées à Al-Qaïda ou à des groupes semblables. Encore là, on ne peut la comparer à la LPP, qui elle trouve sa vocation particulière dans l'ensemble des mesures de contrôle en vigueur au Canada. Pour ce qui est de la liste de la GRC, elle ne cible pas le même type



to participate in terrorist combat abroad. These lists cannot be compared to the SPL either. The same goes for the lists held by various air carriers, targeting individuals that the carriers do not want on board, each for individual specific reasons.

[100] Paragraph 15(1)(c) of the ATIA aims specifically to protect information that would be useful to those wishing to engage in subversive or hostile activities such as activities directed toward the commission of terrorist acts, including hijacking, in or against Canada or foreign states.

[101] In his June 2013 letter, on pages 2 and 3, the decision maker explains in a reasonable manner that publicizing the RCI would provide the keen observer with some very useful information:

Without deterrence, terrorists would view targeting Canadians or Canadian Bound Aircrafts as soft targets, increasing the likelihood of attack.

[102] Such a statement is not speculation or a hypothesis: disclosing the RCI, namely the total number of individuals and the number of Canadian citizens on the SPL, would allow the keen observer to obtain additional data that he or she could use for his or her own ends. For this observer, in the current state of the matter, this is relevant and useful information. On this basis, I conclude that disclosing the RCI would create a reasonable risk of probable harm; the how and the why of the harm are evident. In the interest of Canadians and in particular those who travel by air, it is not appropriate to create this probable risk.

[103] In arriving at this conclusion, I have also taken into account the Commissioner's arguments regarding the exemption found in paragraph 15(1)(c). I cannot agree with them for the above-mentioned reasons. However, I add that my conclusion with regard to the qualification was arrived at based on the specific facts in the case at hand. If the facts change in the future, these findings may also change.

de personnes. En effet, la liste de la GRC concerne les personnes qui pourraient quitter le Canada pour se joindre au combat terroriste à l'étranger. On ne peut comparer ces listes à la LPP non plus. Il va de même pour les listes des différents transporteurs qui visent les personnes que les transporteurs ne veulent pas à bord pour des raisons propres à chacun d'eux.

[100] L'alinéa 15(1)c) de la LAI vise spécifiquement à protéger l'information qui serait utile pour ceux qui voudraient commettre des activités hostiles ou subversives telles que des actes de terrorisme, ce qui inclut les détournements de moyens de transport contre le Canada, contre un État étranger ou sur leur territoire.

[101] Dans sa lettre de juin 2013, aux pages 2 et 3, le décideur explique de façon raisonnable que publiciser l'ICR donnerait de l'information fort utile à l'observateur averti :

Sans dissuasion, les terroristes auraient l'impression que les Canadiens et les avions à destination du Canada sont des proies faciles, ce qui accroîtrait la probabilité d'attaques.

[102] Une telle affirmation n'est pas de la spéculation ou une hypothèse : divulguer l'ICR, soit le nombre de personnes total et le nombre de Canadiens sur la LPP, permettrait à l'observateur averti d'obtenir de nouvelles données qu'il évaluera pour avancer ses fins. Pour cet observateur, dans l'état actuel du dossier, il s'agit d'informations pertinentes et utiles. Sur cette base, je conclus que dévoiler l'ICR créerait un risque vraisemblable de préjudice probable; le comment et le pourquoi du préjudice est évident. Dans l'intérêt des Canadiens et en particulier de ceux et celles qui voyagent par voie aérienne, il n'y a pas lieu de créer ce risque probable.

[103] Pour en arriver à cette conclusion, j'ai aussi pris en considération les arguments de la commissaire concernant l'exception trouvée à l'alinéa 15(1)c). Je ne peux les retenir pour les raisons mentionnées ci-haut. Toutefois, j'ajoute que ma conclusion quant à la qualification est faite sur la base des données particulières à l'affaire en instance. Si les données changent à l'avenir, il se pourrait que le présent constat change aussi.

[104] I would like to clarify that such a culmination of the qualification stage is not a determining factor with regard to the following stage, namely the analysis of the reasonableness of the decision maker's exercise of discretion. Indeed, paragraph 211 of the *Bronskill* case states: "The conferral of discretion by the Act is the embodiment of a clear legislative intent that some information may well be disclosed despite an alleged injury."

F. *The decision maker's exercise of discretion*

[105] As a reminder, section 15 of the ATIA grants the decision maker the right to disclose the RCI or not, according to his or her assessment. As explored earlier in the section "Specific legal principles" (see paragraphs 63 and 64), after analyzing a corpus of case law, I indicated that the Court must consider the grounds for justification invoked by the decision maker, transparency, and the intelligibility of the decisional path with regard to the facts in evidence. In addition, when the Commissioner is a party to the proceedings, the Court must consider the Commissioner's arguments and suggestions and analyze how the decision maker discusses them and takes them into consideration. In making his or her decision, the decision maker must show that he or she is familiar with the access requests, that he or she understand the arguments in favour of disclosure and that he or she has carefully considered these arguments, all while taking into account the objectives of the ATIA.

[106] It is also plausible for the judge to add factors if the matter requires it. Although the factors put forth by Rothstein J. deal with qualification (see paragraph 88 above), they may also be useful in analyzing the reasonableness of the exercise of discretion.

[107] With respect to the matter before the Court today, the principles that are relevant in analyzing the reasonableness of the exercise of discretion can be synthesized into three central questions:

[104] Je tiens à préciser qu'un tel aboutissement à l'étape de la qualification n'est pas déterminant en ce qui a trait à l'étape suivante, soit l'analyse de la raisonnable de l'exercice de la discrétion effectué par le décideur. Effectivement, la cause *Bronskill*, au paragraphe 211 indique : « L'octroi du pouvoir discrétionnaire par la Loi est la concrétisation d'une intention législative claire à savoir que certains renseignements peuvent très bien être communiqués, en dépit d'un préjudice allégué. »

F. *L'exercice de la discrétion effectué par le décideur*

[105] À titre de rappel, l'article 15 de la LAI permet au décideur de dévoiler l'ICR ou non selon l'évaluation qu'il effectue. Tel qu'exploré plus haut dans la section « Principes juridiques spécifiques » (voir paragraphes 63 et 64), suite à l'analyse d'un corpus de jurisprudence, j'ai indiqué que la Cour doit prendre en compte les motifs de justification invoqués par le décideur; la transparence; et l'intelligibilité du cheminement décisionnel à l'égard des faits en preuve. En plus, lorsque la commissaire est une partie à l'instance, la Cour se doit de prendre en compte les arguments et les suggestions de la commissaire ainsi que d'analyser de quelle façon le décideur en discute et les prend en considération. Lorsqu'il décide, le décideur doit démontrer qu'il connaît bien les demandes d'accès, qu'il comprend les arguments en faveur d'une divulgation et qu'il considère soigneusement ces arguments tout en tenant compte des objectifs de la LAI.

[106] Il est aussi loisible pour le juge d'ajouter des facteurs si le dossier le requiert. Bien que traitant de la qualification, les facteurs mis de l'avant par le juge Rothstein (voir paragraphe 88 ci-haut) peuvent aussi être d'une certaine utilité lorsque l'on analyse la raisonnable de l'exercice de la discrétion.

[107] Par rapport au dossier devant la Cour aujourd'hui, les principes pertinents en ce qui a trait à l'analyse de la raisonnable de l'exercice de la discrétion peuvent être synthétisés en trois questions essentielles :

- |   |  |
|---|--|
| <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Are the grounds supporting the exercise of discretion sufficient?</li> <li>2. Do the grounds address the arguments raised by the Commissioner and applicant Cameron, specifically the public interest?</li> <li>3. Is the decision as a whole intelligible and justifiable according to its conclusions?</li> </ol> | <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Les motifs à l'appui de l'exercice de la discrétion sont-ils suffisants?</li> <li>2. Les motifs répondent-ils aux arguments soulevés par la commissaire et la demanderesse Cameron, notamment l'intérêt public?</li> <li>3. La décision, dans son ensemble, est-elle compréhensible et justifiable selon ses conclusions?</li> </ol> |
|---|--|

[108] At the step of analyzing the reasonableness of the exercise of discretion, the Commissioner, being fully aware of the matter, bears the burden of establishing the unreasonableness of the decision maker's decision. Being fully informed, the Commissioner can put forward all of the arguments she feels appropriate. The Commissioner and applicant Cameron raise the following points regarding the exercise of discretion:

1. The passage of time and the historical nature of the requested information;
2. The public interest in knowing the RCI;
3. The decision maker's reliance on other people's opinions;
4. The June 2007 statement made by former Transport Minister, Lawrence Cannon;
5. International relations.

(1) The passage of time and the historical nature of the requested information

[109] The passage of time and the historical nature of the requested information are relevant factors, both in assessing the harm and in the exercise of discretion, as indicated in *Bronskill*, at paragraph 218:

.... While the passage of time is to be considered in the assessment of the injury resulting from disclosure (*Canada (Information Commissioner) v. Canada (Prime Minister)*, above), it is also to be considered under the prism of whether discretion should be exercised. This has been alluded to as *obiter* by Chief Justice Lutfy in *Kitson*,

[108] À l'étape de l'analyse de la raisonabilité de l'exercice de la discrétion, la commissaire, ayant connaissance entière du dossier, a le fardeau d'établir la déraisonabilité de la décision du décideur. Pleinement informée, la commissaire peut avancer tous les arguments qu'elle estime appropriés. La commissaire et la demanderesse Cameron soulèvent les points suivants concernant l'exercice de la discrétion :

1. Le passage du temps et le caractère historique des renseignements demandés;
2. L'intérêt du public à connaître l'ICR;
3. Le décideur se fie à l'opinion d'autres personnes;
4. La déclaration du ministre des Transports Lawrence Cannon en juin 2007;
5. Les relations internationales.

1) Le passage du temps et le caractère historique des renseignements

[109] Le passage du temps et le caractère historique des renseignements sont des facteurs pertinents tant lors de l'évaluation du préjudice que lors de l'exercice de la discrétion, tel qu'indiqué dans la décision *Bronskill*, au paragraphe 218 :

[...] Bien que le passage du temps soit pris en compte dans l'évaluation du préjudice résultant de la communication (*Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Premier ministre)*, précitée), il doit également être pris en compte au regard de la question de savoir si le pouvoir discrétionnaire devrait être exercé. Le juge en chef Lutfy

above, at paragraph 40, in qualifying the Court's refusal to grant the ATI request: "It may be that the outcome would be different if the request were made some time after the CF are no longer engaged in Afghanistan. However, this decision is not one to be made today." As such, if injury is present, yet at a lower end of the spectrum, the passage of time may be an important factor. This is the case because as the times change, so do the bases of "reasonable expectation of probable harm", save for the protection of human sources, current operational interests and similar issues. Justice Strayer also commented on the passage of time in the case of *X v. Canada (Minister of National Defence)*, above, at paragraph 8:

... I can only say that it appears to me quite unreasonable to conclude that the information in these documents which all bear dates of 1941 or 1942 and relate to a time when Canada was engaged in a world war, could reveal anything pertinent to the conduct of Canada's international relations and its national defence over 50 years later in time of peace.

[110] Rothstein J. also mentions the passage of time in his decision *Canada v. Prime Minister*, above, in paragraphs 34 and 88 of the present case. However, I note that paragraph 219 of *Bronskill* indicates that the passage of time adjusts according to the factual circumstances and that it remains one factor among others:

The passage of time is a factor, among others. It could well be that the passage of time in regards to the identity of human sources is different, as counsel has acknowledged publicly that there is a "timeframe for confidential sources". And so, indeed, as it is argued by the respondent, there is no "magic number" for the passage of time, and section 15 provides no direct guidance as to what passage of time is sufficient. This highlights the importance of a considered and thorough analysis of the reasonable expectation of probable harm under section 15 as well as the residual discretion to disclose.

y a fait allusion dans une opinion incidente dans l'affaire *Kitson*, précitée, au paragraphe 40, lorsqu'il a qualifié le refus de la Cour d'accueillir la demande d'accès à l'information : « Il se peut que le résultat eût été différent si la demande avait été faite quelque temps après que les FC eurent quitté l'Afghanistan. Toutefois, cette décision n'est pas de celles qui peuvent être rendues aujourd'hui. » Par conséquent, en présence d'un préjudice, toutefois à l'extrémité inférieure du spectre, le passage du temps peut être un facteur important. Cela est le cas parce que, au fil de l'évolution du temps, les fondements du « risque vraisemblable de préjudice probable », à l'exception de la protection des sources humaines, des intérêts opérationnels actuels et de questions comparables, évoluent également. Le juge Strayer a également fait des observations sur le passage du temps dans l'affaire *X c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, précitée, au paragraphe 8 :

[...] je peux dire seulement que, à mon avis, il est tout à fait déraisonnable de conclure que les renseignements figurant dans ces documents, qui portent tous les dates de 1941 ou de 1942 et qui se rapportent à une époque où le Canada était engagé dans une guerre mondiale, pourraient révéler quelque chose qui a trait à la conduite des affaires internationales du Canada et à sa défense nationale cinquante ans plus tard en temps de paix.

[110] Le juge Rothstein mentionne aussi le passage du temps dans sa décision *Canada c. Premier ministre*, précité, aux paragraphes 34 et 88 des présents motifs. Toutefois, je note que le paragraphe 219 de la décision *Bronskill* indique que le passage du temps s'ajuste en fonction des circonstances factuelles et qu'il reste un facteur parmi tant d'autres :

Le passage du temps est un facteur, entre autres. Il se peut fort bien que le passage du temps en ce qui a trait à l'identité des sources humaines soit différent, puisque le conseil a reconnu publiquement qu'il existe un [TRADUCTION] « échéancier concernant les sources confidentielles ». Par conséquent, en fait, tel qu'il est allégué par le défendeur, il n'y a pas de [TRADUCTION] « nombre magique » pour le passage du temps, et l'article 15 ne fournit aucune directive directe quant à savoir en quoi consiste un passage du temps suffisant. Cela souligne l'importance d'une analyse bien pesée et complète du risque vraisemblable de préjudice probable aux termes de cet article, ainsi que du pouvoir discrétionnaire résiduel de divulguer.

[111] When applied to this case, I note that the passage of time and the historical nature of the requested information are barely addressed in the decision drafted by Mr. O'Reilly in June 2013, except to note that this type of information has always been protected by the respondent (see page 3 of the decision maker's letter dated June 4, 2013). In short, no specific reason is given for this argument. It is hard to consider this an intelligible explanation under such circumstances.

[112] As for the argument that this type of information has always been protected, this in no way responds to the argument that time has passed and that this type of information no longer holds the same importance it initially did. I note that the first access to information application dates from March 17, 2010, that the first decision after the complaint was filed with the Commissioner dates from November 17, 2011, and that the second decision dates from June 4, 2013. The first information requested is from 2007, namely six years prior to the June 2013 decision.

[113] The passage of time is important for such a request. In this case, the decision maker essentially did not take this into account. If he did, the minimal analysis of and references to this factor are completely inadequate. In the review to come, the passage of time will be even more marked.

## (2) The public interest in knowing the RCI

[114] The interest of the Canadian public in knowing the requested information also goes nearly unmentioned in the decision maker's June 2013 letter. In the communications exchanged, the decision maker states that a lot of information regarding the PPP has already been disclosed to the public and that the public has [TRANSLATION] "enough information".

[115] This response does not justify the refusal to disclose the RCI and does not sufficiently take into account the public's interest in knowing this information.

[116] On this topic, applicant Cameron, in her July 2010 complaint, explains how the public's interest in

[111] Appliqué à la cause présente, je constate que le passage du temps et le caractère historique des renseignements demandés sont presque absents de commentaires dans la décision rédigée par M. O'Reilly en juin 2013, sauf pour maintenir que ce genre d'information a toujours été protégé par le défendeur (voir page 3 de la lettre du décideur du 4 juin 2013). Bref, aucun motif précis ne discute de cet argument. Il est difficile d'y percevoir une explication compréhensible dans de telles circonstances.

[112] Quant à l'argument que ce genre d'information a toujours été protégé, ceci ne répond en rien à l'argument que le temps passe et que ce genre d'information n'a plus l'importance qu'il avait initialement. Je note que la première demande d'accès à l'information date du 17 mars 2010, que la première décision suite au dépôt de la plainte à la commissaire date du 17 novembre 2011 et que la deuxième décision date du 4 juin 2013. La première information demandée est celle de 2007, soit six ans avant la décision de juin 2013.

[113] Le passage du temps est important lors d'une telle demande. Dans le présent cas, le décideur n'en a essentiellement pas tenu compte. S'il en a traité, les références et l'analyse minimale à ce facteur sont complètement inadéquates. Lors de la révision à venir, le passage du temps sera encore plus marqué.

## 2) L'intérêt du public à connaître l'ICR

[114] L'intérêt du public canadien à connaître l'information demandée est aussi presque passé sous silence dans la lettre du décideur de juin 2013. Dans l'échange de communications, le décideur indique que beaucoup d'information concernant le PPP a déjà été dévoilée au public et que le public dispose « d'assez d'information ».

[115] Cette réponse ne justifie pas le refus de divulguer l'ICR et ne tient pas suffisamment compte de l'intérêt du public à connaître cette information.

[116] À ce sujet, la demanderesse Cameron, dans sa plainte de juillet 2010, explique comment l'intérêt du

knowing the RCI justifies her request: [TRANSLATION] “I feel that the Canadian taxpayers who pay for this program, as well as the readers of *La Presse*, have the right to know how many people are included on this list”.

[117] The decision maker is silent regarding the alleged relevance of the RCI in response to the arguments invoked by the applicant. It seems to me that, at the very least, the decision maker should have explained why this public interest was not valid and appropriate under the circumstances.

(3) The decision maker relies on other people’s opinions

[118] Applicant Cameron alleges that it was inappropriate for Mr. O’Reilly, the decision maker, to rely on the opinions of Mr. Christopher Free and Mr. John Davies. I disagree with that. Mr. Free is a civil servant specializing in aviation safety for Transport Canada, and Mr. Davies works for the Minister of Public Safety. Under such circumstances, a decision maker needs to be able to rely on the knowledge of staff within the departments involved, in order to render appropriate decisions. In this case, the decision maker benefitted from the opinions of knowledgeable persons; this does not render his decision invalid. I note, however, that the decision maker must not blindly follow all of the advice given to him. Indeed, the Supreme Court, in *Telezone*, at paragraphs 35 and 36, upholds that it is acceptable for the decision maker to rely on the experience of specialists to guide his decisional exercise without, however, abdicating his responsibility. He may consult, but remains the master of his own decision:

Second, turning to the expertise of the decision-maker, I acknowledge that, like other institutional heads handling access requests, the Minister of Industry has available the experience of the members of a specialized departmental unit who regularly have to interpret and apply the *Access to Information Act* in the course of their work. Further, the Minister and his advisers are well placed to assess whether, if government is to operate effectively to advance the public interest, it is necessary for the effective working of the internal processes of government to maintain a measure of secrecy for communications

public à connaître l’ICR justifie sa demande : « Je suis d’avis que les contribuables Canadiens qui paient pour ce programme ainsi que les lecteurs de *La Presse* ont droit de savoir combien de personnes figurent sur cette liste ».

[117] Le décideur est silencieux quant à la pertinence alléguée de l’ICR face aux arguments invoqués par la demanderesse. Il me semble qu’au minimum, le décideur aurait dû expliquer pourquoi cet intérêt du public n’était pas valable et approprié dans les circonstances.

3) Le décideur se fie à l’opinion d’autres personnes

[118] La demanderesse Cameron plaide qu’il était inapproprié que le décideur, M. O’Reilly, se soit fié aux opinions de M. Christopher Free et de M. John Davies. Je ne suis pas d’accord. M. Free est un fonctionnaire spécialisé en sécurité aéronautique œuvrant chez Transports Canada et M. Davies œuvre au Ministère de la Sécurité publique. En de telles circonstances, un décideur se doit d’avoir recours aux connaissances du personnel au sein des ministères concernés afin de rendre les décisions appropriées. Dans le présent cas, le décideur a bénéficié des opinions de personnes connaitantes; cela ne rend pas sa décision caduque. Je note toutefois que le décideur ne doit pas aveuglément suivre tous conseils qu’on lui prodigue. Effectivement, la Cour suprême, dans l’arrêt *Telezone*, aux paragraphes 35 et 36, confirme qu’il est acceptable pour le décideur d’avoir recours à l’expérience de spécialistes afin de guider son exercice décisionnel sans toutefois que le décideur abdique ses responsabilités. Il peut consulter mais demeure maître de sa décision :

Si on examine maintenant l’expertise du décideur, je reconnais que, comme les autres responsables des institutions traitant des demandes de communication, le ministre de l’Industrie peut avoir recours à l’expérience des membres d’un service ministériel spécialisé qui, dans le cadre de leurs fonctions, ont régulièrement à interpréter et à appliquer la *Loi sur l’accès à l’information*. De plus, le ministre et ses conseillers sont bien placés pour évaluer si, pour permettre au gouvernement de fonctionner efficacement afin de promouvoir l’intérêt public, il est nécessaire pour assurer le fonctionnement efficace

between officials, and between officials and the Minister, in the course of developing policy.

However, this expertise must be balanced against the primary purpose of the Act, namely, the provision of a public right of access to government records, albeit one that is limited by other considerations, and the creation of mechanisms for independent review as the means by which the statutory purpose is pursued. The key to interpreting the scope of the right of access and of the exemptions is to be found in striking an appropriate balance between the competing legislative policies that underlie them, a function for which a body independent of the Executive is better suited than the institution resisting the request for access. As counsel for the Information Commissioner pithily put it in the course of argument, if the Court were to confine its duty under section 41 to review ministerial refusals of access requests by deferring to ministerial interpretations and applications of the Act, it would, in effect, be putting the fox in charge of guarding the henhouse.

[119] To this effect, a simple read-through of the letter dated June 4, 2013, shows that Mr. O'Reilly has a certain knowledge, a mastery of the information, as well as the ability to make this decision independently.

(4) The statement made by Transport Minister Lawrence Cannon

[120] On June 18, 2007, the date upon which the PPP came into force, the Transport Minister at the time, the Honourable Lawrence Cannon, was quoted in a *Globe and Mail* article as stating that there were between 500 and 2000 individuals who met the criteria for inclusion in the SPL. The Commissioner suggests that this statement could be considered a disclosure “*fait accompli*” or even that Mr. O'Reilly's decision not to disclose the RCI is an attempt to prevent some kind of embarrassment (see *Bronskill*, above, at paragraph 131).

[121] The Transport Minister's statement could be problematic and the decision maker barely discussed it, except to minimize it by saying that the numbers were approximate and six years old, and that he would only be making assumptions if he tried to infer as to the Minister's intention:

interne du gouvernement de préserver un certain degré de confidentialité dans les communications entre les fonctionnaires ainsi qu'entre les fonctionnaires et le ministre dans l'élaboration des politiques.

Toutefois, il faut trouver un équilibre entre cette expertise et le principal objectif de la Loi, savoir conférer au public un droit d'avoir accès aux documents de l'administration fédérale, bien que ce droit soit limité par d'autres considérations, et créer des mécanismes indépendants de révision permettant d'atteindre cet objectif. La clé pour interpréter la portée du droit d'accès et des exceptions consiste à établir un juste équilibre avec les principes opposés consacrés par la loi qui les sous-tendent, une fonction qu'un organisme indépendant du pouvoir exécutif est plus apte à remplir que l'institution opposant son refus à une demande de communication. Comme l'avocat du Commissaire à l'information l'a exprimé avec concision au cours des débats, si la Cour devait limiter l'obligation qui lui est imposée par l'article 41 à la révision des demandes de communication refusées par le ministre en se fondant sur les interprétations et les applications de la Loi faites par le Ministère, cela équivaldrait à confier la garde du poulailler au renard.

[119] À cet effet, une simple lecture de la lettre du 4 juin 2013 démontre que M. O'Reilly possède un certain savoir, une maîtrise de l'information ainsi que la capacité de prendre cette décision de façon autonome.

4) La déclaration du ministre des Transports Lawrence Cannon

[120] Le 18 juin 2007, soit le jour de la mise en vigueur du PPP, le ministre des Transports de l'époque, l'honorable Lawrence Cannon, est cité dans un article du *Globe and Mail* déclarant qu'entre 500 et 2 000 personnes satisfont aux critères d'inscription à la LPP. La commissaire suggère qu'il est possible que cette déclaration soit une « divulgation accomplie » ou encore que la décision de M. O'Reilly de ne pas divulguer l'ICR vise à protéger un embarras quelconque (voir *Bronskill*, précité, au paragraphe 131).

[121] La déclaration du ministre des Transports peut être problématique et le décideur n'en a que très peu discuté, sauf pour la minimiser en mentionnant qu'il s'agit de chiffres approximatifs, vieux de six ans et qu'il se livrerait à des conjectures s'il tirait des inférences quant à l'intention du ministre :

You have asserted that the Ministry of Transport previously disclosed the approximate number of individuals on the list in 2007. This information is based on a *Globe and Mail* article. It would be conjecture on our part to reply as to the accuracy of the report, the circumstances that led to the *Globe's* quote, or the overall context in which the alleged statement was made. Moreover, the alleged disclosure to which you refer is 6 years old and since the implementation of the list in 2007 the Department of Transport has consistently protected the information sought from public disclosure.

[122] To be honest, this appears to me to be a complete abdication of the decision maker's obligation to clarify the situation under such circumstances. The Minister was quoted by the newspapers in an article from the *Canadian Press* on the same day as the PPP came into force, explicitly stating that there were between 500 and 2000 individuals on the list. This statement was made by a Minister of Transport, the person ultimately responsible for the program, who presumably knew what he was talking about. The decision maker refuses to clarify this statement, claiming that it was an unverifiable, six-year-old statement. The statement specifically addresses an element of the RCI; namely, the number of individuals on the list, and the decision maker feels that it is not appropriate to discuss it. This is unacceptable; this constitutes a flagrant lack of transparency and reasonableness in the exercise of discretion, given the circumstances.

#### (5) International relations

[123] In light of the evidence submitted, I am puzzled by the argument that our international relations will be affected if the RCI is disclosed. I am addressing this at this stage because the argument is used in a general sense to justify the refusal to disclose the information. It is not being used to demonstrate that another exemption applies.

[124] To establish the risk of potential harm, the respondent maintains (at the qualification stage) that international relations between Canada and its key partners will be damaged if the RCI is disclosed. I am of the opinion that this argument is, in fact, more relevant at the discretion analysis stage, given the factual

Vous avez affirmé que le ministère des Transports a divulgué en 2007 le nombre approximatif de personnes sur la liste. Cette information est basée sur un article du journal *Globe and Mail*. Nous nous livrerions à des conjectures si nous formulions une réponse à l'égard de l'exactitude du rapport, des circonstances qui ont mené à la citation dans le journal *Globe and Mail*, ou encore du contexte global dans lequel la présumée déclaration a été faite. De plus, la présumée divulgation à laquelle vous faites référence date de six ans et, depuis l'entrée en vigueur de la liste en 2007, le ministère des Transports a toujours protégé les renseignements sollicités contre la divulgation au public.

[122] À vrai dire, ceci m'apparaît être une renonciation totale à l'obligation du décideur de clarifier la situation en de telles circonstances. Le ministre est cité dans les journaux par un article de la Presse canadienne le jour même de la mise en vigueur du PPP, explicitant qu'il y avait entre 500 et 2 000 personnes sur la liste. Il s'agit d'une déclaration d'un ministre des Transports, la personne ultimement responsable du programme qui, présumément, parlait en connaissance de cause. Le décideur refuse de clarifier cette déclaration, prétendant qu'il s'agit d'une déclaration non vérifiable vieille de six ans. La déclaration concerne exactement un élément de l'ICR, soit le nombre de personnes sur la liste, et le décideur estime qu'il n'est pas approprié d'en parler. Ceci n'est pas acceptable; il s'agit d'un manque flagrant de transparence et de raisonabilité à l'exercice de la discrétion en de telles circonstances.

#### 5) Les relations internationales

[123] À la lumière de la preuve soumise, je suis perplexe quant à l'argument que nos relations internationales seront affectées si l'ICR est dévoilée. J'en discute à ce stade-ci puisque l'argument est utilisé de façon générale afin de justifier le refus de divulguer l'information. L'on ne l'utilise pas pour démontrer qu'une autre exception s'applique.

[124] Le défendeur soutient que les relations internationales entre le Canada et ses partenaires clés seront endommagées par la divulgation de l'ICR à l'étape de la qualification afin d'établir l'existence d'un préjudice. Je suis d'avis que cet argument est en fait surtout pertinent à l'étape d'analyse de la discrétion étant donné les



circumstances. The applicants allege that the evidence, particularly the cross-examinations of Mr. O'Reilly and Mr. Free, does not establish this alleged harm.

[125] The explanation given by the respondent to support this point and demonstrate adequate exercise of discretion seems defective and inappropriate to me. Allow me to explain: on page 6 of the decision dated June 4, 2013, it is indicated that disclosing the RCI could suggest to our U.S. and other allies a decrease in the effectiveness of the PPP, and thus have negative repercussions on our relations with these allies. It is also mentioned that Canada is exempt from the U.S. "Secure Flight Program" and the U.S. "no-fly list" for flights departing from one Canadian airport to arrive at another Canadian airport after passing over U.S. territory.

[126] The Commissioner maintains that the respondent failed to prove that this is truly the case, based on the evidence. The questioning of Mr. O'Reilly and Mr. Free attest to this, since neither of them were able to demonstrate any concrete concern, American or otherwise, in this regard. On the contrary, their responses seemed to indicate that they were extrapolating or speculating to this end.

[127] During his cross-examination, Mr. O'Reilly agreed to produce a letter from the U.S. government establishing that the United States was concerned about disclosing the RCI in question.

[128] However, on November 18, 2014, the decision maker's attorney replied that no response to the commitment had been found:

[TRANSLATION] "This is a follow-up to the examination of Shawn O'Reilly, on October 10, 2014, during which the following commitment was made by affidavit: "Undertaking no. 1: To provide the letter from the United States government re: concerns of releasing the information on the no-fly."

Our client searched diligently through its records and was unable to find any letter from the United States government.

circonstances factuelles. Les demanders allèguent que la preuve, particulièrement les contre-interrogatoires de M. O'Reilly et M. Free, n'établit pas ce préjudice allégué.

[125] L'explication donnée par le défendeur pour soutenir ce point et démontrer l'exercice adéquat de la discrétion m'apparaît défectueuse et inappropriée. Je m'explique : à la page 6 de la décision du 4 juin 2013, il est indiqué que dévoiler l'ICR pourrait signaler à nos alliés américains et autres une diminution de l'efficacité du PPP et ainsi avoir des conséquences négatives sur nos relations avec ces alliés. Il est aussi mentionné que le Canada est exempté de l'« U.S. Secure Flight Program » et de la « no-fly list » américaine lorsque des envolées d'un aéroport canadien se dirigent vers un autre aéroport canadien, mais circulent en partie au-dessus du territoire américain.

[126] La commissaire soutient que le défendeur n'a pas démontré que tel est véritablement le cas selon la preuve. Les interrogatoires de M. O'Reilly et de M. Free le démontrent puisque les deux n'ont pu démontrer une préoccupation concrète, américaine ou autre, à ce sujet. Au contraire, leurs réponses semblent indiquer qu'ils extrapolaient ou spéculaient à ce sujet.

[127] Durant son contre-interrogatoire, M. O'Reilly a souscrit à un engagement de produire une lettre du gouvernement des États-Unis établissant que les États-Unis s'inquiètent de la divulgation de l'ICR en question.

[128] Toutefois, le 18 novembre 2014, la procureure du décideur répond qu'aucune réponse à l'engagement n'a été trouvée :

« La présente fait suite à l'interrogatoire de Shawn O'Reilly du 10 octobre 2014, lors duquel l'engagement suivant a été pris par l'affiant : « Undertaking no. 1 : To provide the letter from the United States government re: concerns of releasing the information on the no-fly ».

Notre cliente a procédé à une recherche diligente de ses dossiers et n'a pas pu retrouver de lettre du gouvernement des États-Unis.

Consequently, Mr. O'Reilly believes he was mistaken when he stated: "I recall from another file that there was communication with the US on this question."

[129] For his part, Mr. Free stated in his affidavit:

"Disclosing the number of individuals and/or the number of Canadian citizens on the Specified Persons List XXXXREDACTEDXXXX and adversely affect our relationship with key allies, and especially in the U.S."

[130] Yet in his cross-examination, Mr. Free could not confirm his statement:

"Q. That is your own opinion? You don't have any concrete facts? You don't have basis to make that statement? Like you said, international partners never express concern over the releasing of the information.

A. I believe I said I don't – I am not privy to those discussions." (CI Free page 78, paragraph 175)

"Q. If Canada goes ahead and discloses the information on the no-fly list, you are not aware of any international partner raising concern about that?

A. No, nor would I expect to be in my position."

[131] For his part, Mr. O'Reilly attempted to describe the harm that would jeopardize international relations, as follows:

"Q. And explain to me how, because you are actually referring in your affidavit to the negative impact of releasing the information on the international partners. How would the U.S. react if the number were to be released?

A. I don't know how they would react. But I do know from partnerships that I've had that you rely on each

Conséquemment, M. O'Reilly croit qu'il s'est trompé lorsqu'il a indiqué : « I recall from another file that there was communication with the US on this question. »

[129] Quant à lui, M. Free a indiqué dans son affidavit :

[TRADUCTION] « La divulgation du nombre de personnes ou du nombre de citoyens canadiens sur la Liste de personnes précisées XXXXREDACTEDXXXX aurait des conséquences négatives sur les relations avec nos alliés clés, surtout ceux aux États-Unis. »

[130] Or, lors de son contre-interrogatoire, M. Free ne peut confirmer sa déclaration :

[TRADUCTION]

« Q. Cela est votre opinion? Vous ne disposez pas de faits concrets? Vous ne disposez pas des fondements requis pour faire cette déclaration? Comme vous l'avez déclaré, les partenaires internationaux n'expriment jamais de préoccupations à l'égard de la divulgation des renseignements.

R. Je crois avoir répondu non. Je ne suis pas au courant de ces discussions. » (CI Free page 78, paragraphe 175)

« Q. Si le Canada divulguait l'information sur la liste d'interdiction de vol, vous n'êtes pas au courant d'un partenaire international qui exprimerait ses inquiétudes à cet égard?

R. Non. Je ne m'attends pas non plus à ce que mon poste me donne accès à ce type d'information. »

[131] De son côté, M. O'Reilly tente de décrire le préjudice que subiraient les relations internationales de la façon suivante :

[TRADUCTION]

« Q. Veuillez me fournir une explication, puisque vous faites mention dans votre affidavit des répercussions négatives de la divulgation de l'information sur les partenaires internationaux. Quelle serait la réaction des États-Unis si le nombre de personnes sur la liste était divulgué?

R. Je ne sais pas quelle serait la réaction des États-Unis. Mais je sais, d'après les partenariats que j'ai déjà établis

other to maintain discretion, to a certain degree of discretion, and I would expect that they would react negatively in some way.”

[132] I repeat that the Americans have disclosed the information regarding their list. Nonetheless, it is important to take into account that, according to the witnesses’ cross-examinations, the RCI is unknown to U.S. authorities. The quality of the evidence regarding this point is mediocre, so I cannot give it much weight.

[133] All U.S. air carriers whose flights arrive at or depart from Canadian airports receive the Canadian SPL so that they can apply it. Thus, the evidence reveals that U.S. carriers are aware of the number of persons on the list. The parties have not presented any evidence establishing that U.S. authorities are unaware of that which is known to U.S. air carriers. When I re-read the decision maker’s notes on this point, on pages 6 and 7 of his June 2013 decision, I note that he did not really address the topic, except to comment on it in an alarmist fashion. The decision maker does not render its nuances appropriately. I do not consider this to be an adequate demonstration of reasonableness in exercising his discretion, as is required in such circumstances.

[134] On the contrary, the treatment of this topic is another factor that gives the impression that discretion was not reasonably exercised.

#### *G. Conclusions on the exercise of discretion*

[135] For the above reasons, I do not believe that discretion was reasonably exercised. Some of the decision maker’s arguments are supported by little or no evidence, or have almost no grounds. In addition, when the decision maker stated the reasons for his decision, he did not address the arguments raised by the applicants. For example, the argument regarding the Minister’s statement was addressed, but in an incomplete fashion and without truly responding to the applicants’ arguments on the topic.

avec d’autres, qu’il est important que les parties maintiennent un certain niveau de discrétion. Voilà pourquoi je m’attendrais à ce que les États-Unis aient en quelque sorte une réaction négative. »

[132] Je répète que les Américains ont dévoilé l’information concernant leur liste. Toutefois, il est important de prendre en compte que, selon les contre-interrogatoires des témoins, l’ICR n’est pas connue des autorités américaines. La qualité de la preuve sur ce point est médiocre, je ne peux donc qu’y donner peu de poids.

[133] Tous les transporteurs aériens américains dont les envolées quittent en direction d’un aéroport canadien, ou encore d’un aéroport canadien, reçoivent la LPP canadienne afin de l’appliquer. Ainsi, la preuve révèle que le nombre de personnes sur la liste est connu des transporteurs américains. Les parties n’ont présenté aucune preuve établissant que les autorités américaines ne sont pas au courant de ce que les transporteurs américains connaissent. Lorsque je relis ce que le décideur écrit à ce sujet, aux pages 6 et 7 de sa décision de juin 2013, je constate qu’il n’a pas véritablement traité du sujet sauf en le commentant de façon alarmiste. Le décideur n’y apporte point les nuances appropriées. Je considère que ceci n’est pas l’exemple d’une démonstration adéquate de la raisonabilité de l’exercice de sa discrétion exigée en de telles circonstances.

[134] Au contraire, le traitement donné à ce sujet est un autre facteur qui donne une impression que l’exercice de la discrétion n’a pas été exercé de façon raisonnable.

#### *G. Conclusions sur l’exercice de la discrétion*

[135] Pour les motifs mentionnés ci-haut, je ne crois pas que l’exercice de la discrétion ait été effectué de façon raisonnable. Certains arguments mis de l’avant par le décideur ne sont supportés par aucune, ou presque aucune preuve, ou encore presque aucun motif. De plus, lorsque le décideur a motivé sa décision, il ne répondait pas aux arguments soulevés par les demanderesse. À titre d’exemple, l’argument concernant la déclaration du ministre a été abordé, mais de façon incomplète et sans vraiment répondre aux arguments des demanderesse à ce sujet.

[136] The argument alleging potential damage to international relations between Canada and its allies seems to have been conceived in such a way as to impress the reader. In addition, the grounds cited by the decision maker are based on the premise that the RCI is unknown to the U.S. authorities, which was not established in a convincing manner by the evidence; in fact, quite the opposite. The grounds put forth on this topic are not supported by the evidence and do not hold up under examination.

[137] There are therefore three reasons why the exercise of discretion is unreasonable: as determined, there are few grounds for addressing the passage of time, a refusal to seriously address the Minister of Transport's statement, and finally a total lack of evidence to support the argument that international relations with the United States and others would be negatively affected.

[138] For these reasons, I return the file to another decision maker, so that he or she may exercise the necessary discretion and arrive at an informed conclusion. Not having the power to require a new decision within a defined period, I express the wish that this be done within a short time frame (90 days). These applications were made in 2010—nearly six years ago. Applicant Cameron is entitled to costs, given the result. The Commissioner did not request costs.

## JUDGMENT

### THE COURT ORDERS AS FOLLOWS:

1. The applications for judicial review are allowed in part because the exemption invoked (namely, paragraph 15(1)(c) of the ATIA) in not disclosing the information requested is justified;
2. However, the exercise of discretion pursuant to subsection 15(1) is declared unreasonable and the file is returned to another decision maker so that he or she may exercise the discretion set out according to the guidelines hereby issued;

[136] L'argument invoquant des dommages possibles aux relations internationales entre le Canada et ses alliés semble avoir été conçu de façon à impressionner le lecteur. En plus, les motifs invoqués par le décideur se basent sur la prémisse que l'ICR n'est pas connue des autorités américaines, ce qui n'a pas été établi de façon convaincante par la preuve, bien au contraire. Les motifs mis de l'avant à ce sujet ne sont pas appuyés par la preuve et ne survivent pas à son examen.

[137] Il y a donc trois raisons qui rendent l'exercice de la discrétion déraisonnable : tel que déterminé, il a très peu de motifs traitant du passage du temps, un refus de traiter de façon sérieuse la déclaration du ministre des Transports, et enfin un total manque de preuve pour appuyer l'argument que les relations internationales avec les États-Unis et autres seraient négativement affectées.

[138] Pour ces raisons, je retourne le dossier à un autre décideur afin qu'il exerce la discrétion nécessaire et en arrive à une conclusion de façon informée. N'ayant pas le pouvoir d'exiger une nouvelle décision dans une période définie, j'exprime le souhait que ce soit fait à court terme (90 jours). Ces demandes furent faites en 2010, il y a presque six ans. La demanderesse Cameron a droit aux dépens étant donné le résultat. La commissaire à l'information n'a pas demandé de dépens.

## JUGEMENT

### LA COUR ORDONNE CE QUI SUIT :

1. Les demandes de contrôle judiciaire sont accordées en partie puisque l'exception invoquée afin de ne pas communiquer l'information recherchée, soit l'alinéa 15(1)c) de la LAI, est justifiée;
2. Toutefois, l'exercice de la discrétion prévue au paragraphe 15(1) est déclarée déraisonnable et le dossier est retourné à un autre décideur afin qu'il exerce à nouveau la discrétion prévue selon les directives émises par la présente;

3. All with costs in favour of applicant Cameron, against the respondent.

3. Le tout avec dépens en faveur de la demanderesse Cameron, contre le défendeur.

#### APPENDIX – RELEVANT LEGISLATION

*Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1

##### International affairs and defence

**15 (1)** The head of a government institution may refuse to disclose any record requested under this Act that contains information the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to the conduct of international affairs, the defence of Canada or any state allied or associated with Canada or the detection, prevention or suppression of subversive or hostile activities, including, without restricting the generality of the foregoing, any such information

...

(c) relating to the characteristics, capabilities, performance, potential, deployment, functions or role of any defence establishment, of any military force, unit or personnel or of any organization or person responsible for the detection, prevention or suppression of subversive or hostile activities;

...

##### Definitions

(2) In this section,

*defence of Canada or any state allied or associated with Canada* includes the efforts of Canada and of foreign states toward the detection, prevention or suppression of activities of any foreign state directed toward actual or potential attack or other acts of aggression against Canada or any state allied or associated with Canada; (*défense du Canada ou d'États alliés ou associés avec le Canada*)

*subversive or hostile activities* means

(a) espionage against Canada or any state allied or associated with Canada,

(b) sabotage,

(c) activities directed toward the commission of terrorist acts, including hijacking, in or against Canada or foreign states,

#### ANNEXE – LÉGISLATION PERTINENTE

*Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1

##### Affaires internationales et défense

**15 (1)** Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication de documents contenant des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de porter préjudice à la conduite des affaires internationales, à la défense du Canada ou d'États alliés ou associés avec le Canada ou à la détection, à la prévention ou à la répression d'activités hostiles ou subversives, notamment :

[...]

c) des renseignements concernant les caractéristiques, les capacités, le rendement, le potentiel, le déploiement, les fonctions ou le rôle des établissements de défense, des forces, unités ou personnels militaires ou des personnes ou organisations chargées de la détection, de la prévention ou de la répression d'activités hostiles ou subversives;

[...]

##### Définitions

(2) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

*activités hostiles ou subversives*

a) L'espionnage dirigé contre le Canada ou des États alliés ou associés avec le Canada;

b) le sabotage;

c) les activités visant la perpétration d'actes de terrorisme, y compris les détournements de moyens de transport, contre le Canada ou un État étranger ou sur leur territoire;

d) les activités visant un changement de gouvernement au Canada ou sur le territoire d'États étrangers par l'emploi de moyens criminels, dont la force ou la violence, ou par l'incitation à l'emploi de ces moyens;

(d) activities directed toward accomplishing government change within Canada or foreign states by the use of or the encouragement of the use of force, violence or any criminal means,

(e) activities directed toward gathering information used for intelligence purposes that relates to Canada or any state allied or associated with Canada, and

(f) activities directed toward threatening the safety of Canadians, employees of the Government of Canada or property of the Government of Canada outside Canada. (*activités hostiles ou subversives*)

e) les activités visant à recueillir des éléments d'information aux fins du renseignement relatif au Canada ou aux États qui sont alliés ou associés avec lui;

f) les activités destinées à menacer, à l'étranger, la sécurité des citoyens ou des fonctionnaires fédéraux canadiens ou à mettre en danger des biens fédéraux situés à l'étranger. (*subversive or hostile activities*)

*défense du Canada ou d'États alliés ou associés avec le Canada* Sont assimilés à la défense du Canada ou d'États alliés ou associés avec le Canada les efforts déployés par le Canada et des États étrangers pour détecter, prévenir ou réprimer les activités entreprises par des États étrangers en vue d'une attaque réelle ou éventuelle ou de la perpétration d'autres actes d'agression contre le Canada ou des États alliés ou associés avec le Canada. (*defence of Canada or any state allied or associated with Canada*)

...

[...]

**Order of Court where no authorization to refuse disclosure found**

**49** Where the head of a government institution refuses to disclose a record requested under this Act or a part thereof on the basis of a provision of this Act not referred to in section 50, the Court shall, if it determines that the head of the institution is not authorized to refuse to disclose the record or part thereof, order the head of the institution to disclose the record or part thereof, subject to such conditions as the Court deems appropriate, to the person who requested access to the record, or shall make such other order as the Court deems appropriate.

**Order of Court where reasonable grounds of injury not found**

**50** Where the head of a government institution refuses to disclose a record requested under this Act or a part thereof on the basis of section 14 or 15 or paragraph 16(1)(c) or (d) or 18(d), the Court shall, if it determines that the head of the institution did not have reasonable grounds on which to refuse to disclose the record or part thereof, order the head of the institution to disclose the record or part thereof, subject to such conditions as the Court deems appropriate, to the person who requested access to the record, or shall make such other order as the Court deems appropriate.

**Ordonnance de la Cour dans les cas où le refus n'est pas autorisé**

**49** La Cour, dans les cas où elle conclut au bon droit de la personne qui a exercé un recours en révision d'une décision de refus de communication totale ou partielle d'un document fondée sur des dispositions de la présente loi autres que celles mentionnées à l'article 50, ordonne, aux conditions qu'elle juge indiquées, au responsable de l'institution fédérale dont relève le document en litige d'en donner à cette personne communication totale ou partielle; la Cour rend une autre ordonnance si elle l'estime indiqué.

**Ordonnance de la Cour dans les cas où le préjudice n'est pas démontré**

**50** Dans les cas où le refus de communication totale ou partielle du document s'appuyait sur les articles 14 ou 15 ou sur les alinéas 16(1)(c) ou d) ou 18d), la Cour, si elle conclut que le refus n'était pas fondé sur des motifs raisonnables, ordonne, aux conditions qu'elle juge indiquées, au responsable de l'institution fédérale dont relève le document en litige d'en donner communication totale ou partielle à la personne qui avait fait la demande; la Cour rend une autre ordonnance si elle l'estime indiqué.

IMM-3528-15  
2016 FC 352

IMM-3528-15  
2016 CF 352

**Pakeernathan Thamotharampillai** (*Applicant*)

**Pakeernathan Thamotharampillai** (*demandeur*)

v.

c.

**The Minister of Citizenship and Immigration**  
(*Respondent*)

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

**INDEXED AS: THAMOTHARAMPILLAI v. CANADA**  
(**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**)

**RÉPERTORIÉ : THAMOTHARAMPILLAI c. CANADA**  
(**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION**)

Federal Court, Strickland J.—Toronto, February 25 and  
March 29, 2016.

Cour fédérale, juge Strickland—Toronto, 25 février et  
29 mars 2016.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees and Persons in Need of Protection — Judicial review of immigration officer decision dismissing applicant's pre-removal risk assessment (PRRA) — Applicant, Sri Lankan, found inadmissible for serious criminality — Deported after application for permanent residence on humanitarian, compassionate grounds, PRRA refused — Applicant re-entering Canada but not eligible to make refugee claim — Applicant's second, third PRRAs refused — PRRA officer noting that applicant's request for protection limited to grounds set out in Immigration and Refugee Protection Act, (Act) s. 97 — Stating that new evidence rule contained in Act, s. 113(a) not applicable, evidence submitted to be considered with respect to issue estoppel — PRRA officer concluding insufficient evidence to demonstrate recent changes in Sri Lanka would result in Act, s. 97 risk to applicant — Whether PRRA officer's decision reasonable — Court in *Aboud v. Canada* (Citizenship and Immigration) applying s. 113(a) to limit admissibility of evidence submitted in subsequent PRRA applications — No reason not to apply same reasoning herein — PRRA officer conflating concept of issue estoppel with admissibility of evidence — Principle of issue estoppel applying to question of whether same risks previously considered, decided, not to admissibility of new evidence — Manner in which PRRA officer applied issue estoppel not improper, conclusion reasonable — However, PRRA officer's conclusion no change in country conditions since second PRRA not reasonable in light of additional documentary evidence submitted by applicant — Some of applicant's submissions post-dating second PRRA — No reference to or analysis of documents post-dating second PRRA in PRRA officer's decision — Even if attempting to limit PRRA based on issue estoppel, PRRA officer did not re-examine prior evidence in comparison to applicant's further submissions to determine if any new risk or changes to risk had occurred since determination in second PRRA — Not possible to determine whether PRRA officer alive*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger — Contrôle judiciaire d'une décision d'un agent d'immigration qui a rejeté la demande d'examen des risques avant renvoi (ERAR) du demandeur — Le demandeur, un Sri Lankais, a été déclaré interdit de territoire pour grande criminalité — Il a été expulsé après que sa demande de résidence permanente pour des motifs d'ordre humanitaire et sa demande d'ERAR ont été rejetées — Le demandeur est entré de nouveau au Canada, mais il a été inadmissible à faire une demande d'asile — Les deuxième et troisième demandes d'ERAR du demandeur ont été refusées — L'agent d'ERAR a noté que la demande de protection du demandeur était restreinte aux motifs énoncés à l'art. 97 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (la Loi) — L'agent d'ERAR a indiqué que la règle concernant les nouveaux éléments de preuve énoncée à l'art. 113a) de la Loi ne s'applique pas et que les éléments de preuve ont été soumis selon le principe de l'irrecevabilité reconnu en droit administratif — L'agent d'ERAR a conclu que les preuves n'étaient pas suffisantes pour démontrer que les changements récents au Sri Lanka entraîneraient vraisemblablement un risque visé à l'art. 97 pour le demandeur — Il s'agissait de savoir si la décision de l'agent d'ERAR était raisonnable — La Cour dans la décision *Aboud c. Canada* (Citoyenneté et Immigration) a appliqué l'art. 113a) de manière à limiter l'admissibilité des éléments de preuve produits dans le cadre des demandes d'ERAR subséquentes — Il n'y a aucune raison pour laquelle ce raisonnement ne s'appliquerait pas aussi en l'espèce — L'agent d'ERAR a confondu le concept de préclusion découlant d'une question déjà tranchée et la recevabilité de la preuve — Le principe de préclusion découlant d'une question déjà tranchée s'applique à la question de savoir si les mêmes risques ont déjà été pris en considération et ont fait l'objet d'une décision, et pas à la recevabilité des nouveaux éléments de preuve — La manière dont l'agent d'ERAR a appliqué la préclusion découlant d'une question déjà tranchée n'était pas*

*to content of documents post-dating second PRRA — Application allowed.*

This was an application for judicial review of a decision of an immigration officer dismissing the applicant's pre-removal risk assessment (PRRA).

The applicant arrived in Canada as a permanent resident. He later lost that status as a result of a criminal conviction and was found inadmissible for serious criminality. His application for permanent residence on humanitarian and compassionate grounds was refused, as was his first PRRA application. The applicant was deported to Sri Lanka where he claims to have been detained, threatened and accused of being a member of the Liberation Tigers of Tamil Eelam. The applicant later re-entered Canada on a fraudulent passport but because his claim had been determined to be ineligible on grounds of serious criminality, he was not eligible to have a refugee claim determined by the Refugee Protection Division (RPD) of the Immigration and Refugee Board of Canada. While in immigration detention for illegal entry, the applicant submitted a second PRRA. That application was ultimately unsuccessful. The present application for judicial review pertained to the applicant's third PRRA, which also resulted in a negative decision.

The PRRA officer reviewed the applicant's immigration history and statutory declaration. The PRRA officer noted that because the applicant was inadmissible for serious criminality, consideration of his request for protection was, pursuant to paragraph 112(3)(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, restricted to the grounds set out in section 97 of the Act. The PRRA officer quoted from Citizenship and Immigration Canada's Protected Persons Operational Manual that states that the new evidence rule

*illégitime et sa conclusion était raisonnable — Cependant, la conclusion de l'agent d'ERAR selon laquelle la situation du pays n'a pas changé depuis la deuxième demande d'ERAR n'était pas raisonnable vu les autres documents présentés par le demandeur — Certains des documents soumis par le demandeur sont postérieurs au deuxième ERAR — Il n'y a aucune référence dans la décision de l'agent d'ERAR aux nombreux documents postérieurs au deuxième ERAR ni aucune analyse de ces documents — Même s'il tentait de limiter l'ERAR en se fondant sur la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, l'agent d'ERAR n'a pas réexaminé les éléments de preuve antérieurs comparativement aux autres éléments soumis par le demandeur pour déterminer si de nouveaux risques ou des changements étaient survenus depuis la décision rendue dans la deuxième demande d'ERAR — Il était impossible de déterminer si l'agent d'ERAR était conscient de la teneur des documents postérieurs au deuxième ERAR — Demande accueillie.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire visant la décision par laquelle un agent d'immigration a rejeté la demande d'examen des risques avant renvoi (ERAR) du demandeur.

Le demandeur est arrivé au Canada en tant que résident permanent. Plus tard, il a perdu son statut de résident permanent par suite d'une condamnation au criminel et il a été déclaré interdit de territoire pour grande criminalité. Sa demande de résidence permanente pour des motifs d'ordre humanitaire a été rejetée tout comme sa première demande d'ERAR. Le demandeur a été expulsé vers le Sri Lanka où il prétend qu'il a été arrêté, menacé et accusé d'appartenir aux Tigres libérateurs de l'Eelam tamoul. Le demandeur est entré de nouveau au Canada en utilisant un faux passeport, mais étant donné que sa demande avait été jugée irrecevable pour des motifs de grande criminalité, il n'était pas admissible à ce que la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié tranche une demande d'asile. Tandis qu'il était détenu par l'Immigration pour entrée illégale, le demandeur a présenté une deuxième demande d'ERAR. Cette demande s'est soldée par une décision défavorable. La présente demande de contrôle judiciaire a trait à la troisième demande d'ERAR du demandeur, qui s'est également soldée par une décision défavorable.

L'agent d'ERAR a examiné l'historique d'immigration du demandeur et sa déclaration solennelle. L'agent d'ERAR a souligné qu'étant donné que le demandeur était interdit de territoire pour grande criminalité, l'examen de sa demande de protection avait été, conformément à l'alinéa 112(3)b) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, restreint aux motifs énoncés à l'article 97 de la Loi. L'agent d'ERAR a cité des passages du Guide opérationnel des personnes protégées de Citoyenneté et Immigration Canada qui stipule



contained in paragraph 113(a) of the Act does not apply to repeat PRRA applications. However, the doctrine of *issue estoppel* could apply to limit a subsequent PRRA application if the same question was decided in a prior PRRA. The Protected Persons Operational Manual stated that a subsequent PRRA could be limited to a re-examination of the evidence in light of any changes that occurred since the previous PRRA decision. Applying this guide, the PRRA officer stated that because the applicant's claim was not heard by the RPD, the new evidence rule was not applicable. The evidence submitted would therefore be considered with respect to the administrative law principle of *issue estoppel*.

The PRRA officer went on to conclude, *inter alia*, that while there had been recent changes in Sri Lanka, there was insufficient evidence to demonstrate that those changes would, more likely than not, result in a section 97 risk to the applicant should he return to Sri Lanka. That decision was not communicated to the applicant, who subsequently submitted more documentary evidence. A few months later, the PRRA officer provided his decision together with an addendum stating he had reviewed and assessed the additional documents submitted but that this evidence demonstrated that the country conditions in Sri Lanka were similar to those that existed prior to his decision.

The main issue was whether the PRRA officer's decision was reasonable.

*Held*, the application should be allowed.

In *Aboud v. Canada (Citizenship and Immigration)*, the Court applied paragraph 113(a) to limit the admissibility of evidence submitted in subsequent PRRA applications. There was no reason why the reasoning in *Aboud* would not also apply in the circumstances herein where there was no determination by the RPD but where the decision under review was the third PRRA. Regardless of whether or not *issue estoppel* was applicable, the PRRA officer conflated the concept of *issue estoppel* with the admissibility of the evidence. The PRRA officer compared the content of the applicant's statutory declaration to the previous PRRA notes to file and concluded that the same risks were being advanced as had been decided by the prior PRRA. However, the principle of *issue estoppel* applies to the question of whether the same risks were previously considered and decided, not to the admissibility of the new evidence. While the PRRA officer may have misstated how the evidence before him was to be assessed, the manner in which he applied *issue estoppel* was

que la règle concernant les nouveaux éléments de preuve énoncée à l'alinéa 113a) de la Loi ne s'applique pas aux demandes d'ERAR réitérées. Cependant, le principe de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée pourrait s'appliquer pour limiter une demande d'ERAR subséquente si la même question a été tranchée dans un ERAR antérieur. Le Guide opérationnel des personnes protégées stipulait qu'un ERAR subséquent pourrait être restreint à un réexamen des éléments de preuve à la lumière des changements intervenus depuis que la décision d'ERAR précédente a été rendue. S'appuyant sur ce guide, l'agent d'ERAR a déclaré qu'étant donné que la demande du demandeur n'était pas instruite par la SPR, la règle concernant les nouveaux éléments de preuve n'était pas applicable. Les éléments de preuve soumis seraient alors examinés selon le principe de l'irrecevabilité reconnu en droit administratif.

L'agent d'ERAR a également constaté entre autres que bien que des changements soient survenus récemment au Sri Lanka, à savoir la formation d'un nouveau gouvernement, les preuves objectives n'étaient pas suffisantes pour démontrer que ces changements entraîneraient vraisemblablement un risque visé à l'article 97 pour le demandeur s'il devait retourner au Sri Lanka. Cette décision n'a pas été communiquée au demandeur, qui a par la suite soumis d'autres éléments de preuve documentaire. Quelques mois plus tard, l'agent d'ERAR a communiqué sa décision ainsi qu'un addenda qui indiquait qu'il avait examiné et évalué les autres documents soumis, mais que la preuve démontrait que la situation au Sri Lanka était semblable à celle qui régnait avant sa décision.

La principale question en litige était de savoir si la décision de l'agent d'ERAR était raisonnable.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

Dans la décision *Aboud c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, la Cour a appliqué l'alinéa 113a) de manière à limiter l'admissibilité des éléments de preuve produits dans le cadre des demandes d'ERAR subséquentes. Il n'y avait aucune raison pour laquelle le raisonnement dans la décision *Aboud* ne s'appliquerait pas aux circonstances de l'espèce où il n'y a pas de décision par la SPR, mais où la décision faisant l'objet de l'examen est le troisième ERAR. Indépendamment de l'applicabilité ou non de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, l'agent d'ERAR a confondu le concept de préclusion découlant d'une question déjà tranchée et la recevabilité de la preuve. L'agent d'ERAR a comparé le contenu de la déclaration solennelle du demandeur avec les notes versées dans le dossier du précédent ERAR et a conclu que les risques avancés étaient les mêmes que ceux qui avaient été tranchés dans l'ERAR précédent. Cependant, le principe de préclusion découlant d'une question déjà tranchée s'applique à la question de savoir si les

not improper and his conclusion was reasonable. The PRRA officer did not err in concluding that the evidence did not demonstrate that the applicant would be at risk if returned to Sri Lanka, pursuant to section 97 of the Act. However, subsequent to the PRRA officer's decision being prepared but before it was communicated, the applicant submitted a great volume of country condition documentary evidence. The PRRA officer's conclusion that there had been no change in country conditions since the second PRRA was not reasonable. While the PRRA officer stated that the majority of the applicant's submissions pre-dated the second PRRA, this was not accurate. Portions of the applicant's submissions did post-date it. There was no reference to or analysis of any of the many documents that post-dated the second PRRA in the PRRA officer's decision to explain why those documents did not establish new or heightened risk or why the PRRA officer afforded them no weight. Even if he were attempting to limit the PRRA based on *issue estoppel*, the PRRA officer did not re-examine the prior evidence in comparison to the applicant's further submissions to determine if any new risk or changes to risk had occurred since the determination in the second PRRA. It was not possible to determine whether the PRRA officer was alive to the content of the other documents in assessing the applicant's risk. The PRRA officer's decision was not justifiable, transparent and intelligible and was not defensible in respect of the facts and the law.

mêmes risques ont déjà été pris en considération et ont fait l'objet d'une décision, et pas à la recevabilité des nouveaux éléments de preuve. Bien que l'agent d'ERAR ait mal exposé la façon dont la preuve qui lui avait été présentée devait être évaluée, la manière dont il a appliqué la préclusion découlant d'une question déjà tranchée n'était pas illégitime et, en tout état de cause, sa conclusion était raisonnable. L'agent d'ERAR n'a pas commis d'erreur en concluant que la preuve n'avait pas démontré que le demandeur serait en danger, conformément à l'article 97 de la Loi, s'il devait retourner au Sri Lanka. Toutefois, à la suite de la préparation de la décision de l'agent d'ERAR, mais avant qu'elle ne soit communiquée, le demandeur a présenté un important volume d'éléments de preuve sur les conditions dans le pays. La conclusion de l'agent d'ERAR selon laquelle la situation du pays n'a pas changé n'était pas raisonnable. Tandis que l'agent d'ERAR a indiqué que la majorité des soumissions étaient antérieures au deuxième ERAR, cela n'était pas exact. Des parties des documents du demandeur étaient effectivement postérieures au deuxième ERAR. Dans la décision de l'agent d'ERAR, il n'y avait aucune référence aux nombreux documents postérieurs au deuxième ERAR ni aucune analyse de ces documents pour expliquer en quoi ils n'ont pas établi de risque nouveau ou accru et pourquoi l'agent d'ERAR n'y a accordé aucun poids. Même s'il tentait de limiter l'ERAR en se fondant sur la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, l'agent d'ERAR n'a pas réexaminé les éléments de preuve antérieurs comparativement aux autres éléments soumis par le demandeur pour déterminer si de nouveaux risques ou des changements étaient survenus depuis la décision rendue dans le deuxième ERAR. Il n'a pas été possible de déterminer si l'agent d'ERAR était conscient de la teneur des autres documents au moment d'évaluer le risque pour le demandeur. La décision de l'agent d'ERAR n'était pas justifiable, transparente, intelligible et défendable au regard des faits et du droit.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 36, 97, 101(1)(f), 112, 113(a).

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*About v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 1019.

##### CONSIDERED:

*Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77; *Raza v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 385, 289 D.L.R. (4th) 675.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 36, 97, 101(1)f, 112, 113a).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION APPLIQUÉE :

*About c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 1019.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77; *Raza c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CAF 385.

## REFERRED TO:

*Belaroui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 863; *Kandel v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 659, 459 F.T.R. 160; *Wang v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 799; *Elezi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 240, [2008] 1 F.C.R. 365; *Christopher v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 964; *Djordjevic v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 13, 21 Imm. L.R. (4th) 263; *Casseus v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCT 472, 233 F.T.R. 13; *Singh v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 201; *Escalona Perez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1379, 59 Imm. L.R. (3d) 156; *Smith v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 929, 465 F.T.R. 33; *Lemus v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FCA 114, 372 D.L.R. (4th) 567; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190.

## AUTHORS CITED

Canada. Citizenship and Immigration. *Operational Manual: Protected Persons (PP)*, Chapter PP-3 “Pre-Removal Risk Assessment”, online: <<http://www.cic.gc.ca/english/resources/tools/refugees/prra/policy.asp>>. United States. Department of State. *2013 Human Rights Reports: Sri Lanka*, Bureau of Democracy, Human Rights and Labor, February 2014, online: <<http://www.state.gov/j/drl/rls/hrrpt/2013/sca/220404.htm>>.

APPLICATION for judicial review of a decision of an immigration officer dismissing the applicant’s pre-removal risk assessment. Application allowed.

## APPEARANCES

*Barbara Jackman* for applicant.  
*Asha Gafar* 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 and judgment rendered in English by*

## DÉCISIONS CITÉES :

*Belaroui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 863; *Kandel c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 659; *Wang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 799; *Elezi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2007 CF 240, [2008] 1 R.C.F. 365; *Christopher c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CF 964; *Djordjevic c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 13; *Casseus c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2003 CFPI 472; *Singh c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 201; *Escalona Perez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2006 CF 1379; *Smith c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 929; *Lemus c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CAF 114; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190.

## DOCTRINE CITÉE

Canada. Citoyenneté et Immigration. *Guide opérationnel : Personnes protégées (PP)*, chapitre PP-3 « Examen des risques avant renvoi », en ligne : <<http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/outils/refugies/erar/politique.asp>>. États-Unis. Department of State. *2013 Human Rights Reports : Sri Lanka*, Bureau of Democracy, Human Rights and Labor, février 2014, en ligne : <<http://www.state.gov/j/drl/rls/hrrpt/2013/sca/220404.htm>>.

DEMANDE de contrôle judiciaire visant la décision par laquelle un agent d’immigration a rejeté la demande d’examen des risques avant renvoi du demandeur. Demande accueillie.

## ONT COMPARU

*Barbara Jackman* pour le demandeur.  
*Asha Gafar* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Jackman, Nazami & 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] STRICKLAND J.: This is an application for judicial review of a negative decision of a pre-removal risk assessment (PRRA) conducted by a senior immigration officer (PRRA officer) pursuant to section 112 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA).

### Background

[2] The applicant is a citizen of Sri Lanka and has a long immigration history. In 1991 he arrived in Canada, with his family, as a permanent resident. In 1996 he was convicted of possession of a narcotic for the purposes of trafficking and lost his permanent resident status. After serving his sentence, he was found to be inadmissible for serious criminality. In November 2003 his application for permanent residence on humanitarian and compassionate (H&C) grounds was refused. On January 12, 2004 the applicant made his first PRRA application, which was refused, and on May 27, 2005 his application for judicial review was dismissed. He was deported in 2004.

[3] The applicant claims that upon arrival back in Sri Lanka he was detained, threatened and accused of being a member of the Liberation Tigers of Tamil Eelam (LTTE). Once released, he was frightened to use his real identification due to the association of Northern Sri Lanka with LTTE leaders. He procured false identification to return to his family's home in the north. Frightened of being discovered there, he returned to Colombo and, when passing through a LTTE checkpoint, he was accused of being wanted by the LTTE. The officers checked their list for his name but, because he was travelling using a false identity, that name was not on the list.

[4] Once in Colombo, he decided to leave Sri Lanka again. In 2006 he claimed refugee protection in France and was deported back to Sri Lanka. Shortly thereafter, the applicant left Sri Lanka again and entered Canada on a fraudulent passport on June 28, 2006. He was found to be inadmissible to Canada because he was not in possession of a valid passport, because of his past criminal conviction and because he had not received authority to

[1] LA JUGE STRICKLAND : Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire visant une décision défavorable rendue relativement à l'examen de risques avant renvoi (ERAR) mené par un agent d'immigration supérieur (l'agent d'ERAR) aux termes de l'article 112 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR).

### Contexte

[2] Le demandeur est un citoyen du Sri Lanka qui a une longue histoire d'immigration. En 1991, il est arrivé au Canada, avec sa famille, en tant que résident permanent. En 1996, il a été reconnu coupable de possession d'un stupéfiant en vue d'en faire le trafic et a perdu son statut de résident permanent. Après avoir purgé sa peine, il a été déclaré interdit de territoire pour grande criminalité. En novembre 2003, sa demande de résidence permanente pour des motifs d'ordre humanitaire a été rejetée. Le 12 janvier 2004, le demandeur a présenté sa première demande d'ERAR, qui a été rejetée, et le 27 mai 2005, sa demande de contrôle judiciaire a été rejetée. Il a été expulsé en 2004.

[3] Le demandeur prétend qu'à son retour au Sri Lanka, il a été arrêté, menacé et accusé d'appartenir aux Tigres libérateurs de l'Eelam tamoul (TLET). À la libération, il a eu peur d'utiliser sa véritable identité en raison de l'association du nord du Sri Lanka avec les dirigeants des TLET. Il a donné une fausse identité pour pouvoir retourner dans sa maison familiale située dans le nord du pays. Craignant d'y être découvert, il est retourné à Colombo et, au moment de franchir un point de contrôle des TLET, il a été accusé d'être recherché par les TLET. Les agents ont cherché son nom dans leur liste, mais étant donné qu'il voyageait sous une fausse identité, son nom ne figurait pas sur la liste.

[4] Une fois à Colombo, il a décidé de quitter une nouvelle fois le Sri Lanka. En 2006, il a demandé l'asile en France et a été expulsé vers le Sri Lanka. Peu après, le demandeur a encore une fois quitté le Sri Lanka et est entré au Canada en utilisant un faux passeport le 28 juin 2006. Il a été déclaré interdit de territoire au Canada étant donné qu'il ne possédait pas de passeport valide, compte tenu de sa condamnation pénale

return following his previous deportation. And, because his claim had been determined to be ineligible on grounds of serious criminality, pursuant to paragraph 101(1)(f) of the IRPA, he was not eligible to have a refugee claim determined by the Refugee Protection Division (RPD) of the Immigration and Refugee Board of Canada.

[5] While in immigration detention for illegal entry, the applicant submitted a second PRRA application. The application was allowed by a PRRA officer on March 15, 2007, but was denied upon ministerial review on July 14, 2010. The Federal Court allowed an application for leave and judicial review of that decision and ordered that there be a redetermination of the PRRA application. On August 6, 2012 the redetermination of the applicant's second PRRA application also resulted in a negative decision (2012 PRRA). The applicant's application for judicial review was denied on August 21, 2013.

[6] On March 26, 2014 the applicant applied for a third PRRA which again resulted in a negative decision. The present application for judicial review arises on the basis of this negative decision.

#### Decision Under Review

[7] The PRRA officer reviewed the applicant's immigration history and quoted extensively from his statutory declaration dated March 26, 2014 including the applicant's claim that, even though the war in Sri Lanka has ended, the situation there is worsening in many ways and that, if returned, he would face discrimination and harassment due to his ethnicity and would be targeted because he has family overseas.

[8] The PRRA officer noted that because the applicant was inadmissible for serious criminality pursuant to section 36 of the IRPA, consideration of his request for protection was, pursuant to paragraph 112(3)(b) of the IRPA, restricted to the grounds set out in section 97 of the IRPA. The PRRA officer also quoted from

antérieure et parce qu'il n'avait pas reçu l'autorisation de revenir après son expulsion antérieure. De plus, étant donné que sa demande avait été jugée irrecevable pour des motifs de grande criminalité, conformément à l'alinéa 101(1)f) de la LIPR, il n'était pas admissible à ce que la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié tranche une demande d'asile.

[5] Tandis qu'il était détenu par l'Immigration pour entrée illégale, le demandeur a présenté une deuxième demande d'ERAR. La demande a été accueillie par un agent d'ERAR le 15 mars 2007, mais a été rejetée après avoir été examinée par le ministre le 14 juillet 2010. La Cour fédérale a accueilli une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire de cette décision et a ordonné que la demande d'ERAR soit réexaminée. Le 6 août 2012, le réexamen de la deuxième demande d'ERAR du demandeur a également abouti à une décision défavorable (ERAR de 2012). La demande de contrôle judiciaire du demandeur a été rejetée le 21 août 2013.

[6] Le 26 mars 2014, le demandeur a déposé une troisième demande d'ERAR qui s'est une fois de plus soldée par une décision défavorable. La présente demande de contrôle judiciaire fait suite à cette décision défavorable.

#### Décision faisant l'objet du contrôle

[7] L'agent d'ERAR a examiné l'historique d'immigration du demandeur et cite de longs passages de sa déclaration solennelle datée du 26 mars 2014, y compris l'affirmation du demandeur selon laquelle, même si la guerre au Sri Lanka avait pris fin, la situation s'aggravait à bien des égards, et s'il devait y retourner, il serait victime de discrimination et de harcèlement en raison de son appartenance ethnique et serait ciblé parce qu'il a de la famille à l'étranger.

[8] L'agent d'ERAR a souligné qu'étant donné que le demandeur était interdit de territoire pour grande criminalité en vertu de l'article 36 de la LIPR, l'examen de sa demande de protection avait été, conformément à l'alinéa 112(3)b) de la LIPR, restreint aux motifs énoncés à l'article 97 de la LIPR. L'agent d'ERAR a

Citizenship and Immigration Canada's (CIC) Protected Persons Operational Manual which states that the new evidence rule contained in paragraph 113(a) of the IRPA does not apply to repeat PRRA applications. However, the doctrine of *issue estoppel* could apply to limit a subsequent PRRA application if the same question was decided in a prior PRRA. The Protected Persons Operational Manual stated that a subsequent PRRA could be limited to a re-examination of the evidence in light of any changes that occurred since the previous PRRA decision. Applying this guide, the PRRA officer stated that because the applicant's claim was not heard by the RPD, the new evidence rule was not applicable. He decided, therefore, that he would "consider the evidence submitted with respect to the administrative law principle of *issue estoppel*".

[9] The PRRA officer stated that in addition to the documentary evidence submitted by the applicant, he had considered his own country condition research, which was listed in the decision under sources consulted, the previous PRRA "Notes to File" dated August 3, 2012, which were quoted in part and which outlined the applicant's submissions at that time, as well as counsel's submissions for the previous PRRA dated June 10, 2011. The PRRA officer determined that the applicant was submitting essentially the same risks as he had in his previous PRRA. The information provided in the statutory declaration as well as the documentation submitted regarding his stated risks upon return in 2004 had previously been presented and considered in his prior request for protection and had been decided. The PRRA officer concluded that a re-examination of the applicant's evidence did not indicate any changes had occurred and/or new risks that had developed since the initial decision and, therefore, "the evidence does not meet the requirements of the administrative law principle of *issue estoppel*".

[10] The PRRA officer also noted the applicant's counsel's letter, dated January 20, 2015, stating counsel's

également cité des passages du Guide opérationnel des personnes protégées de Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) qui stipule que la règle concernant les nouveaux éléments de preuve énoncée à l'alinéa 113a) de la LIPR ne s'applique pas aux demandes d'ERAR réitérées. Cependant, le principe de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée pourrait s'appliquer pour limiter une demande d'ERAR subséquente si la même question a été tranchée dans un ERAR antérieur. Le Guide opérationnel des personnes protégées stipulait qu'un ERAR subséquent pourrait être restreint à un réexamen des éléments de preuve à la lumière des changements intervenus depuis que la décision d'ERAR précédente a été rendue. S'appuyant sur ce guide, l'agent d'ERAR a déclaré qu'étant donné que la demande du demandeur n'était pas instruite par la SPR, la règle concernant les nouveaux éléments de preuve n'était pas applicable. Il a par conséquent décidé [TRADUCTION] « d'examiner les éléments de preuve soumis selon le principe de l'irrecevabilité reconnu en droit administratif ».

[9] L'agent d'ERAR a déclaré qu'en plus de la preuve documentaire présentée par le demandeur, il avait pris en considération ses propres recherches sur les conditions dans le pays, qui figuraient dans la décision sous la rubrique des sources consultées, les « notes au dossier » de l'ERAR précédent en date du 3 août 2012, qui ont été citées en partie et qui décrivent les arguments du demandeur à ce moment-là, ainsi que les observations de l'avocat de l'ERAR précédent en date du 10 juin 2011. L'agent d'ERAR a jugé que le demandeur avait présenté essentiellement les mêmes risques que dans sa précédente demande d'ERAR. Les renseignements contenus dans la déclaration solennelle ainsi que la documentation soumise relativement aux risques déclarés lors de son retour en 2004 avaient déjà été présentés et examinés dans sa précédente demande de protection et avaient déjà fait l'objet d'une décision. L'agent d'ERAR a conclu que le réexamen des éléments de preuve du demandeur n'avait pas révélé de changements ou de nouveaux risques depuis la décision initiale et que, par conséquent, [TRADUCTION] « la preuve ne satisfait pas aux exigences du principe de l'irrecevabilité reconnu en droit administratif ».

[10] L'agent d'ERAR a également mentionné la lettre de l'avocat du demandeur datée du 20 janvier 2015,

intention to amend the applicant's submissions to include recent developments in Sri Lanka resulting from a snap election. However, that at the time of the PRRA officer's decision, on April 15, 2015, updated submissions had not been received. Regardless, the PRRA officer had conducted his own country conditions research reviewing the U.S. Department of State *2013 Human Rights Reports: Sri Lanka* [Bureau of Democracy, Human Rights and Labor: February 2014] (U.S. Report: Sri Lanka 2013) and three internet news articles (dated January and March 2015) on the newly elected president of Sri Lanka.

[11] The PRRA officer concluded that the documentary evidence he consulted established the existence of human rights violations, corruption, crime and discrimination against minorities, including Tamils. However, he found that country conditions in Sri Lanka are similar to the conditions that existed prior to the determination of the applicant's 2012 PRRA. And, although there had been recent changes, namely the newly formed government, there was insufficient objective evidence to demonstrate that those changes would, more likely than not, result in a section 97 risk to the applicant should he return to Sri Lanka. The PRRA officer found that there had not been significant changes since the first PRRA decision so as to constitute risk factors that arose subsequent to the refusal of the last PRRA.

[12] Although the PRRA officer's decision was rendered on April 15, 2015, it was not communicated to the applicant. On April 21, 2015 the applicant's counsel submitted three packages of documentary evidence totalling 589 pages. On May 5, 2015 the applicant's counsel wrote to advise of a delay in a further submission and, on June 2, 2015, a further package of documentary evidence comprising 444 pages was submitted. The applicant's counsel also indicated that still further submissions would be made by the end of that week.

dans laquelle l'avocat indique son intention de modifier les observations du demandeur pour inclure les faits récemment survenus au Sri Lanka à la suite d'élections subitement déclenchées. Toutefois, au moment où l'agent d'ERAR a rendu sa décision, à savoir le 15 avril 2015, les nouvelles observations n'avaient pas été reçues. Néanmoins, l'agent d'ERAR avait mené ses propres recherches sur les conditions dans le pays en s'appuyant sur le rapport du Département d'État américain sur les pratiques en matière des droits de la personne au Sri Lanka en 2013 [*2013 Human Rights Reports : Sri Lanka*, Bureau of Democracy, Human Rights and Labor : février 2014] (rapport des États-Unis sur le Sri Lanka en 2013) et trois articles publiés sur Internet (datés de janvier et mars 2015) à propos du nouveau président du Sri Lanka.

[11] L'agent d'ERAR a conclu que les preuves documentaires qu'il a consultées prouvaient qu'il y avait des violations des droits de la personne, de la corruption, de la criminalité et de la discrimination à l'égard de minorités, y compris les Tamouls. Cependant, il a constaté que la situation au Sri Lanka était similaire à celle qui régnait avant que la décision soit rendue relativement à la demande d'ERAR soumise par le demandeur en 2012. De plus, bien que des changements soient survenus récemment, à savoir la formation d'un nouveau gouvernement, les preuves objectives n'étaient pas suffisantes pour démontrer que ces changements entraîneraient vraisemblablement un risque visé à l'article 97 pour le demandeur s'il devait retourner au Sri Lanka. L'agent d'ERAR a estimé que, depuis la première décision d'ERAR, il n'y avait pas eu de changements significatifs constituant des facteurs de risque après le refus de la dernière demande d'ERAR.

[12] Bien que l'agent d'ERAR ait rendu sa décision le 15 avril 2015, elle n'a pas été communiquée au demandeur. Le 21 avril 2015, l'avocat du demandeur a fourni trois dossiers d'éléments de preuve documentaire totalisant 589 pages. Le 5 mai 2015, l'avocat du demandeur a informé par écrit d'un retard dans la soumission d'autres éléments et le 2 juin 2015, un nouveau dossier de preuve documentaire comprenant 444 pages a été soumis. L'avocat du demandeur a également indiqué que d'autres éléments seraient soumis d'ici la fin de cette semaine.

[13] On June 29, 2015 the PRRA officer provided his April 15, 2015 decision together with an addendum dated June 29, 2015. In the addendum he stated that he had reviewed and assessed the documents included in the above submissions with a view to determining whether they provided evidence of risk. However, he concluded that the documentary evidence consisted of information speaking to general country conditions in Sri Lanka. Further, he found that the majority of the documents pre-dated the 2012 PRRA and that the applicant had not provided an explanation for why they could not have been presented during the previous PRRA.

[14] The PRRA officer also found that the most recent of the documents provided indicated that Sri Lanka has seen some recent political changes, including an election, and that there is continued debate over investigations into the allegations of human rights violations during the 30-year conflict. He identified four articles that spoke to these issues from the applicant's counsel's June 2, 2015 submissions. The PRRA officer accepted, based on the documentary evidence, that several outstanding issues continue to afflict Sri Lanka. Ultimately, however, the PRRA officer concluded that the evidence demonstrated that the country conditions in Sri Lanka are similar to those that existed prior to his April 15, 2015 decision and that he had not been provided with sufficient objective evidence to establish that recent changes, particularly the January 2015 election, would more likely than not result in a risk to the applicant should he return to Sri Lanka. Further, that there had not been significant changes to constitute risk factors arising subsequent to his initial PRRA decision.

#### Issues

[15] The applicant submits that three issues arise:

- (1) Did the PRRA officer err in law with respect to *issue estoppel*?

[13] Le 29 juin 2015, l'agent d'ERAR a communiqué sa décision prise en date du 15 avril 2015 ainsi qu'un addenda daté du 29 juin 2015. Dans l'addenda, il a déclaré avoir examiné et évalué les documents figurant dans les soumissions susmentionnées en vue de déterminer s'ils fournissaient des preuves de risque. Cependant, il a conclu que la preuve documentaire renfermait des renseignements sur la situation générale au Sri Lanka. En outre, il a constaté que la majorité des documents étaient antérieurs à la demande d'ERAR de 2012 et que le demandeur n'avait pas expliqué pourquoi ils n'avaient pas pu être présentés dans le cadre du précédent ERAR.

[14] L'agent d'ERAR a également constaté que d'après le plus récent des documents fournis, des changements politiques ont récemment eu lieu au Sri Lanka, y compris une élection, et que les enquêtes sur les allégations de violations des droits de la personne pendant les 30 années de conflit faisaient l'objet d'un débat permanent. Il a trouvé quatre articles traitant des questions soulevées par les documents que l'avocat du demandeur avait transmis le 2 juin 2015. En se fondant sur la preuve documentaire, l'agent d'ERAR a admis que plusieurs problèmes n'étaient toujours pas résolus au Sri Lanka. En fin de compte, cependant, l'agent d'ERAR a conclu que la preuve démontrait que la situation au Sri Lanka était semblable à celle qui régnait avant sa décision du 15 avril 2015 et qu'il n'avait pas reçu suffisamment de preuves objectives pour établir que les changements récents, notamment les élections de janvier 2015, entraîneraient vraisemblablement un risque pour le demandeur s'il devait retourner au Sri Lanka. En outre, il a conclu qu'il n'y avait pas eu de changements significatifs constituant des facteurs de risque après sa décision initiale en matière d'ERAR.

#### Questions en litige

[15] Le demandeur soutient que trois questions se posent :

- 1) L'agent d'ERAR a-t-il commis une erreur de droit à l'égard de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée?



(2) Was the decision of the PRRA officer reasonable in light of the evidence?

(3) Did the officer fail to observe principles of fundamental justice and procedural fairness?

[16] However, in my view, the sole issue is whether the PRRA officer's decision was reasonable.

#### Standard of Review

[17] The applicant submits that he has raised errors of law, fact and mixed errors of law and fact. The standard of review in immigration cases is reasonableness on questions of fact or mixed fact and law, but correctness on questions of law. The respondent submits that the standard of review of a PRRA decision, when considered in its entirety, is reasonableness and that a high degree of deference is owed to the findings of fact and assessment of the evidence by the officer.

[18] In my view, the standard of review applicable to the PRRA officer's decision is that of reasonableness (*Belaroui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 863, at paragraphs 9 and 10; *Kandel v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 659, 459 F.T.R. 160, at paragraph 17; *Wang v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 799, at paragraph 11).

#### Was the Decision Reasonable?

[19] The applicant submits that *issue estoppel* does not apply but, even if it does, the PRRA officer erred in applying it to the facts in the present case.

[20] The applicant submits the following reasons for this conclusion: the evidence in the present PRRA differs from that submitted in the previous PRRA and demonstrates that conditions in Sri Lanka for Tamils have significantly worsened; the PRRA officer erred by requiring the applicant to present new risks, rather

2) La décision de l'agent d'ERAR était-elle raisonnable à la lumière des éléments de preuve?

3) Est-ce que l'agent n'a pas respecté les principes de justice fondamentale et d'équité procédurale?

[16] Cependant, à mon avis, il se pose uniquement la question de savoir si la décision de l'agent d'ERAR était raisonnable.

#### Norme de contrôle

[17] Le demandeur soutient avoir relevé des erreurs de droit, de fait et des erreurs mixtes de droit et de fait. Dans les cas d'immigration, la norme de contrôle est celle de la décision raisonnable en ce qui concerne les questions de fait ou les questions mixtes de droit et de fait et celle de la décision correcte pour les questions de droit. Le défendeur soutient que la norme de contrôle d'une décision en matière d'ERAR, prise dans son ensemble, est raisonnable et qu'un degré élevé de retenue s'impose à l'égard des constatations de fait et à l'évaluation de la preuve effectuées par l'agent.

[18] À mon avis, la norme de contrôle applicable à la décision de l'agent d'ERAR est celle de la décision raisonnable (*Belaroui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 863, aux paragraphes 9 et 10; *Kandel c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 659, au paragraphe 17; *Wang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 799, au paragraphe 11).

#### La décision était-elle raisonnable?

[19] Le demandeur fait valoir que la préclusion découlant d'une question déjà tranchée ne s'applique pas et que, même si c'était le cas, l'agent d'ERAR a commis une erreur en l'appliquant aux faits de la présente affaire.

[20] Le demandeur fournit les raisons suivantes à l'appui de cette conclusion : la preuve dans le présent ERAR diffère de celle présentée dans l'ERAR précédent et démontre que les conditions au Sri Lanka pour les Tamouls ont considérablement empiré; l'agent d'ERAR a commis une erreur en exigeant que le demandeur

than simply new evidence (*Elezi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 240, [2008] 1 F.C.R. 365, at paragraphs 38 and 39; *Christopher v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 964; *Djordjevic v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 13, 21 Imm. L.R. (4th) 263, at paragraphs 17–21); there is no bar on filing multiple PRRA applications and the PRRA officer is an administrative officer whose decision is not final; and, the applicant did not submit his current PRRA in an attempt to review the previous PRRA as the PRRA officer implies, while he relied on previous evidence and submissions, he also presented new and more current evidence.

[21] The applicant provides no authority for his view that *issue estoppel* has no application to a repeat PRRA. However, the applicant does refer to the Supreme Court of Canada decision in *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77 (at paragraph 23), which describes *issue estoppel* as a branch of *res judicata*, precluding the re-litigation of issues previously decided in court in another proceeding. There the Supreme Court also stated that for *issue estoppel* to be successfully invoked, three preconditions must be met: the issue must be the same as the one decided in the prior decision; the prior decision must have been final; and, the parties must be the same (also see *Casseus v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCT 472, 233 F.T.R. 13, at paragraph 22).

[22] The respondent made no submissions concerning the PRRA officer's application of the principle of *issue estoppel* but submits that the PRRA officer considered all of the evidence and that the decision was reasonable.

[23] In this case the PRRA officer relied on and quoted from the CIC Protected Persons Operational Manual, which states that paragraph 113(a) of the IRPA does not apply to repeat PRRA applications, but that the principle of *issue estoppel* may be applied, specifically:

présente de nouveaux risques au lieu de nouveaux éléments de preuve (*Elezi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 240, [2008] 1 R.C.F. 365, aux paragraphes 38 et 39; *Christopher c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CF 964; *Djordjevic c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 13, aux paragraphes 17 à 21); il n'est pas interdit de déposer plusieurs demandes d'ERAR et l'agent d'ERAR est un agent administratif dont la décision n'est pas définitive; et, le demandeur n'a pas présenté sa demande actuelle d'ERAR en vue du réexamen du précédent ERAR contrairement à ce que sous-entend l'agent, car bien qu'il se soit fondé sur des preuves et des observations antérieures, il a présenté de nouveaux éléments plus récents.

[21] Le demandeur ne cite aucune source pour appuyer son opinion selon laquelle la préclusion découlant d'une question déjà tranchée ne s'applique pas à une demande d'ERAR réitérée. Toutefois, le demandeur invoque la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77 (au paragraphe 23), qui stipule que la préclusion découlant d'une question déjà tranchée est un volet du principe de l'autorité de la chose jugée. Dans cette affaire, la Cour suprême déclare également que pour que la préclusion puisse être accueillie, trois conditions préalables doivent être réunies : la question doit être la même que celle qui a été tranchée dans la décision antérieure; la décision judiciaire antérieure doit avoir été une décision finale; et, les parties doivent être les mêmes (voir aussi *Casseus c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CFPI 472, au paragraphe 22).

[22] Le défendeur n'a fait aucune observation concernant l'application, par l'agent d'ERAR, du principe de préclusion découlant d'une question déjà tranchée, mais soutient que l'agent d'ERAR a examiné tous les éléments de preuve et que la décision était raisonnable.

[23] En l'espèce, l'agent d'ERAR a invoqué et a cité des passages du Guide des personnes protégées de CIC, qui stipule que l'alinéa 113a) de la LIPR ne s'applique pas aux demandes d'ERAR réitérées, mais que le principe de préclusion découlant d'une question déjà tranchée peut être appliqué, précisément :

Although the A113(a) new evidence rule does not apply to repeat PRRA applications, the administrative law principle of *issue estoppel* applies to subsequent PRRA applications as a matter of binding Federal Court and Supreme Court of Canada jurisprudence. *Issue estoppel* is a form of *res judicata*—a rule by which a final judgement by a court is conclusive upon the parties in any subsequent litigation involving the same cause of action. If the same question has been decided in a previous PRRA decision that is final, the officer may limit the subsequent PRRA to a re-examination of the evidence in light of any changes that have occurred since the initial decision. However, the officer has discretion to decline to apply *issue estoppel* in appropriate, though limited, circumstances if it would be in the interests of justice to do so. For example, the officer may consider reasons why, with reasonable diligence, evidence that was available when the previous PRRA application was made could not have been presented at that time. The officer must state whether or not *issue estoppel* is being applied to the subsequent PRRA (or what issues are subject to the principle) and provide reasons.

[24] However, recent decisions of this Court have held that paragraph 113(a) is applicable to evidence submitted in repeat PRRA's. In *Aboud v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 1019 (*Aboud*), not cited by the parties, the applicant's refugee claim had been rejected by the RPD, his first PRRA was also rejected as was a redetermination of a second PRRA. The PRRA officer assessing the second PRRA had rejected most of the submitted evidence as inadmissible on the basis that it had not been put forward by the applicant either at the RPD hearing or prior to the first PRRA, as was required by paragraph 113(a) of the IRPA and the doctrine of *issue estoppel*.

[25] Justice Roy noted that it is well established that a PRRA is not an opportunity for an applicant to appeal or seek reconsideration of an RPD decision that rejected his or her claim for refugee protection (*Raza v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 385, 289 D.L.R. (4th) 675 (*Raza*), at paragraph 12; *Singh v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 201, at paragraph 15; *Escalona Perez v. Canada (Minister of*

Même si la règle concernant les nouveaux éléments de preuve énoncée au L113a) ne s'applique pas aux demandes d'ERAR réitérées, le principe de droit administratif appelé « principe de l'irrecevabilité » ou « estoppel » s'applique aux demandes d'ERAR subséquentes et relève d'une obligation juridique créée par les arrêts de la Cour fédérale et de la Cour suprême du Canada. Le « principe de l'irrecevabilité » ou « estoppel » est une forme de *res judicata*, ou « chose jugée » : une règle en vertu de laquelle un jugement définitif prononcé par un tribunal est exécutoire par les parties à tout contentieux subséquent portant sur la même cause d'action. Si la même question a été tranchée dans une décision définitive à l'issue d'un précédent ERAR, l'agent peut restreindre les ERAR suivants à un réexamen des éléments de preuve à la lumière des changements intervenus depuis que la décision initiale a été rendue. Cependant, l'agent a le pouvoir de ne pas appliquer le principe de l'irrecevabilité dans certaines circonstances appropriées, mais limitées, s'il estime que cela servirait la justice. Par exemple, l'agent peut considérer les raisons pour lesquelles, avec la diligence requise, les éléments de preuve accessibles au moment de la demande d'ERAR précédente n'auraient pas pu être présentés à ce moment. L'agent doit indiquer si le principe de l'irrecevabilité est appliqué à l'ERAR subséquent (ou quels éléments sont soumis à ce principe) et en fournir les raisons.

[24] Cependant, les récentes décisions de la Cour ont confirmé que l'alinéa 113a) est applicable aux éléments de preuve présentés dans une demande d'ERAR réitérée. Dans la décision *Aboud c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 1019 (*Aboud*), non citée par les parties, la demande d'asile du demandeur avait été rejetée par la SPR, son premier ERAR avait également été rejeté, tout comme la demande de nouvel examen du second ERAR. L'agent d'ERAR qui avait évalué le second ERAR avait rejeté la plupart des éléments de preuve, les jugeant irrecevables, au motif qu'ils n'avaient pas été présentés par le demandeur à l'audience devant la SPR ou avant le premier ERAR, comme l'exigeaient l'alinéa 113a) de la LIPR et le principe de préclusion découlant d'une question déjà tranchée.

[25] Le juge Roy a fait remarquer qu'il était bien établi qu'une demande d'ERAR ne constituait pas un appel ni un réexamen de la décision de la SPR de rejeter une demande d'asile (*Raza c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CAF 385 (*Raza*), au paragraphe 12; *Singh c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 201, au paragraphe 15; *Escalona Perez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*,

*Citizenship and Immigration*), 2006 FC 1379, 59 Imm. L.R. (3d) 156, at paragraph 5) and that the Federal Court of Appeal in *Raza*, at paragraph 13, stated that the outcome of a negative refugee determination “must be respected by the PRRA officer” in the absence of new admissible evidence that might have affected that outcome. Justice Roy also noted that paragraph 113(a) of the IRPA prescribes the evidence which an applicant can submit, essentially limiting the applicant to new evidence that was not available or was not reasonably available to him or her at the time the claim to refugee protection was rejected, or to evidence that the applicant could not reasonably have been expected to present at that hearing.

[26] Having determined that the PRRA officer had not erred in rejecting evidence arising prior to the RPD decision under paragraph 113(a) of the IRPA, Justice Roy then addressed the issue of the admissibility of evidence on a second or subsequent PRRA [at paragraph 31]:

The question remains as to whether evidence submitted by the applicant is admissible where that evidence was not available or reasonably available at the time of the RPD hearing but was available or reasonably available at the time of the applicant’s first PRRA application. I find that the decision to reject this evidence was reasonable. In *Li v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2010 FCA 75, [2010] 3 F.C.R. 347 (F.C.A.) at paragraph 41, the Federal Court of Appeal was clear that “an application for protection under section 112 is an application for refugee protection.” As such, a prior PRRA meets the statutory language of subsection 113(a); it is a “claim to refugee protection [that] has been rejected.” Indeed, this Court has applied subsection 113(a) to limit the admissibility of evidence submitted in subsequent PRRA applications: *Narany v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 155 at paragraph 7; *Moumaev v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 720 at paragraph 27.

[27] I see no reason why this reasoning would not also apply in this circumstance where there was no determination by the RPD but where the decision under review is the third PRRA. Further, although the PRRA officer relied on CIC’s Protected Persons Operational Manual, this Court has consistently held that policies, operational manuals and guidelines may offer guidance to the

2006 CF 1379, au paragraphe 5) et que, comme l’a indiqué la Cour d’appel fédérale au paragraphe 13 de l’arrêt *Raza*, « l’agent d’ERAR doit prendre acte » de la décision défavorable rendue relativement à une demande d’asile en l’absence de nouveaux éléments de preuve admissibles qui auraient pu avoir une incidence sur l’issue de cette demande. Le juge Roy a également souligné que l’alinéa 113a) de la LIPR décrivait les éléments de preuve qu’un demandeur peut produire. Il s’agit essentiellement d’éléments de preuve qui n’étaient pas disponibles ou qui n’étaient pas normalement accessibles au moment du rejet de sa demande d’asile ou, s’ils l’étaient, qu’il n’était pas raisonnable de s’attendre à ce qu’il les ait présentés lors de l’audition de cette demande.

[26] Ayant conclu que l’agent d’ERAR n’avait pas commis d’erreur en rejetant les éléments de preuve survenus avant la décision de la SPR en vertu de l’alinéa 113a) de la LIPR, le juge Roy a ensuite abordé la question de la recevabilité des éléments de preuve relativement à un deuxième ERAR ou à un ERAR subséquent [au paragraphe 31] :

Il reste à déterminer si des éléments de preuve produits par le demandeur qui n’étaient pas disponibles ou normalement accessibles lors de l’audience de la SPR, mais qu’ils l’étaient lors de la première demande d’ERAR, sont admissibles. J’estime que la décision de rejeter ces éléments de preuve était raisonnable. Dans *Li c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2010 CAF 75, [2010] 3 R.C.F. 347, au paragraphe 41, la Cour d’appel fédérale a dit clairement que « la demande de protection visée à l’article 112 est une demande d’asile ». Un ERAR antérieur est visé à l’alinéa 113a), car il s’agit d’une demande d’asile et que « le demandeur d’asile [a été] débouté ». En fait, la Cour a appliqué l’alinéa 113a) de manière à limiter l’admissibilité des éléments de preuve produits dans le cadre des demandes d’ERAR subséquentes : *Narany c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CF 155, au paragraphe 7; *Moumaev c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CF 720, au paragraphe 27.

[27] Je ne vois aucune raison pour laquelle ce raisonnement ne s’appliquerait pas aussi dans la situation où il n’y a pas de décision par la SPR, mais où la décision faisant l’objet de l’examen est le troisième ERAR. En outre, bien que l’agent d’ERAR se soit fondé sur le Guide opérationnel des personnes protégées de CIC, la Cour a toujours soutenu que les politiques, les guides

decision maker, but should not be treated as a binding precedent or checklist; the decision maker must first have regard to all of the facts and circumstances before them (*Smith v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 929, 465 F.T.R. 33, at paragraphs 42–46; *Lemus v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FCA 114, at paragraph 12).

[28] Regardless of whether or not *issue estoppel* is applicable, in my view the PRRA officer conflated the concept of *issue estoppel* with the admissibility of the evidence.

[29] In the April 15, 2015 decision the only documentary evidence submitted to the PRRA officer was the March 26, 2014 statutory declaration of the applicant, and various other documents, but no country condition information. The covering facsimile transmission sheet from his counsel states that the applicant relies on all previous evidence and submissions in both his H&C applications and the new PRRA application and that updated information would follow. Thus, the PRRA officer compared the content of the statutory declaration to the previous PRRA notes to file and to counsel's submissions and concluded that the same risks were being advanced as had been decided by the prior PRRA. The PRRA officer states that "re-examination" of the applicant's evidence did not indicate that any changes had occurred or new risks had developed since the initial decision and "as a result, the evidence does not meet the requirements of the principle of *issue estoppel*". I would note, however, that the principle of *issue estoppel* applies to the question of whether the same risks were previously considered and decided, not to the admissibility of the new evidence.

[30] The CIC Protected Persons Operational Manual appears to require a re-examination of the evidence in light of any changes that occurred since the initial

opérationnels et les lignes directrices peuvent offrir des conseils au décideur, mais qu'ils ne doivent pas être considérés comme un précédent contraignant ou une liste de vérification; le décideur doit d'abord tenir compte de tous les faits et de toutes les circonstances dont il est saisi (*Smith c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 929, aux paragraphes 42 à 46; *Lemus c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CAF 114, au paragraphe 12).

[28] Indépendamment de l'applicabilité ou non de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, à mon avis, l'agent d'ERAR a confondu le concept de préclusion découlant d'une question déjà tranchée et la recevabilité de la preuve.

[29] En ce qui concerne la décision du 15 avril 2015, la seule preuve documentaire présentée à l'agent d'ERAR était la déclaration solennelle faite par le demandeur le 26 mars 2014, ainsi que divers autres documents. Toutefois, aucun renseignement n'avait été fourni sur la situation dans le pays. La feuille d'accompagnement transmise par télécopieur par son avocat stipulait que le demandeur se fondait sur l'ensemble des preuves et observations antérieures dans ses demandes fondées sur des motifs d'ordre humanitaire et sur la nouvelle demande d'ERAR et que les renseignements mis à jour suivraient. Ainsi, l'agent d'ERAR a comparé le contenu de la déclaration solennelle avec les notes versées dans le dossier du précédent ERAR et les observations de l'avocat et a conclu que les risques avancés étaient les mêmes que ceux qui avaient tranchés dans l'ERAR précédent. L'agent d'ERAR stipule que le réexamen des éléments de preuve du demandeur n'avait pas révélé de changements ou de nouveaux risques depuis la décision initiale et, par conséquent, que [TRADUCTION] « la preuve ne satisfait pas aux exigences du principe de préclusion découlant d'une question déjà tranchée ». Je tiens à souligner, cependant, que le principe de préclusion découlant d'une question déjà tranchée s'applique à la question de savoir si les mêmes risques ont déjà été pris en considération et ont fait l'objet d'une décision, et pas à la recevabilité des nouveaux éléments de preuve.

[30] Le Guide opérationnel des personnes protégées de CIC semble exiger un réexamen des éléments de preuve à la lumière des changements intervenus depuis

decision. In this situation, however, the applicant had not submitted new country conditions evidence prior to the decision being written. As a result, the PRRA officer could only compare the risk the applicant claimed in the context of the prior country conditions as described in the 2012 PRRA and his own independent research, being U.S. Report—Sri Lanka 2013. Therefore, while he may have misstated how the evidence before him was to be assessed, the manner in which he applied *issue estoppel* in the April 15, 2015 decision, if applicable, was not improper and, in any event, his conclusion was reasonable.

[31] The PRRA officer also considered his own country condition research concerning the impact of the recent election in Sri Lanka. As described above, based on that review, he concluded that the evidence did not demonstrate that the applicant would be at risk, pursuant to section 97, if returned to Sri Lanka. Again, I can find no error in that conclusion.

[32] However, subsequent to the April 15, 2015 decision being prepared but before it was communicated, the applicant submitted a great volume of country condition documentary evidence.

[33] These submissions were acknowledged by the PRRA officer in the addendum in which he stated that he had reviewed and assessed the documents to determine if they provided evidence of risk. He found that the majority of the documents spoke to the general country conditions and pre-dated the 2012 PRRA and that no explanation was provided as to why this had not been submitted previously. It is possible that by this comment the PRRA officer was considering whether to exercise his discretion not to apply *issue estoppel*. As an example of when this could be done, the CIC Protected Persons Operational Manual noted circumstances when the applicant explained why, with reasonable diligence, evidence that was available could not have been presented at a prior time. However, it is unclear exactly what the

la décision initiale. Dans cette situation, cependant, le demandeur n'a pas présenté de nouveaux éléments de preuve sur les conditions dans le pays avant que la décision soit rédigée. Ainsi, l'agent d'ERAR n'a pu établir de parallèle qu'entre les risques invoqués par le demandeur relativement à la situation dans le pays telle qu'elle était décrite dans la demande d'ERAR de 2012 et les recherches indépendantes qu'il a lui-même effectuées, à savoir le rapport des États-Unis sur le Sri Lanka en 2013. Par conséquent, s'il est possible qu'il ait mal exposé la façon dont la preuve qui lui avait été présentée devait être évaluée, la manière dont il a appliqué la préclusion découlant d'une question déjà tranchée dans la décision du 15 avril 2015, le cas échéant, n'était pas illégitime et, en tout état de cause, sa conclusion était raisonnable.

[31] L'agent d'ERAR a également pris en considération ses propres recherches sur les conditions dans le pays en ce qui concerne les répercussions des récentes élections au Sri Lanka. Comme il est dit plus haut, sur la base de cet examen, il a conclu que la preuve n'avait pas démontré que le demandeur serait en danger, conformément à l'article 97, s'il devait retourner au Sri Lanka. Encore une fois, je ne constate aucune erreur dans cette conclusion.

[32] Toutefois, à la suite de la préparation de la décision du 15 avril 2015, mais avant qu'elle ne soit communiquée, le demandeur a présenté un important volume d'éléments de preuve sur les conditions dans le pays.

[33] Ces observations ont été reconnues par l'agent d'ERAR dans l'addenda dans lequel il a déclaré qu'il avait examiné et évalué les documents pour déterminer s'ils fournissaient des preuves de risque. Il a constaté que la majorité des documents abordaient les conditions générales du pays et qu'ils étaient antérieurs à l'ERAR de 2012 et qu'aucune explication n'avait été fournie pour indiquer pourquoi ces documents n'avaient pas été soumis avant. Il est possible qu'en ayant fait ce commentaire, l'agent d'ERAR ait envisagé d'exercer son pouvoir discrétionnaire de ne pas appliquer la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. À titre d'exemple, le Guide opérationnel des personnes protégées de CIC relève les cas où le demandeur a expliqué pourquoi, avec une diligence raisonnable, la preuve qui

PRRA officer was considering. It is also possible that the PRRA officer was considering the admissibility of those new documents the same basis of availability, as would be the case in the context of an analysis under paragraph 113(a) of the IRPA.

[34] On this point it is significant that the certified tribunal record (CTR) does not contain the country condition document submissions. This may have been by oversight or it may mean that the PRRA officer considered the documents not to be admissible. It was not explained. The applicant's record contains lists of the updated country conditions that were, presumably, submitted. All of the 26 documents listed in package 13 of 15 submitted on April 21, 2015 are dated 2014, thus, they in fact all post-date the 2012 PRRA. Similarly, all of the 51 documents listed in package 14 of 15 are 2014 documents. And, package 15 of 15, lists 64 documents, all dated 2014 or 2015. The June 2, 2015 submission lists 52 documents and, while many of those are quite dated, eight of them are dated 2014 or 2015. Four of these 8 documents from the June 2, 2015 submissions are referenced by the PRRA officer in the addendum. The PRRA officer described these 4 documents as "the most recent of the documents provided", states that they indicated that Sri Lanka had seen some recent political change, and quoted from one of them.

[35] The problem is that, while the PRRA officer states that the majority of the submissions pre-date the 2012 PRRA, as seen from the above, this would not appear to be accurate. This is supported by the fact that, in addition to the lists of documents, portions of the 1 000 pages of submissions are also contained in the applicant's record and these do post-date the 2012 PRRA.

[36] There is no reference to or analysis of any of the many documents that post-date the 2012 PRRA in the PRRA officer's decision to explain why they do not establish new or heightened risk or why the PRRA officer afforded them no weight. Nor does the PRRA

était disponible n'avait pas pu être présentée. Cependant, il est impossible de savoir avec exactitude ce que l'agent d'ERAR envisageait. Il est également possible que l'agent d'ERAR ait examiné la recevabilité de ces nouveaux documents selon le même principe de disponibilité que dans le cadre d'une analyse fondée sur l'alinéa 113a) de la LIPR.

[34] À cet égard, le fait que le dossier certifié du tribunal ne contient pas les documents soumis sur les conditions dans le pays a son importance. Il peut s'agir d'une omission ou cela peut signifier que l'agent d'ERAR a estimé que les documents n'étaient pas recevables. Il n'y a eu aucune explication. Le dossier du demandeur contient des listes des conditions dans le pays mises à jour qui ont, probablement, été soumises. Les 26 documents énumérés dans le dossier 13 de 15 soumis le 21 avril 2015 portent la date de 2014, et sont, par conséquent, tous postérieurs à l'ERAR de 2012. De même, les 51 documents énumérés dans le dossier 14 de 15 datent de 2014. Le dossier 15 de 15 comprend 64 documents, tous datés de 2014 ou 2015. La soumission du 2 juin 2015 énumère 52 documents et, bien qu'un grand nombre de ces documents soient relativement anciens, huit d'entre eux sont datés de 2014 ou 2015. Sur ces 8 documents contenus dans la soumission du 2 juin 2015, 4 sont mentionnés par l'agent d'ERAR dans l'addenda. L'agent d'ERAR a décrit ces 4 documents comme étant [TRADUCTION] « les plus récents des documents fournis », a déclaré que d'après eux, le Sri Lanka avait connu un changement politique récent, et a cité l'un d'entre eux.

[35] Le problème est que, tandis que l'agent d'ERAR indique que la majorité des submissions sont antérieures à l'ERAR de 2012, comme on l'a vu plus haut, cela ne semble pas être exact. Cette constatation est soutenue par le fait qu'en plus des listes de documents, des parties des 1 000 pages de documents soumis sont également contenues dans le dossier du demandeur et sont effectivement postérieures à l'ERAR de 2012.

[36] Dans la décision de l'agent d'ERAR, il n'y a aucune référence aux nombreux documents postérieurs à l'ERAR de 2012 ni aucune analyse de ces documents pour expliquer en quoi ils n'établissent pas de risque nouveau ou accru et pourquoi l'agent d'ERAR n'y a

officer compare the content of any of those documents to those submitted in support of the 2012 PRRA to determine whether the risks described in the new evidence were sufficiently dealt with in 2012. Put otherwise, even if he were attempting to limit the PRRA based on *issue estoppel*, he did not re-examine the prior evidence in comparison to the applicant's further submissions to determine if any new or changes to risk had occurred since the determination in the 2012 PRRA. The only aspect of risk which was considered was the impact of the 2015 election. Indeed, based on his reasons, it is possible that the PRRA officer only assessed risk from his April 15, 2015 decision to the June 29, 2015 addendum.

[37] For these reasons, the PRRA officer's conclusion that there had been no change in country conditions since 2012 is not reasonable. This Court is unable to determine whether the PRRA officer was alive to the content of the other documents in assessing the applicant's risk, and without a complete CTR, it cannot assess the reasonableness of the conclusion. Put otherwise, the PRRA officer's decision is not justifiable, transparent and intelligible and is not defensible in respect of the facts and the law (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 47).

[38] For these reasons, the application is granted.

#### JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. The application for judicial review is granted. The decision of the PRRA officer is set aside and the matter is remitted for redetermination by a different officer;
2. No question of general importance is proposed by the parties and none arises; and
3. There will be no order as to costs.

accordé aucun poids. L'agent d'ERAR n'a pas non plus comparé le contenu de ces documents avec celui des documents présentés à l'appui de l'ERAR de 2012 pour déterminer si les risques décrits dans les nouvelles preuves avaient été suffisamment abordés en 2012. Autrement dit, même s'il tentait de limiter l'ERAR en se fondant sur la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, il n'a pas réexaminé les éléments de preuve antérieurs comparativement aux autres éléments soumis par le demandeur pour déterminer si de nouveaux risques ou des changements étaient survenus depuis la décision rendue dans l'ERAR de 2012. Le seul aspect du risque qui a été examiné a été la répercussion des élections de 2015. En effet, compte tenu des motifs évoqués, il est possible que l'agent d'ERAR n'ait évalué le risque que sur la période allant du 15 avril 2015 (décision) au 29 juin 2015 (addenda).

[37] Pour ces motifs, la conclusion de l'agent d'ERAR selon laquelle la situation du pays n'a pas changé depuis 2012 n'est pas raisonnable. La Cour est incapable de déterminer si l'agent d'ERAR était conscient de la teneur des autres documents au moment d'évaluer le risque pour le demandeur, et sans un dossier certifié du tribunal complet, elle ne peut pas évaluer le caractère raisonnable de la conclusion. En d'autres termes, la décision de l'agent d'ERAR n'est pas justifiable, transparente, intelligible et défendable au regard des faits et du droit (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, au paragraphe 47).

[38] Pour ces motifs, la demande est accueillie.

#### JUGEMENT

LA COUR STATUE que :

1. La demande de contrôle judiciaire est accueillie. La décision de l'agent d'ERAR est annulée et l'affaire est renvoyée à un autre agent pour nouvel examen;
2. Aucune question de portée générale n'est proposée par les parties et aucune n'est soulevée;
3. Aucuns dépens ne sont adjugés.



A-384-15  
2016 FCA 92

A-384-15  
2016 CAF 92

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

**Le procureur général du Canada** (*demandeur*)

v.

c.

**Association of Justice Counsel** (*Respondent*)

**L'Association des juristes de Justice** (*défenderesse*)

**INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. ASSOCIATION OF JUSTICE COUNSEL**

**RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. ASSOCIATION DES JURISTES DE JUSTICE**

Federal Court of Appeal, Trudel, Boivin and de Montigny J.J.A.—Québec, January 11; Ottawa, March 23, 2016.

Cour d'appel fédérale, juges Trudel, Boivin et de Montigny, J.C.A.—Québec, 11 janvier; Ottawa, 23 mars 2016.

*Public Service — Labour Relations — Judicial review of decision by grievance adjudicator allowing policy grievance from respondent against Immigration Law Directorate, Department of Justice (Directorate) directive imposing standby duty on counsel without compensation — Directorate compensating employees only for hours actually worked while on standby, imposing requirement that all counsel be on call on rotational basis — Invoking management rights under Financial Administration Act, ss. 7, 11.1, as reproduced in collective agreement, Art. 5 — Adjudicator concluding directive not reasonable — Whether adjudicator reasonably interpreted collective agreement, Art. 5 — Adjudicator's decision unreasonable in analysis of employer's justifications — Adjudicator's role in interpreting Art. 5 to question whether employer acted reasonably, fairly, in good faith — Here, adjudicator not only imposing excessive burden on employer to demonstrate reasonableness of directive, but also ignoring evidence — Application allowed.*

*Fonction publique — Relations du travail — Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle un arbitre de grief a accueilli un grief de principe de la défenderesse à l'encontre d'une directive de la Direction du droit de l'immigration du ministère de la Justice (la Direction), qui impose aux juristes l'obligation d'être disponibles, sans indemnisation — La Direction ne rémunérait les employés que pour les heures réellement travaillées lors d'une période de garde et leur imposait l'obligation d'être disponibles, à tour de rôle — L'employeur a invoqué le droit de direction que lui reconnaissent les art. 7 et 11.1 de la Loi sur la gestion des finances publiques, tel que repris à l'art. 5 de la convention collective — L'arbitre a conclu que la directive n'était pas raisonnable — Il s'agissait de savoir si l'arbitre a raisonnablement interprété l'art. 5 de la convention collective — La décision de l'arbitre était déraisonnable dans l'analyse qu'il a faite des justifications présentées par l'employeur — Lorsque l'arbitre est appelé à interpréter l'art. 5, son rôle est de se demander si l'employeur a agi de façon raisonnable, équitable et de bonne foi — En l'occurrence, l'arbitre a non seulement imposé à l'employeur un fardeau excessif pour démontrer le caractère raisonnable de sa directive, mais il a également fait fi de la preuve — Demande accueillie.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Life, Liberty and Security — Grievance adjudicator allowing policy grievance from respondent against Immigration Law Directorate, Department of Justice (Directorate) directive imposing standby duty on counsel without compensation — Directorate compensating employees only for hours actually worked while on standby, imposing requirement that all counsel be on call on rotational basis — Adjudicator concluding directive infringing on right to privacy protected under Charter, s. 7 — Whether directive violating Charter, s. 7 — Adjudicator erring in concluding that directive on standby duty infringing on right to liberty, private life — Several of activities counsel deprived of because of standby duty going far beyond what case law*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Un arbitre de grief a accueilli un grief de principe de la défenderesse à l'encontre d'une directive de la Direction du droit de l'immigration du ministère de la Justice (la Direction), qui impose aux juristes l'obligation d'être disponibles, sans indemnisation — La Direction ne rémunérait les employés que pour les heures réellement travaillées lors d'une période de garde et leur imposait l'obligation d'être disponibles, à tour de rôle — L'arbitre a conclu que la directive portait atteinte au droit à la vie privée protégé par l'art. 7 de la Charte — Il s'agissait de savoir si la directive porte atteinte à l'art. 7 de la Charte — L'arbitre a erré en concluant que la directive sur le temps de garde contrevient au droit à la liberté*

*considering to be choices inherently related to individual's personal, fundamental autonomy — Duty not to travel far, to be available a few weeknights, weekends per year not infringing on rights of parents to raise, support their children — Accepting contrary argument trivializing rights constitutional instrument like Charter aiming to protect — Adjudicator also erring in using case law pertaining to Quebec Charter of Human Rights and Freedoms to interpret Charter, s. 7.*

This was an application for judicial review of a decision by a grievance adjudicator allowing a policy grievance from the respondent against a directive from the Immigration Law Directorate of the Department of Justice, Quebec Regional Office (Directorate) that imposes a duty on counsel to be available weeknights and weekends, on a rotational basis, and without compensation.

Until the impugned directive came into force, counsel on standby were compensated by days of leave. The employer notified employees around March 22, 2010, that from then on they would be compensated only for hours actually worked while on standby and not for the entire period spent on standby. In the absence of volunteers, the employer imposed the requirement that all counsel of the Directorate be on call on a rotational basis. The employer invoked management rights granted to it under sections 7 and 11.1 of the *Financial Administration Act*, as reproduced in Article 5 of the collective agreement, to justify the directive it issued. Article 5 states that “the functions, rights, powers and authority which the Employer has not specifically abridged, delegated or modified by this Agreement are recognized by the Association as being retained by the Employer” (clause 5.01), and that “[t]he Employer will act reasonably, fairly and in good faith in administering” the collective agreement (clause 5.02). The adjudicator concluded that the directive was not reasonable and infringes on the right to privacy protected under section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. He noted, *inter alia*, that a collective agreement that is silent on standby duty hours does not mean that the employer has free reign to require standby duty and to impose conditions.

At issue was whether the adjudicator reasonably interpreted Article 5 of the collective agreement, and whether the directive violates section 7 of the Charter.

*et à la vie privée — Plusieurs des activités que les juristes ne peuvent exercer pendant leur période de garde semblent aller bien au-delà de ce que la jurisprudence a considéré comme des choix intrinsèquement reliés à l'autonomie personnelle et fondamentale d'un individu — L'obligation de ne pas s'éloigner de sa résidence et d'être disponible quelques soirs et fins de semaine par année ne remet pas en question les droits qu'ont les parents d'éduquer leurs enfants et de prendre soin de leur développement — Prétendre le contraire ne pourrait que banaliser les droits que vise à protéger un instrument constitutionnel comme la Charte — L'arbitre a également eu tort de s'inspirer de la jurisprudence découlant de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec pour interpréter l'art. 7 de la Charte.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle un arbitre de grief a accueilli un grief de principe de la défenderesse à l'encontre d'une directive de la Direction du droit de l'immigration du ministère de la Justice, bureau régional de Québec (la Direction), qui impose aux juristes l'obligation d'être disponibles, à tour de rôle, les soirs et les fins de semaine et ce, sans indemnisation.

Jusqu'à l'entrée en vigueur de la directive contestée, les juristes effectuant des périodes de garde étaient compensés par des journées de congé. L'employeur a avisé les employés vers le 22 mars 2010 qu'ils seraient dorénavant uniquement rémunérés pour les heures réellement travaillées lors d'une période de garde, et non pas pour l'entièreté de la période de garde. En l'absence de volontaires, l'employeur a imposé à tous les juristes de la Direction l'obligation de se rendre disponibles à tour de rôle pour assurer la garde. L'employeur a invoqué le droit de direction que lui reconnaissent les articles 7 et 11.1 de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, tel que repris à l'article 5 de la convention collective, pour justifier la directive qu'il a émise. L'article 5 stipule que « L'Association reconnaît que l'Employeur retient toutes les fonctions, les droits, les pouvoirs et l'autorité que ce dernier n'a pas, d'une façon précise, fait diminuer, déléguer ou modifier par la présente convention » (paragraphe 5.01) et que « L'Employeur agit raisonnablement, équitablement et de bonne foi dans l'administration de la présente convention collective » (paragraphe 5.02). L'arbitre a conclu que la directive n'était pas raisonnable et qu'elle portait atteinte au droit à la vie privée protégée par l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il a entre autres indiqué que le fait qu'une convention collective soit silencieuse sur le temps de garde ne signifie pas que l'employeur ait carte blanche pour obliger une garde et en prévoir les modalités.

Il s'agissait de savoir si l'arbitre a raisonnablement interprété l'article 5 de la convention collective et si la directive porte atteinte à l'article 7 de la Charte.

*Held*, the application should be allowed.

The adjudicator's decision appeared unreasonable in its analysis of the employer's justifications. First, the adjudicator noted that processing a stay application does not constitute an emergency outside the employer's control. This conclusion goes against the common evidence submitted by the parties, to the effect that a stay application can arise unexpectedly and should be processed as an emergency. Secondly, the adjudicator did not seem to account for the fact, *inter alia*, that each counsel is responsible for standby duty only a few weeks per year. Finally, the adjudicator imposed an excessive burden on the employer when he noted that there was no evidence showing that standby duty is the employer's only way of responding to emergencies. When an adjudicator is called upon to interpret clause 5.02 of the collective agreement, his role is not to determine whether the employer made the best decision possible, but to question whether the employer acted reasonably, fairly and in good faith. Here, the adjudicator not only imposed an excessive burden on the employer to demonstrate the reasonableness of its directive, but also ignored the evidence showing that none of the counsel volunteered after the employer made the announcement that employees would be compensated only for hours worked while on standby duty. There is every reason to believe that only financial compensation would have led the adjudicator to consider that imposing standby duty was a reasonable exercise of management rights. Such reasoning clearly goes against the applicable law on this matter.

The adjudicator erred in concluding that the directive on standby duty infringes on the right to liberty (and a private life) protected under the Charter. Several of the activities that counsel cannot engage in during their standby duty period seem to go far beyond what the case law considers to be choices inherently related to an individual's personal and fundamental autonomy. The duty not to travel farther than one hour from one's residence and to be available to provide professional services a few weeknights and weekends per year does not infringe on the rights of parents to raise their children, to support their development or to make fundamental decisions for them. Accepting an argument to the contrary would only trivialize the rights a constitutional instrument like the Charter aims to protect. Finally, the adjudicator erred in using the case law pertaining to the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms* to interpret section 7 of the Charter and the right to liberty therein. The adjudicator's decision was set aside, and the grievance returned to another adjudicator for decision.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

La décision de l'arbitre semblait déraisonnable dans l'analyse qu'il a faite des justifications présentées par l'employeur. L'arbitre a tout d'abord noté que le fait de traiter une demande de sursis ne constitue pas une urgence hors du contrôle de l'employeur. Cette conclusion va à l'encontre de la preuve commune soumise par les parties, à l'effet qu'une demande de sursis peut survenir de façon imprévisible et doit être traitée de façon urgente. Ensuite, l'arbitre n'a pas semblé tenir compte du fait que chaque avocat n'est tenu d'assurer une garde que deux à trois semaines par année. Enfin, l'arbitre a imposé à l'employeur un fardeau excessif lorsqu'il a noté qu'aucune preuve n'établissait que la période de garde est le seul moyen dont dispose l'employeur pour répondre aux urgences. Lorsqu'un arbitre est appelé à interpréter le paragraphe 5.02 de la convention collective, son rôle n'est pas de déterminer si l'employeur a pris la meilleure décision possible; il doit plutôt se demander si l'employeur a agi de façon raisonnable, équitable et de bonne foi. En l'occurrence, l'arbitre a non seulement imposé à l'employeur un fardeau excessif pour démontrer le caractère raisonnable de sa directive, mais il a également fait fi de la preuve à l'effet qu'aucun juriste ne s'était porté volontaire suite à l'annonce faite par l'employeur que les employés ne seraient rémunérés que pour les heures travaillées pendant une période de garde. Tout porte à croire que seule une compensation financière aurait pu amener l'arbitre à considérer l'imposition d'une période de garde comme étant un exercice raisonnable du droit de gestion. Un tel raisonnement va clairement à l'encontre du droit applicable en la matière.

L'arbitre a erré en concluant que la directive sur le temps de garde contrevient au droit à la liberté (et à la vie privée) protégé par la Charte. Plusieurs des activités que les juristes ne peuvent exercer pendant leur période de garde semblent aller bien au-delà de ce que la jurisprudence a considéré comme des choix intrinsèquement reliés à l'autonomie personnelle et fondamentale d'un individu. L'obligation de ne pas s'éloigner à plus d'une heure de sa résidence et d'être disponible pour rendre des services professionnels le soir et les fins de semaine, à raison de deux ou trois fois par année, ne remet pas en question les droits qu'ont les parents d'éduquer leurs enfants, de prendre soin de leur développement et de prendre pour eux des décisions fondamentales. Prétendre le contraire ne pourrait que banaliser les droits que vise à protéger un instrument constitutionnel comme la Charte. Enfin, l'arbitre a eu tort de s'inspirer de la jurisprudence découlant de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec pour interpréter l'article 7 de la Charte et le droit à la liberté qui s'y retrouve. La décision de l'arbitre a été annulée et le grief a été renvoyé à un autre arbitre pour qu'il en dispose autrement.

## 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.  
*Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12, s. 5.  
*Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11, ss. 7, 11.1.  
*Public Service Employment Act*, S.C. 2003, c. 22, ss. **12**, **13**.  
*Public Service Labour Relations Act*, S.C. 2003, c. 22, s. **2**, ss. 220, 233.

## CASES CITED

## APPLIED:

*Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844, (1997), 152 D.L.R. (4th) 577.

## DISTINGUISHED:

*Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395.

## CONSIDERED:

*Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30 v. Irving Pulp & Paper, Ltd.*, 2013 SCC 34, [2013] 2 S.C.R. 458; *Delios v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 117, 100 Admin. L.R. (5th) 301; *Reference re ss. 93 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, [1990] 4 W.W.R. 481; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, (1995), 122 D.L.R. (4th) 1; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigations and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, (1990), 67 D.L.R. (4th) 161.

## REFERRED TO:

*Association of Justice Counsel v. Treasury Board*, 2009 CanLII 58615 (P.S.S.R.B.); *Association of Justice Counsel v. Canada (Attorney General)*, 2013 FC 806; *R. v. Malmo-Levine*; *R. v. Caine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 57; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *British Columbia Teachers' Federation v. British Columbia Public School Employers' Association*, 2014 SCC 70, [2014] 3 S.C.R. 492; *United Food and Commercial Workers, Local 503 v. Wal-Mart Canada Corporation*, 2014 SCC 45, [2014] 2 S.C.R. 323; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, (1993), 100 D.L.R. (4th) 658; *Sketchley v. Canada (Attorney General)*, 2005 FCA 404, [2006] 3 F.C.R. 392; *Erasmus v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 129,

## 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.  
*Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12, art. 5.  
*Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11, art. 7, 11.1.  
*Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, art. **12**, **13**.  
*Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, art. **2**, art. 220, 233.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISION APPLIQUÉE :

*Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844.

## DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes et Papier Irving, Ltée*, 2013 CSC 34, [2013] 2 R.C.S. 458; *Delios c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 117; *Renvoi relatif à l'art. 93 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Association des juristes du ministère de la Justice c. Conseil du Trésor*, 2009 CanLII 58615 (C.R.T.F.P.); *Association des juristes de Justice c. Canada (Procureur général)*, 2013 CF 806; *R. c. Malmo-Levine*; *R. c. Caine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 57; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *British Columbia Teachers' Federation c. British Columbia Public School Employers' Association*, 2014 CSC 70, [2014] 3 R.C.S. 492; *Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 c. Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2014 CSC 45, [2014] 2 R.C.S. 323; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *Sketchley c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 404, [2006] 3 R.C.F. 392; *Erasmus c.*

336 C.R.R. (2d) 56; *Canada (Attorney General) v. Johnstone*, 2014 FCA 110, [2015] 2 F.C.R. 595; *Brescia v. Canada (Treasury Board)*, 2005 FCA 236, [2006] 2 F.C.R. 343; *Peck v. Parcs Canada*, 2009 FC 686, 359 F.T.R. 136; *P.S.A.C. v. Canada (Canadian Grain Commission)* (1986), 5 F.T.R. 51, [1986] F.C.J. No. 498 (T.D.) (QL); *Public Service Alliance of Canada v. Treasury Board (Department of Veterans Affairs)*, 2013 PSLRB 165, affd 2014 FC 1152; *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Treasury Board (Department of Human Resources and Skills Development)*, 2014 PSLRB 18; *United Nurses of Alberta v. Alberta Health Services (On-Call Program Grievance)*, 2014 CanLII 50285 (Alta. G.A.A.); *Shell Canada Ltd. v. Communications Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 835 (Call-Out Grievance)*, [2001] A.G.A.A. No. 51 (QL); *Pembroke General Hospital v. Canadian Union of Public Employees, Local 1502 (Collective Agreement Grievance)* (1974), 6 L.A.C. (2d) 149, [1974] O.L.A.A. No. 6 (QL); *Re Corporation of the County of Hastings and International Union of Operating Engineers, Local 793* (1972), 2 L.A.C. (2d) 78, [1972] O.L.A.A. No. 71 (QL); *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307; *R. v. Clay*, 2003 SCC 75, [2003] 3 S.C.R. 735; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, (1999), 216 N.B.R. (2d) 25; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, (1988), 44 D.L.R. (4th) 385; *R. v. S.A.*, 2014 ABCA 191 (CanLII), 575 A.R. 230, leave to appeal to S.C.C. refused, [2014] 3 S.C.R. x; *R. v. Schmidt*, 2014 ONCA 188, 119 O.R. (3d) 145; *Siemens v. Manitoba (Attorney General)*, 2003 SCC 3, [2003] 1 S.C.R. 6; *B.C. Teachers' Federation v. School District No. 39*, 2003 BCCA 100, 224 D.L.R. (4th) 63; *Alberta (Aboriginal Affairs and Northern Development) v. Cunningham*, 2011 SCC 37, [2011] 2 S.C.R. 670; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101.

APPLICATION for judicial review of a decision by a grievance adjudicator (2015 PSLREB 31) allowing a policy grievance from the respondent against a directive from the Immigration Law Directorate of the Department of Justice, Quebec Regional Office that imposes a duty on counsel to be available weeknights and weekends, on a rotational basis, and without compensation. Application allowed.

## APPEARANCES

*Sean F. Kelly* for applicant.  
*Bernard Phillion* for respondent.

*Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 129; *Canada (Procureur général) c. Johnstone*, 2014 CAF 110, [2015] 2 R.C.F. 595; *Brescia c. Canada (Conseil du Trésor)*, 2005 CAF 236, [2006] 2 R.C.F. 343; *Peck c. Parcs Canada*, 2009 CF 686; *A.F.P.C. c. Canada (Commission canadienne des grains)*, [1986] A.C.F. n° 498 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Alliance de la Fonction publique du Canada c. Conseil du Trésor (ministère des Anciens Combattants)*, 2013 CRTFP 165, conf. par 2014 CF 1152; *Institut professionnel de la fonction publique du Canada c. Conseil du Trésor (ministère des Ressources humaines et du Développement des compétences)*, 2014 CRTFP 18; *United Nurses of Alberta v. Alberta Health Services (On-Call Program Grievance)*, 2014 CanLII 50285 (G.A.A. Alb.); *Shell Canada Ltd. v. Communications Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 835 (Call-Out Grievance)*, [2001] A.G.A.A. No. 51 (QL); *Pembroke General Hospital v. Canadian Union of Public Employees, Local 1502 (Collective Agreement Grievance)* (1974), 6 L.A.C. (2d) 149, [1974] O.L.A.A. No. 6 (QL); *Re Corporation of the County of Hastings and International Union of Operating Engineers, Local 793* (1972), 2 L.A.C. (2d) 78, [1972] O.L.A.A. No. 71 (QL); *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307; *R. c. Clay*, 2003 CSC 75, [2003] 3 R.C.S. 735; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, (1999), 216 R.N.-B. (2d) 25; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *R. v. S.A.*, 2014 ABCA 191 (CanLII), 575 A.R. 230, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2014] 3 R.C.S. x; *R. v. Schmidt*, 2014 ONCA 188, 119 O.R. (3d) 145; *Siemens c. Manitoba (Procureur général)*, 2003 CSC 3, [2003] 1 R.C.S. 6; *B.C. Teachers' Federation v. School District No. 39*, 2003 BCCA 100, 224 D.L.R. (4th) 63; *Alberta (Affaires autochtones et Développement du Nord) c. Cunningham*, 2011 CSC 37, [2011] 2 R.C.S. 670; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle un arbitre de grief (2015 CRTEFP 31) a accueilli un grief de principe de la défenderesse à l'encontre d'une directive de la Direction du droit de l'immigration du ministère de la Justice, bureau régional de Québec, qui impose aux juristes l'obligation d'être disponibles, à tour de rôle, les soirs et les fins de semaine et ce, sans indemnisation. Demande accueillie.

## ONT COMPARU

*Sean F. Kelly* pour le demandeur.  
*Bernard Phillion* pour la défenderesse.

## SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant.

*Philion Leblanc Beaudry, avocats s.a.*, Montréal,  
for respondent.

*The following is the English version of the reasons for judgment rendered by*

[1] DE MONTIGNY J.A.: On April 2, 2015, grievance adjudicator Stephan J. Bertrand (the adjudicator), of the Public Service Labour Relations and Employment Board (the Board) allowed a policy grievance from the Association of Justice Counsel (the Association) against a directive from the Immigration Law Directorate of the Department of Justice, Quebec Regional Office (the employer or Directorate) [*Association of Justice Counsel v. Treasury Board (Department of Justice)*, 2015 PSLREB 31]. This directive imposes a duty on counsel to be available weeknights and weekends, on a rotational basis, and without compensation. The adjudicator concluded that this directive infringes on counsels' right to liberty under section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (the Charter) and thus violated clause 6.01 of the collective agreement between the Treasury Board and the Association, in addition to constituting an unreasonable and unfair exercise of residual management rights under clause 5.02 of the collective agreement.

[2] For the reasons that follow, my opinion is that this application for judicial review against that decision should be allowed. The adjudicator erred in deciding that the directive does not comply with the collective agreement and violates the right to liberty guaranteed by section 7 of the Charter.

### I. The facts

[3] The facts are not disputed and were the subject of an agreed statement of facts before the adjudicator. I will summarize the main facts for the purposes of this application.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

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

*Philion Leblanc Beaudry, avocats s.a.*, Montréal,  
pour la défenderesse.

*Voici les motifs du jugement rendus en français par*

[1] LE JUGE DE MONTIGNY, J.C.A. : Le 2 avril 2015, l'arbitre de grief Stephan J. Bertrand (l'arbitre) de la Commission des relations de travail et de l'emploi dans la fonction publique (la Commission) a accueilli un grief de principe de l'Association des juristes de Justice (l'Association) à l'encontre d'une directive de la Direction du droit de l'immigration du ministère de la Justice, bureau régional de Québec (l'employeur ou la Direction) [*Association des juristes de Justice c. Conseil du Trésor (ministère de la Justice)*, 2015 CRTEFP 31]. Cette directive impose aux juristes l'obligation d'être disponibles, à tour de rôle, les soirs et les fins de semaine et ce, sans indemnisation. L'arbitre a conclu que cette directive porte atteinte au droit à la liberté des juristes protégé à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (la Charte) et contrevenait de ce fait au paragraphe 6.01 de la convention collective entre le Conseil du Trésor et l'Association, en plus de constituer un exercice déraisonnable et inéquitable des droits résiduels de direction prévus au paragraphe 5.02 de la convention collective.

[2] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que la présente demande de contrôle judiciaire à l'encontre de cette décision devrait être accueillie. L'arbitre a erré en concluant que la directive n'est pas conforme à la convention collective et contrevient au droit à la liberté garanti par l'article 7 de la Charte.

### I. Les faits

[3] Les faits ne sont pas contestés et ont fait l'objet d'un énoncé conjoint devant l'arbitre. Je me contenterai d'en résumer les faits saillants aux fins de la présente demande.

[4] Since the early 1990s, the Directorate has provided client departments with standby staff weeknights and weekends in order to process urgent stay applications before the Federal Court concerning immigration. When on standby duty, counsel must be available by pager or cell phone, ready at all times to arrive at the office within one hour, and, as needed, be prepared to provide the services required. The agreed statement of facts illustrates the impact this duty can have by providing the personal situations of four counsel working for the Directorate.

[5] The adjudicator summarized the constraints imposed by the directive on these four counsel as follows (applicant's file, page 30, at paragraph 59):

The conditions imposed on counsel directly affect their abilities and capacities to do certain things and to perform certain activities such as picking up children from school and taking them home, in cases in which the school is located more than an hour from the office; attending opera performances; visiting family members who live more than an hour from their workplaces; committing themselves to piano lessons; going on outings with friends during which they could otherwise consume even moderate amounts of alcohol; accompanying children to arenas to play hockey; spending time with family at a cottage, when the cottage is located more than an hour from the counsel's workplace or in an area in which pagers or cell phones are not functional; skiing with children or accompanying them to water slides; having friends or family over for dinner; training for a triathlon or participating in one; and choosing personal or family activities held more than an hour from their workplace....

[6] Until the impugned directive came into force in March 2010, counsel on standby were compensated by days of leave at the discretion of the employer, and nobody was required to be on standby when there were enough volunteers. The employer then notified employees around March 22, 2010, that from then on they would be compensated only for hours actually worked while on standby and not for the entire period spent on standby. In the absence of volunteers after that announcement, the employer imposed the requirement that all counsel of the Directorate be on call on a rotational basis. A table was prepared according to the availability

[4] Depuis le début des années 1990, la Direction offre aux ministères clients des services juridiques de garde les soirs et les fins de semaine afin de traiter les demandes de sursis urgentes devant la Cour fédérale en matière d'immigration. Lorsqu'il est de garde, le juriste doit être accessible par téléavertisseur ou téléphone cellulaire, être en tout temps prêt à se rendre au bureau dans un délai d'une heure, et être en mesure, le cas échéant, de fournir les services requis. L'énoncé conjoint illustre l'impact que peut avoir cette obligation en exposant la situation personnelle de quatre juristes œuvrant à la Direction.

[5] L'arbitre a résumé de la façon suivante les contraintes qu'impose la directive à ces quatre juristes (dossier du demandeur, page 30, paragraphe 59) :

Les conditions imposées aux juristes affectent directement leurs habiletés et capacités de faire certaines choses et de poser certains gestes, notamment de ramasser leurs enfants à l'école et de les ramener à leur domicile, dans le cas où l'école en question se trouve à plus d'une heure du bureau, d'assister à des spectacles d'Opéra, de visiter les membres de leurs familles qui résident à plus d'une heure de leurs lieux de travail, de s'engager à suivre des cours de piano, d'entreprendre des sorties entre amis où ceux-ci pourraient autrement consommer même modérément de l'alcool, d'accompagner leurs enfants dans les arénas où ils pratiquent le hockey, de passer du temps en famille au chalet, quand ce chalet se situe à plus d'une heure de leur lieu de travail ou dans une région où les téléavertisseurs ou les téléphones cellulaires ne sont pas fonctionnels, de skier avec leurs enfants ou de les accompagner aux glissades d'eau, de recevoir des amis ou de la famille à souper, de s'entraîner pour un triathlon ou de participer à de telles courses, et de choisir des activités personnelles ou familiales se déroulant à plus d'une heure de leur travail [...]

[6] Jusqu'à l'entrée en vigueur de la directive contestée, en mars 2010, les juristes effectuant des périodes de garde étaient compensés par des journées de congé discrétionnaire de l'employeur, et la garde n'était pas obligatoire dans la mesure où il y avait suffisamment de volontaires. Or, l'employeur a avisé les employés vers le 22 mars 2010 qu'ils seraient dorénavant uniquement rémunérés pour les heures réellement travaillées lors d'une période de garde, et non pas pour l'entièreté de la période de garde. En l'absence de volontaires suite à cette annonce, l'employeur a imposé à tous les juristes de la Direction l'obligation de se rendre disponibles à

and personal situation of each counsel, who was required to be on standby an average of one to three times per year. The employer allowed the counsel to arrange with each other in case they needed someone to fill in for them.

[7] The working conditions for counsel who were part of the bargaining unit were initially established by an arbitral award handed down on October 23, 2009 [*Association of Justice Counsel v. Treasury Board*, 2009 CanLII 58615 (P.S.S.R.B.)], which served as a collective agreement. It came into force on November 1, 2009, with the exception of certain provisions that did not come into force until February 20, 2010. Neither this arbitral award nor the job descriptions of employees address time spent by counsel on standby or compensation for such a period. Paragraphs 13.01(c) and 13.02(c) of the collective agreement signed July 27, 2010, provide for one normal work week of 37.5 hours, which extends from Monday to Friday “except where a lawyer is required to work on what would normally be a day of rest or a paid holiday in order to carry out his or her professional responsibilities” (applicant’s file, Vol. 1, page 142).

[8] The employer invoked management rights granted to it under sections 7 and 11.1 of the *Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11 (FAA), as reproduced in Article 5 of the collective agreement, to justify the directive it issued. Article 5 of the collective agreement states the following (applicant’s file, Vol. 1, page 137):

**5.01** All the functions, rights, powers and authority which the Employer has not specifically abridged, delegated or modified by this Agreement are recognized by the Association as being retained by the Employer.

**5.02** The Employer will act reasonably, fairly and in good faith in administering this Agreement.

[9] These management rights are limited by Article 6 of the collective agreement, which provides as follows (applicant’s file, page 137):

**6.01** Nothing in this Agreement shall be construed as an abridgement or restriction of any lawyer’s constitutional

tour de rôle pour assurer la garde. Un tableau de garde a été préparé selon les disponibilités et la situation personnelle des juristes, ce qui se traduit par des gardes obligatoires de une à trois fois par année en moyenne. L’employeur permet par ailleurs aux juristes de s’accommoder entre eux pour se faire remplacer.

[7] Les conditions de travail des juristes faisant partie de l’unité de négociation ont été initialement fixées par une décision arbitrale rendue le 23 octobre 2009 [*Association des juristes du ministère de la Justice c. Conseil du Trésor*, 2009 CanLII 58615 (C.R.T.F.P.)], qui tenait lieu de convention collective. Cette dernière est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 2009, mises à part certaines dispositions qui ne sont entrées en vigueur que le 20 février 2010. Ni cette décision arbitrale ni les descriptions de tâche des employés ne traitent du temps de garde ou d’une indemnisation pour une telle période. Les alinéas 13.01c) et 13.02c) de la convention collective signée le 27 juillet 2010 prévoient une semaine normale de travail de 37,5 heures, qui s’étale du lundi au vendredi « sauf dans le cas où le juriste est appelé à travailler un jour de repos ou un jour férié afin de pouvoir remplir ses fonctions et obligations professionnelles » (dossier du demandeur, vol. 1, page 142).

[8] L’employeur invoque plutôt le droit de direction que lui reconnaissent les articles 7 et 11.1 de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11 (LGFP), tel que repris à l’article 5 de la convention collective, pour justifier la directive qu’il a émise. L’article 5 de la convention collective se lit comme suit (dossier du demandeur, vol. 1, page 137) :

**5.01** L’Association reconnaît que l’Employeur retient toutes les fonctions, les droits, les pouvoirs et l’autorité que ce dernier n’a pas, d’une façon précise, fait diminuer, déléguer ou modifier par la présente convention.

**5.02** L’Employeur agit raisonnablement, équitablement et de bonne foi dans l’administration de la présente convention collective.

[9] Ce droit de direction est par ailleurs balisé par l’article 6 de la convention collective, qui se lit comme suit (dossier du demandeur, page 137) :

**6.01** Rien dans la présente convention ne peut être interprété comme une diminution ou une restriction des droits



rights or of any right expressly conferred in an Act of the Parliament of Canada.

[10] On May 15, 2010, the Association filed a policy grievance pursuant to section 220 of the *Public Service Labour Relations Act*, S.C. 2003, c. 22, s. 2 (PSLRA), alleging that this new directive was an unreasonable exercise of the employer's management rights, and calling for the following corrective measures: (1) that the employer cease to impose mandatory standby duty; (2) alternatively, that the employer treat standby duty hours as hours worked; (3) alternatively, that the employer compensate counsel for standby duty hours according to the former policy; and (4) any other relief that the court deems appropriate (applicant's file, Vol. 1, page 126).

[11] Following a first hearing, the grievance was rejected because the adjudicator did not have jurisdiction to address it since the standby duty policy was not expressly or implicitly addressed in the collective agreement. That decision was set aside by judicial review, with Justice Martineau ruling that the grievance did pertain to the alleged violation of clause 5.02 and Article 6 of the collective agreement, which incorporates section 7 of the Charter (*Association of Justice Counsel v. Canada (Attorney General)*, 2013 FC 806).

[12] On October 28 and 29, 2014, the grievance was heard by a new adjudicator. At the hearing, the Association withdrew the claims that appeared in points 2 and 3 of the list of corrective measures cited above, i.e., the claims of an economic nature aimed at receiving compensation for standby duty hours. No direct evidence of that withdrawal was filed before this Court, even though the adjudicator took it into consideration at paragraphs 25 and 32 of his decision.

## II. The impugned decision

[13] While recognizing that the employer retained residual management rights pursuant to clause 5.01 of the collective agreement, the adjudicator added that the employer was required to act reasonably, fairly and in

constitutionnels ou de tous autres droits d'un juriste qui sont accordés explicitement par une loi du Parlement du Canada.

[10] Le 15 mai 2010, l'Association a déposé un grief de principe en vertu de l'article 220 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, art. 2 (LRFP), alléguant que cette nouvelle directive était un exercice déraisonnable des droits de direction de l'employeur, et réclamant les mesures correctives suivantes : 1) que l'employeur cesse d'imposer une obligation de garde; 2) dans l'alternative, que l'employeur traite les heures de garde comme des heures travaillées; 3) dans l'alternative, que l'employeur indemnise les avocats pour le temps de garde selon la politique antérieure; et 4) tout autre redressement que le tribunal jugera bon d'accorder (dossier du demandeur, vol. 1, page 126).

[11] Suite à une première audience, une arbitre a rejeté le grief au motif qu'elle n'avait pas la compétence pour en traiter dans la mesure où la politique de garde ne fait pas partie expressément ou implicitement d'un sujet que traite la convention collective. Cette décision a été annulée en contrôle judiciaire, le juge Martineau se disant d'avis que le grief portait précisément sur une violation alléguée du paragraphe 5.02 et de l'article 6 de la convention collective, qui incorporent l'article 7 de la Charte (*Association des juristes de Justice c. Canada (Procureur général)*, 2013 CF 806).

[12] Les 28 et 29 octobre 2014, le grief a été entendu par un nouvel arbitre. À l'audience, l'Association a retiré les revendications qui figuraient aux points 2 et 3 de la liste des mesures correctives reproduites plus haut, c'est-à-dire les revendications de nature économique visant à obtenir une indemnisation pour les heures de garde. Aucune preuve directe de ce retrait n'a été déposée devant cette Cour, bien que l'arbitre en ait pris acte aux paragraphes 25 et 32 de sa décision.

## II. La décision contestée

[13] Tout en reconnaissant que l'employeur conservait des droits résiduels de direction conformément au paragraphe 5.01 de la convention collective, l'arbitre a ajouté que l'employeur devait agir raisonnablement,

good faith in exercising its rights and particularly to comply with section 7 of the Charter. With that in mind, he concluded that the directive was not reasonable ([in 2015 PSLREB 31], paragraph 45):

Such a directive seems to me quite simply neither reasonable nor fair. On the contrary, instead, it is reasonable for counsel to expect to be free to act and to conduct themselves as they see fit outside their workplace and outside normal work hours, with no interference from their employer. Instead, it would be fair for them to be compensated for the time during which the employer continues to exercise a certain control over their lives.

[14] The adjudicator also noted that clauses on compensation are often found in collective agreements for federal employees, where by the parties agree on the terms addressing the availability of employees outside of normal work hours, with certain compensation to avoid an unreasonable exercise of power by management. In his opinion, the fact that a collective agreement is silent on standby duty hours does not mean that the employer has free reign to require standby duty and to impose conditions.

[15] While recognizing that an emergency over which the employer has no control outside of normal work hours may constitute a legitimate organizational need, the adjudicator found that the organizational need in this instance is triggered instead by the employer's choice to provide and sell its employees' professional services outside their normal work hours. Otherwise, the employer would have specified availability to work standby duty as a condition of employment. The adjudicator also noted that no evidence was presented establishing that the standby duty period is the only way for the employer to respond to emergencies.

[16] Finally, the adjudicator distinguished the case law of the provincial administrative tribunals cited by the applicant on the grounds that they address the interpretation of a clause in the collective agreement on standby duty availability. On the contrary, he noted that the applicant did not refer to any case decided by the Board or Federal Courts suggesting that the employer's decision

équitablement et de bonne foi dans l'exercice de ces droits et devait notamment se conformer à l'article 7 de la Charte. Dans cette perspective, il a conclu que la directive n'était pas raisonnable ([dans 2015 CRTEFP 31], paragraphe 45) :

Une telle directive ne m'apparaît tout simplement ni raisonnable, ni équitable. Bien au contraire, il est plutôt raisonnable que les juristes s'attendent à ce qu'ils soient libres d'agir et de se conduire comme bon leur semble à l'extérieur de leur lieu de travail et en dehors des heures normales de travail, et cela, sans aucune ingérence de la part de leur employeur. Il serait plutôt équitable qu'ils soient indemnisés pour les moments où l'employeur continue d'exercer un certain contrôle sur leur vie.

[14] L'arbitre note par ailleurs la présence fréquente de clauses d'indemnisation dans les conventions collectives régissant les fonctionnaires fédéraux, dans lesquelles les parties s'entendent sur les modalités ayant trait à la disponibilité des employés en dehors des heures normales de travail moyennant une certaine indemnisation, de façon à éviter l'exercice déraisonnable du pouvoir de direction. À ses yeux, le fait qu'une convention collective soit silencieuse sur le temps de garde ne signifie pas que l'employeur ait carte blanche pour obliger une garde et en prévoir les modalités.

[15] Tout en reconnaissant qu'une urgence sur laquelle l'employeur n'a aucun contrôle en dehors des heures normales de travail puisse représenter un besoin organisationnel légitime, l'arbitre estime que le besoin organisationnel en l'espèce découle plutôt du choix de l'employeur d'offrir et de vendre les services professionnels de ses employés en dehors des heures normales de travail. S'il en allait autrement, l'employeur aurait indiqué la disponibilité pour le temps de garde comme étant une condition d'emploi. L'arbitre note également qu'aucune preuve établissant que la période de garde est le seul moyen dont dispose l'employeur pour répondre aux urgences n'a été présentée.

[16] Enfin, l'arbitre distingue les décisions des tribunaux administratifs provinciaux citées par le demandeur au motif qu'elles traitent de l'interprétation d'une clause de la convention collective sur la disponibilité sur appel. À l'inverse, il note que le demandeur n'a référé à aucune décision de la Commission ou des Cours fédérales laissant entendre que la décision de l'employeur régissant la

on mandatory standby duty and the conditions governing the conduct of public servants required to perform such standby duty outside the workplace and normal work hours, without compensation, would be a reasonable exercise of the employer's management duties.

[17] Secondly, the adjudicator concluded that the directive infringes on the right to privacy protected under section 7 of the Charter and clause 6.01 of the collective agreement. He begins by referring to the Supreme Court decision in *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844 (*Godbout*), where the Court found that the choice of location where to reside was a right protected under section 7 of the Charter and section 5 of the *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12 (Quebec Charter).

[18] The adjudicator recognized that the Charter does not protect all activities that individuals consider essential to their lifestyles. However, he distinguished between the examples provided in *R. v. Malmo-Levine; R. v. Caine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571 (*Malmo-Levine*) (choice to smoke marijuana, play golf, gamble or eat fatty foods), which refer more to personal preferences, and the examples of restriction provided by counsel, which are choices that resemble essentially private decisions bordering on the very nature of personal autonomy. Rather than characterize the liberties the counsel seek to protect “as recreational, social and family activities or personal preferences that do not merit any protection”, he relates them instead to “a willingness to develop family ties, to assume parental responsibilities, to structure personal and family lives, to engage in any of the ordinary occupations of life, and to develop and attain their maximum potential” (at paragraph 61 of the decision [2015 PSLREB 31]).

[19] Given his conclusion that the right to liberty pursuant to section 7 of the Charter includes the right to enjoy a private life outside of the workplace and normal work hours, the adjudicator concluded that the directive violates this right to privacy. He concluded his analysis on this in the following terms (paragraph 63):

garde obligatoire et les conditions régissant la conduite des fonctionnaires tenus d'effectuer cette garde en dehors du lieu de travail et des heures normales de travail, sans indemnisation, serait un exercice raisonnable des fonctions de gestion de l'employeur.

[17] Dans un deuxième temps, l'arbitre conclut que la directive porte atteinte au droit à la vie privée protégée par l'article 7 de la Charte et le paragraphe 6.01 de la convention collective. Il fait tout d'abord référence à l'arrêt de la Cour suprême dans *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844 (*Godbout*), où la Cour a estimé que le choix du lieu de résidence était un droit protégé par l'article 7 de la Charte et l'article 5 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12 (Charte québécoise).

[18] L'arbitre convient que la Charte ne protège pas toute activité qu'un individu considère être essentielle à son mode de vie. Il distingue cependant les exemples fournis dans l'arrêt *R. c. Malmo-Levine; R. c. Caine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571 (*Malmo-Levine*) (choix de fumer de la marijuana, de jouer au golf, de s'adonner à des jeux de hasard et de consommer des aliments gras), qui s'apparentent davantage à des préférences personnelles, des exemples de contrainte fournies par les juristes, qui tiennent davantage de décisions essentiellement privées tenant de la nature même de l'autonomie personnelle. Plutôt que de caractériser les libertés que les juristes tentent de protéger « d'activités récréatives, sociales et familiales ou de préférences personnelles qui ne méritent aucune protection », il les assimile plutôt à la « volonté de tisser des liens familiaux, d'assumer leurs responsabilités parentales, de planifier l'aménagement de leur vie personnelle et familiale, de vaquer aux occupations ordinaires de la vie, ainsi que de se développer et de réaliser leur potentiel au maximum » (paragraphe 61 de la décision [2015 CRTEFP 31]).

[19] Compte tenu de sa conclusion à l'effet que le droit à la liberté prévu par l'article 7 de la Charte inclut le droit de jouir d'une vie privée en dehors du lieu de travail et des heures normales de travail, l'arbitre estime que la directive viole ce droit à la vie privée. Il conclut son analyse à cet égard dans les termes suivants (paragraphe 63) :

In my opinion, if the Supreme Court is sympathetic to the idea that section 7 of the *Canadian Charter* protects the right to private life and advocates the importance of personal autonomy and the fundamental nature of family unit integrity (*Children's Aid Society of Metropolitan Toronto* and *Godbout*), then it goes without saying that the employer's standby duty directive, through its clearly intrusive nature in the counsel's private lives, infringes the guarantees set out in that section by directly interfering with several areas of its employees' personal autonomy.

[20] As to the question of determining whether the infringement on the counsel's right to liberty is consistent with the principles of fundamental justice, the adjudicator answered in the relative. While acknowledging that a rational link exists between the objective of responding to stay applications and working overtime hours, he noted that the deleterious effects of the directive are completely disproportionate to its objective. In his opinion, other less intrusive ways could achieve the same result. He mentions, for instance, that the manager could call employees, on a rotational basis, until a counsel is reached who is available, failing which a manager could provide the service; amend the standby duty directive to ensure that it is carried out voluntarily; or add an availability clause to the collective agreement.

### III. Analysis

[21] The case law is well settled. The standard of review applicable to an adjudicator's decision on labour relations is that of reasonableness: *Dunsmuir v. New-Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 68; *British Columbia Teachers' Federation v. British Columbia Public School Employers' Association*, 2014 SCC 70, [2014] 3 S.C.R. 492; *United Food and Commercial Workers, Local 503 v. Wal-Mart Canada Corporation*, 2014 SCC 45, [2014] 2 S.C.R. 323, at paragraph 85; *Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30 v. Irving Pulp & Paper, Ltd.*, 2013 SCC 34, [2013] 2 S.C.R. 458 (*Irving*), at paragraph 7. In this case, the parties do not dispute that the adjudicator's decision concerning the fairness and reasonableness of the impugned directive with regard to clause 5.02 of the collective agreement calls for deference. This applies notably because of the privative clause protecting adjudicators of the Board

À mon avis, si la Cour suprême est sympathique à l'idée que l'article 7 de la *Charte canadienne* protège un droit à la vie privée et qu'elle prône l'importance de l'autonomie personnelle et le caractère fondamental de l'intégrité de la cellule familiale (*Children's Aid Society* et *Godbout*), il va de soi que la directive sur la garde de l'employeur, par son caractère clairement intrusif dans la vie privée des juristes, brime les garanties prévues par cet article en s'immisçant directement dans plusieurs volets de l'autonomie personnelle de ses employés.

[20] À la question de savoir si l'atteinte au droit à la liberté des juristes est conforme aux principes de justice fondamentale, l'arbitre répond par la négative. Tout en reconnaissant qu'un lien rationnel existe entre l'objectif de répondre aux demandes de sursis et des heures supplémentaires, il se dit d'avis que les effets préjudiciables de la directive sont totalement disproportionnés à cet objectif. À ses yeux, d'autres moyens moins intrusifs permettraient d'atteindre le même résultat. Il mentionne à titre d'exemple la possibilité pour le gestionnaire d'appeler les employés à tour de rôle jusqu'à ce qu'il rejoigne un juriste disponible ou à défaut d'assurer lui-même le service, l'amendement de la directive de façon à ce que la garde soit volontaire, ou l'ajout d'une clause de disponibilité à la convention collective.

### III. Analyse

[21] Il est bien établi selon une jurisprudence constante que la norme de contrôle applicable à la décision d'un arbitre en matière de relations de travail est celle de la décision raisonnable : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, au paragraphe 68; *British Columbia Teachers' Federation c. British Columbia Public School Employers' Association*, 2014 CSC 70, [2014] 3 R.C.S. 492; *Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 c. Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2014 CSC 45, [2014] 2 R.C.S. 323, au paragraphe 85; *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes et Papier Irving, Ltée*, 2013 CSC 34, [2013] 2 R.C.S. 458 (*Irving*), au paragraphe 7. En l'espèce, les parties ne contestent pas que la décision de l'arbitre quant au caractère équitable et raisonnable de la directive contestée au regard du paragraphe 5.02 de la convention collective doit faire l'objet de déférence.

(section 233 of the PSLRA), their expertise in the matter and the fact-based nature of the exercise. As my colleague, Justice Stratas, recently reiterated in *Delios v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 117, 100 Admin L.R. (5th) 301, at paragraph 20:

.... interpretations of collective agreement provisions involve elements of factual appreciation, specialization and expertise concerning collective agreements, the disputes that arise under them, the negotiations that lead up to them and, more broadly, how the management-labour dynamic swirling around them plays out in various circumstances. These elements all point to the standard of reasonableness, not correctness....

[22] The parties do not agree, however, on the standard applicable to the adjudicator's decision stating that the directive violates section 7 of the Charter and, by extension, Article 6 of the collective agreement. The applicant argues that the standard of correctness should apply because it is a non-discretionary decision related to the interpretation of the Charter. The Association, for its part, cites primarily *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395 (*Doré*) and argue that the standard of reasonableness should apply when an administrative tribunal does not determine the constitutionality of a law, but seeks only to protect the rights granted by the Charter in exercising its powers.

[23] In my opinion, the question of whether the constraints to which counsel are subjected during periods on standby duty infringe on the right to liberty guaranteed under section 7 of the Charter does not call for deference on the part of this Court. This issue goes much farther than the issue in *Doré*, which was whether an administrative decision maker had sufficiently taken into account the values granted by the Charter in making a decision following the exercise of discretionary powers. In other words, the Court was called upon to determine whether the decision maker had restricted the right protected by the Charter in a disproportionate, and thus, unreasonable, manner. In this case, it is the very delimitation of the right to liberty under section 7 that is at issue. It is then essentially a question of law, indeed, of

Il en va ainsi notamment à cause de la clause privative protégeant les arbitres de la Commission (article 233 de la LRTFP), de leur expertise en la matière et de la nature largement factuelle de l'exercice. Comme le rappelait récemment mon collègue le juge Stratas dans l'arrêt *Delios c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 117, au paragraphe 20 :

[...] [L]es interprétations de dispositions de conventions collectives comportent des facteurs d'appréciation des faits, de spécialisation et d'expertise concernant les conventions collectives, les différends auxquels elles donnent lieu, les négociations qui précèdent leur conclusion et, de façon plus générale, la manière dont la cohabitation patronale-syndicale qui les entoure se manifeste dans une variété de circonstances. Tous ces éléments militent en faveur de la norme de la décision raisonnable, et non celle de la décision correcte [...]

[22] Les parties ne s'entendent pas, cependant, quant à la norme applicable à la décision de l'arbitre à l'effet que la directive contrevient à l'article 7 de la Charte et, par le fait même, à l'article 6 de la convention collective. Le demandeur soutient que la norme de la décision correcte doit s'appliquer puisqu'il s'agit d'une décision non discrétionnaire soulevant l'interprétation de la Charte. L'Association, pour sa part, s'appuie notamment sur l'arrêt *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395 (*Doré*) et plaide que la norme de la raisonnable doit être retenue lorsqu'un tribunal administratif ne décide pas de la constitutionnalité d'une loi, mais ne cherche qu'à protéger les droits conférés par la Charte dans l'exercice de ses pouvoirs.

[23] À mon avis, la question de savoir si les contraintes auxquelles sont soumis les juristes pendant les périodes de garde contreviennent au droit à la liberté que garantit l'article 7 de la Charte ne doit faire l'objet d'aucune déférence de la part de cette Cour. Il s'agit là d'un enjeu qui va bien au-delà de ce qui était en cause dans l'arrêt *Doré*, où la question était de savoir si un décideur administratif avait suffisamment tenu compte des valeurs consacrées par la Charte en rendant une décision à la suite de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. En d'autres termes, la Cour était appelée à déterminer dans cette affaire si le décideur avait restreint le droit protégé par la Charte de manière disproportionnée et donc déraisonnable. Dans la présente instance, c'est la délimitation même du droit à la liberté enclavé par

constitutional law, that cannot be subject to various interpretations. While the interpretation of the collective agreement falls without a shadow of a doubt within the adjudicator’s jurisdiction, this is far from the case for the interpretation of a constitutional text. In the same way as the scope and meaning of the concept of family status as prohibited grounds of discrimination (*Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, at pages 576–578) and the concept of discrimination (*Sketchley v. Canada (Attorney General)*, 2005 FCA 404, [2006] 3 F.C.R. 392), the determination of that which the notions of private life and personal autonomy involve shouldn’t lead to inconsistent decisions and must therefore be scrutinized rigorously. See: *Erasmus v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 129, 136 C.R.R. (2d) 56, at paragraphs 29 and 30; *Canada (Attorney General) v. Johnstone*, 2014 FCA 110, [2015] 2 F.C.R. 595, at paragraphs 36–52. Indeed, the application of the interpretation that must be given to these concepts in this case must be reviewed on the standard of reasonableness.

A. *The reasonableness of the interpretation by the adjudicator of Article 5 of the collective agreement*

[24] There can be no doubt that the Treasury Board, as a public service employer, has been given broad powers by Parliament. More specifically, paragraph 7(1)(e) of the FAA provides that the Treasury Board may act for the Queen’s Privy Council for Canada on all matters relating to “human resources management in the federal public administration, including the determination of the terms and conditions of employment of persons employed in it”. In the exercise of these responsibilities, the Treasury Board may “determine and regulate the pay to which persons employed in the public service are entitled for services rendered, the hours of work and leave of those persons and any related matters” (at paragraph 11.1(1)(c) of the FAA). The law is well settled: in exercising its duties, the employer may do anything that is not expressly or implicitly prohibited by a collective agreement or a law: see *Brescia v. Canada (Treasury Board)*, 2005 FCA 236, [2006] 2 F.C.R. 343, at paragraphs 40–45 and 50; *Peck v. Parks Canada*, 2009 FC 686, 359 F.T.R. 136, at paragraph 33; *P.S.A.C.*

l’article 7 qui est en cause. Il s’agit là d’une question essentiellement juridique, de nature constitutionnelle par surcroît, qui ne saurait se prêter à différentes interprétations. Si l’interprétation de la convention collective relève sans l’ombre d’un doute de l’expertise de l’arbitre, il en va bien autrement de l’interprétation d’un texte constitutionnel. De la même façon que la portée et le sens du concept de situation de famille en tant que motif de distinction illicite (*Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, aux pages 576 à 578) et le concept de discrimination (*Sketchley c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 404, [2006] 3 R.C.F. 392), la détermination de ce qu’englobent les notions de vie privée et d’autonomie personnelle ne peut donner lieu à des jugements incompatibles et doit donc être scrutée avec rigueur : voir *Erasmus c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 129, aux paragraphes 29 et 30; *Canada (Procureur général) c. Johnstone*, 2014 CAF 110, [2015] 2 R.C.F. 595, aux paragraphes 36 à 52. Bien entendu, l’application de l’interprétation qui doit être donnée à ces concepts aux faits de l’espèce commandera l’application de la norme du caractère raisonnable.

A. *La raisonnable de l’interprétation donnée par l’arbitre à l’article 5 de la convention collective*

[24] Il ne fait aucun doute que le Conseil du Trésor, à titre d’employeur dans la fonction publique, s’est vu confier des pouvoirs étendus par le législateur. L’alinéa 7(1)e) de la LGFP prévoit notamment que le Conseil du Trésor peut agir au nom du Conseil privé de la Reine pour le Canada à l’égard de « la gestion des ressources humaines de l’administration publique fédérale, notamment la détermination des conditions d’emploi ». Dans l’exercice de cette attribution, le Conseil du Trésor peut « déterminer et réglementer les traitements auxquels ont droit les personnes employées dans la fonction publique, leurs horaires et leurs congés, ainsi que les questions connexes » (alinéa 11.1(1)c) de la LGFP). Dans l’exercice de ses fonctions, il est bien établi que l’employeur peut faire tout ce qui ne lui est pas expressément ou implicitement interdit par une convention collective ou par une loi : voir *Brescia c. Canada (Conseil du Trésor)*, 2005 CAF 236, [2006] 2 R.C.F. 343, aux paragraphes 40 à 45 et 50; *Peck c. Parcs Canada*, 2009 CF 686, au paragraphe 33; *A.F.P.C. c. Canada (Commission canadienne*

v. *Canada (Canadian Grain Commission)* (1986), 5 F.T.R. 51 (F.C.T.D.), at page 19; *Public Service Alliance of Canada v. Treasury Board (Department of Veterans Affairs)*, 2013 PSLRB 165, at paragraph 83, affd 2014 FC 1152; *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Treasury Board (Department of Human Resources and Skills Development)*, 2014 PSLRB 18, at paragraph 48. The collective agreement also expressly acknowledges the employer's residual management rights in clause 5.01.

[25] The residual management rights of an employer, however, are not absolute. In the public service, the powers of the Treasury Board are subject to a number of restrictions under the terms of the PSLRA and do not extend to issues addressed in the *Public Service Employment Act*, S.C. 2003, c. 22, ss. 12, 13. In more general terms, it is recognized that the measures taken by an employer in exercising its management rights must not breach the collective agreement, and must be reasonable and associated with a legitimate objective. As the Supreme Court stated in *Irving*, at paragraph 24:

The scope of management's unilateral rule-making authority under a collective agreement is persuasively set out in *Re Lumber & Sawmill Workers' Union, Local 2537, and KVP Co.* (1965), 16 L.A.C. 73 (Robinson). The heart of the "KVP test", which is generally applied by arbitrators, is that any rule or policy unilaterally imposed by an employer and not subsequently agreed to by the union, must be consistent with the collective agreement and be reasonable (Donald J. M. Brown and David M. Beatty, *Canadian Labour Arbitration* (4th ed. (loose-leaf)), vol. 1, at topic 4:1520).

[26] This requirement is essentially reproduced in clause 5.02 of the collective agreement, which expressly stipulates the employer's responsibility to act reasonably, fairly and in good faith, while clause 6.01 states that the employer cannot abridge or restrict any lawyer's constitutional rights or any right expressly conferred in an Act of the Parliament of Canada. I will revisit the latter clause later.

*des grains*), [1986] A.C.F. n° 498 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), à la page 19; *Alliance de la Fonction publique du Canada c. Conseil du Trésor (ministère des Anciens Combattants)*, 2013 CRTFP 165, au paragraphe 83, conf. par 2014 CF 1152; *Institut professionnel de la fonction publique du Canada c. Conseil du Trésor (ministère des Ressources humaines et du Développement des compétences)*, 2014 CRTFP 18, au paragraphe 48. La convention collective reconnaît d'ailleurs expressément les droits résiduaire de direction de l'employeur à son paragraphe 5.01.

[25] Les droits de gestion résiduaire d'un employeur ne sont cependant pas absolus. Dans le contexte de la fonction publique, les pouvoirs du Conseil du Trésor font notamment l'objet de plusieurs restrictions aux termes de la LRTFP et ne s'étendent pas aux questions visées par la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, art. 12 et 13. De façon plus générale, il est acquis que la mesure prise par un employeur dans l'exercice de son droit de gestion ne doit pas déroger à la convention collective, et doit être raisonnable et reliée à un objectif légitime. Comme l'affirmait la Cour suprême dans l'arrêt *Irving*, au paragraphe 24 :

L'étendue du pouvoir de la direction d'imposer unilatéralement des règles au titre de la convention collective est expliquée de manière convaincante dans l'affaire *Re Lumber & Sawmill Workers' Union, Local 2537, and KVP Co.* (1965), 16 L.A.C. 73 (Robinson). L'élément central du « critère énoncé dans *KVP* », que les arbitres appliquent traditionnellement, veut que la règle ou la politique imposée unilatéralement par l'employeur, à laquelle le syndicat n'a pas donné son aval par la suite, soit conforme à la convention collective et raisonnable (Donald J. M. Brown et David M. Beatty, *Canadian Labour Arbitration* (4<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), vol. 1, sujet 4:1520).

[26] Cette exigence est reprise pour l'essentiel au paragraphe 5.02 de la convention collective, qui stipule expressément l'obligation pour l'employeur d'agir raisonnablement, équitablement et de bonne foi, tandis que le paragraphe 6.01 prévoit que les droits constitutionnels ou tous autres droits accordés explicitement par une loi du Parlement ne peuvent être diminués ou restreints par l'employeur. Je reviendrai plus loin sur ce dernier paragraphe.

[27] The applicant contends that the adjudicator erred in concluding that the directive pertaining to days of standby duty was unreasonable; he did not abide by the well settled case law where this type of directive was considered a reasonable exercise of management rights as long as the employee is not required to remain at home. The applicant also alleges that this decision is not intelligible or justified given that the adjudicator, first, cited economic reasons to conclude that the directive is unreasonable even though the Association had abandoned all conclusions of the grievance that involved monetary or other compensation and, second, built his rationale on the erroneous premise that a policy about standby duty hours and days must be authorized by an availability clause in the collective agreement.

[28] I do not find that the adjudicator erred in considering the absence of remuneration for standby duty time even though the Association was no longer claiming an alternative order relating to compensation. It is true that the adjudicator highlighted that “[i]nstead, it would be fair for them [counsel] to be compensated” during the time they are available (at paragraph 45), that an availability clause provides “certain compensation” for availability (at paragraph 46), that there is no federal precedent on imposing periods of availability “without compensation” and that the parties “usually negotiate an availability clause setting out favourable terms and conditions for both parties” (at paragraph 51). A close reading of these paragraphs, however, reveals that these references to monetary compensation were part of a discussion on the reasonableness of the directive and the employer’s exercise of its management rights. I fail to see how the adjudicator could have failed to mention this important consideration, especially since it is the employer’s decision to no longer compensate counsel for standby duty, which is the root of the grievance. Even though the Association had abandoned all claims in damages (for reasons that seem more related to the argument based on section 7 of the Charter), the adjudicator was completely justified in considering the absence of compensation in his assessment of the reasonableness of the directive. Though this is not necessarily a deciding

[27] Le demandeur soutient que l’arbitre a erré en concluant que la directive sur les jours de garde était déraisonnable et contrevient de ce fait à une jurisprudence constante où ce genre de directive a été considéré comme un exercice raisonnable du droit de gestion tant et aussi longtemps que l’employé n’est pas tenu de rester à domicile. Le demandeur allègue également que cette décision n’est pas intelligible ni justifiée dans la mesure où l’arbitre, d’une part, invoque des motifs économiques pour conclure que la directive est déraisonnable alors même que l’Association a renoncé à toutes les conclusions du grief qui impliquaient une compensation monétaire ou autre, et d’autre part construit son raisonnement en s’appuyant sur la prémisse erronée qu’une politique sur les heures et les jours de garde doit nécessairement être autorisée par une clause de disponibilité dans la convention collective.

[28] Je ne crois pas que l’arbitre ait erré en considérant l’absence de rémunération pour le temps de garde alors même que l’Association ne réclamait plus une ordonnance subsidiaire liée à une indemnisation. Il est vrai que l’arbitre souligne qu’il « serait plutôt équitable qu’ils [les juristes] soient indemnisés » pour la disponibilité (au paragraphe 45), qu’une clause de disponibilité offre « une certaine indemnisation » pour la disponibilité (au paragraphe 46), qu’il y a absence de précédent fédéral où l’on impose des périodes de disponibilité « sans indemnisation » et que les parties « négocient habituellement une clause de disponibilité prévoyant des modalités favorables aux deux parties » (au paragraphe 51). Une lecture attentive de ces paragraphes, cependant, révèle que ces références à une contrepartie monétaire s’inscrivent dans une discussion portant sur la raisonnable de la directive et de l’exercice qu’a fait l’employeur de son droit de gestion. Je vois mal comment l’arbitre aurait pu passer sous silence cette considération importante, d’autant plus que c’est la décision de l’employeur de ne plus indemniser les juristes pour leur temps de garde qui est à l’origine du grief. Même si l’Association a renoncé à toute conclusion d’ordre monétaire (pour des raisons qui me semblent davantage reliées à l’argument fondé sur l’article 7 de la Charte), l’arbitre était tout à fait justifié de considérer l’absence de compensation dans le cadre de son examen de la raisonnable de



factor, I find it difficult to deny that it is at the very least a relevant one.

[29] Moreover, I do not find that the adjudicator erred by basing his assessment on a false premise, i.e., whether standby duty availability should be included in the collective agreement so that the employer can exercise its powers of management in that area. It is true that the adjudicator stressed the absence of a standby duty availability clause for employees, and noted that such clauses are found in other collective agreements governing federal employees. However, that is one factor among others that convinced the adjudicator that the directive in this case was unreasonable. As indicated at paragraph 46 of his reasons, it is precisely to avoid a potentially unreasonable and unfair exercise of management rights that the parties often include in collective agreements a clause on employee availability in exchange for certain compensation. From this, I do not infer that the adjudicator required that the employer codify every exercise of its management powers, as the applicant suggests. Instead, he concluded that a unilateral directive restricting the activities of employees outside of the workplace and paid work hours, without compensation and when neither the collective agreement nor letters of employment or descriptions of duties indicated any obligation to be available, was unreasonable. I consider that reading to be corroborated by the final paragraph of his analysis on this issue, which reads as follows (at paragraph 52):

This case is not about a management right that the employer tries to exercise at the workplace during normal work hours. On the contrary, it is about a management right that the employer exercises outside the workplace and outside its employees' normal work hours. Hence the increased importance of ensuring that that management right is exercised "reasonably, fairly and in good faith," which was not so in this case.

[30] The applicant also maintained that the adjudicator's decision deviates from the well settled case law, according to which imposing mandatory availability would constitute a reasonable exercise of management

la directive. Sans que ce soit nécessairement un facteur déterminant, il m'apparaît difficile de nier qu'il s'agit à tout le moins d'un facteur pertinent.

[29] Il ne me semble pas non plus que l'arbitre a erré en se fondant sur une fausse prémisse, à savoir que la disponibilité sur appel doit être prévue à la convention collective pour que l'employeur puisse exercer ses pouvoirs de direction à cet égard. Il est vrai que l'arbitre a beaucoup insisté sur l'absence d'une clause prévoyant la disponibilité sur appel des employés, et noté la présence de telles clauses dans d'autres conventions collectives régissant des fonctionnaires fédéraux. Il s'agissait cependant d'un facteur parmi d'autres qui a convaincu l'arbitre que la directive en l'espèce était déraisonnable. Comme il l'indique au paragraphe 46 de ses motifs, c'est justement pour éviter un exercice potentiellement déraisonnable et inéquitable des droits de direction que les parties insèrent souvent dans la convention collective une clause prévoyant la disponibilité des employés moyennant une certaine indemnisation. Je n'en déduis pas que l'arbitre a exigé de l'employeur qu'il codifie tout exercice de ses pouvoirs de direction, comme le suggère le demandeur. Il conclut plutôt qu'une directive unilatérale restreignant les activités des employés à l'extérieur du lieu et des heures de travail payées, sans indemnisation et alors que ni la convention collective ni les lettres d'emploi ou descriptions de tâches ne révélaient une quelconque obligation de disponibilité, était déraisonnable. Cette lecture me paraît corroborée par le paragraphe final de son analyse sur cette question, qui se lit comme suit (au paragraphe 52) :

Il ne s'agit pas ici d'un droit de direction que l'employeur tente d'exercer sur le lieu du travail et durant les heures normales de travail. Bien au contraire, ce grief porte sur un droit de direction que l'employeur exerce à l'extérieur du lieu de travail et en dehors des heures normales de travail de ses employés. De là l'importance accrue de s'assurer que ce droit de direction est exercé de façon « raisonnable, équitable et de bonne foi », ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

[30] Le demandeur a également soutenu que la décision de l'arbitre s'écarte d'une jurisprudence constante selon laquelle l'imposition d'une disponibilité obligatoire constituerait un exercice raisonnable du droit de

rights: *United Nurses of Alberta v. Alberta Health Services (On-Call Program Grievance)*, 2014 CanLII 50285 (Alta. G.A.A.); *Shell Canada Ltd. v. Communications Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 835 (Call-Out Grievance)*, [2001] A.G.A.A. No. 51 (QL); *Pembroke General Hospital v. Canadian Union of Public Employees, Local 1502 (Collective Agreement Grievance)* (1974), 6 L.A.C. (2d) 149 (Ont. L.R.B.); *Re Corporation of the County of Hastings and International Union of Operating Engineers, Local 793* (1972), 2 L.A.C. (2d) 78 (Ont. L.R.B.). A close reading of this case law does not permit me to arrive at that conclusion. Instead, what I note is that an adjudicator has limited discretion when asked to rule on terms and conditions (and especially compensation) involved in imposing mandatory standby duty otherwise provided in a collective agreement. Although it was deemed unreasonable to impose mandatory standby duty on employees requiring that they remain at home throughout the availability period, compensation was denied when it was not provided for in the collective agreement. That case law also stands for the proposition that it will be easier to show the reasonableness of mandatory standby duty if it is set out in the collective agreement.

[31] That being said the adjudicator's decision appears unreasonable in his analysis of the employer's justifications. Firstly, the adjudicator notes at paragraph 47 of his reasons that processing a stay application does not constitute an emergency outside the employer's control because the mandatory standby duty flows only from the employer's choice to provide its clients with legal services outside of normal work hours. This conclusion goes against the common evidence submitted by the parties, to the effect that a stay application can arise unexpectedly and should be processed as an emergency. The employer cannot refuse to provide these services, because it would then be denying client departments the possibility of being represented in these proceedings before the Federal Court. This appears to me to be a legitimate organizational need over which the employer has very little control.

direction : *United Nurses of Alberta v. Alberta Health Services (On-Call Program Grievance)*, 2014 CanLII 50285 (G.A.A. Alb.); *Shell Canada Ltd. v. Communications Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 835 (Call-Out Grievance)*, [2001] A.G.A.A. No. 51 (QL); *Pembroke General Hospital v. Canadian Union of Public Employees, Local 1502 (Collective Agreement Grievance)*, (1974) 6 L.A.C. (2d) 149 (C.R.T. de l'Ont.); *Re Corporation of the County of Hastings and International Union of Operating Engineers, Local 793* (1972), 2 L.A.C. (2d) 78 (C.R.T. de l'Ont.). Or, une lecture attentive de cette jurisprudence ne me permet pas d'en arriver à cette conclusion. Ce que j'en retiens plutôt, c'est qu'un arbitre jouit d'une discrétion limitée lorsqu'on lui demande de se prononcer sur les modalités (et notamment sur l'indemnisation) qu'entraîne la mise en œuvre d'une obligation de garde par ailleurs prévue par une convention collective. Bien que l'on ait déclaré déraisonnable une obligation de garde imposant à l'employé de rester à domicile pendant sa période de disponibilité, on a refusé d'accorder une indemnisation lorsqu'elle n'était pas prévue à la convention collective. Ce que cette jurisprudence démontre également, c'est qu'il sera plus facile de démontrer la raisonnablement d'une obligation de garde si cette dernière est prévue à la convention collective.

[31] Ceci étant dit, la décision de l'arbitre me paraît néanmoins déraisonnable dans l'analyse qu'il fait des justifications présentées par l'employeur. L'arbitre note tout d'abord au paragraphe 47 de ses motifs que le fait de traiter une demande de sursis ne constitue pas une urgence hors du contrôle de l'employeur, dans la mesure où l'obligation de garde découle uniquement de son choix d'offrir des services juridiques à ses clients en dehors des heures normales de bureau. Cette conclusion va à l'encontre de la preuve commune soumise par les parties, à l'effet qu'une demande de sursis peut survenir de façon imprévisible et doit être traitée de façon urgente. Il n'est pas loisible à l'employeur de refuser d'offrir ces services, puisqu'il se trouverait alors à priver les ministères clients de la possibilité d'être représentés dans le cadre de ces procédures devant la Cour fédérale. Il s'agit donc là, me semble-t-il, d'un besoin organisationnel légitime sur lequel l'employeur a très peu de contrôle.

[32] Secondly, the adjudicator does not seem to account for the fact that each counsel is responsible for standby duty only two or three weeks per year, that the employer considers their availability and personal situation when preparing the standby duty table, and that counsel are permitted to make arrangements with each other in case they need someone to fill in for them. Clearly, that was an important factor in assessing the reasonableness of the directive, yet the adjudicator did not take it into account in his analysis.

[33] Lastly, the adjudicator imposes an excessive burden on the employer when he notes at paragraph 49 of his reasons that there was no evidence showing that standby duty is the employer's only way of responding to emergencies. The employer is not required to demonstrate that its decision is the only way or the best way to resolve the problem; instead, its responsibilities consist of demonstrating that its solution is reasonable under the circumstances. When an adjudicator is called upon to interpret clause 5.02 of the collective agreement, his role is not to determine whether the employer made the best decision possible; instead, he is to question whether the employer acted reasonably, fairly and in good faith. Although the adjudicator may consider other ways that the employer could have achieved its objectives, he must also leave the employer some flexibility and intervene only when, for instance, another much less intrusive and more efficient way makes the employer's decision unreasonable.

[34] In this case, the adjudicator not only imposed an excessive burden on the employer to demonstrate the reasonableness of its directive, but also ignored the evidence showing that none of the counsel volunteered after the employer made the announcement that employees would be compensated only for hours worked while on standby duty. In fact, there is every reason to believe that only financial compensation would have led the adjudicator to consider imposing standby duty to be a reasonable exercise of management rights. In my opinion, such reasoning clearly goes against the applicable law on this matter.

[32] D'autre part, l'arbitre ne semble pas tenir compte du fait que chaque avocat n'est tenu d'assurer une garde que deux à trois semaines par année, que l'employeur tient compte de leur disponibilité et de leur situation personnelle dans la préparation de l'horaire de garde, et qu'il permet aux juristes de s'entendre entre eux pour se remplacer. De toute évidence, il s'agissait là d'un facteur important pour évaluer la raisonabilité de la directive, dont l'arbitre ne tient aucunement compte dans son analyse.

[33] Enfin, l'arbitre impose à l'employeur un fardeau excessif lorsqu'il note au paragraphe 49 de ses motifs qu'aucune preuve n'établissait que la période de garde est le seul moyen dont dispose l'employeur pour répondre aux urgences. L'employeur n'est pas tenu de démontrer que sa décision est le seul moyen ou le meilleur moyen de régler le problème; son obligation consiste plutôt à démontrer que la solution retenue est raisonnable dans les circonstances. Lorsqu'un arbitre est appelé à interpréter le paragraphe 5.02 de la convention collective, son rôle n'est pas de déterminer si l'employeur a pris la meilleure décision possible; il doit plutôt se demander si l'employeur a agi de façon raisonnable, équitable et de bonne foi. Bien que l'arbitre puisse tenir compte des autres moyens dont l'employeur aurait pu se prévaloir pour atteindre son objectif, il doit quand même lui laisser une certaine marge de manœuvre et intervenir seulement lorsqu'un autre moyen beaucoup moins intrusif et tout aussi efficace, par exemple, rend la décision de l'employeur déraisonnable.

[34] En l'occurrence, l'arbitre a non seulement imposé à l'employeur un fardeau excessif pour démontrer le caractère raisonnable de sa directive, mais il a également fait fi de la preuve à l'effet qu'aucun juriste ne s'était porté volontaire suite à l'annonce faite par l'employeur que les employés ne seraient rémunérés que pour les heures travaillées pendant une période de garde. En fait, tout porte à croire que seule une compensation financière aurait pu amener l'arbitre à considérer l'imposition d'une période de garde comme étant un exercice raisonnable du droit de gestion. Un tel raisonnement me paraît aller clairement à l'encontre du droit applicable en la matière.

[35] For all of the above reasons, I find the adjudicator's decision regarding the directive's compliance with Article 5 of the collective agreement to be unreasonable.

B. *Does the directive violate section 7 of the Charter?*

[36] There is no doubt that the scope of the right to liberty in section 7 of the Charter has evolved since 1982. The concept of liberty was initially interpreted quite narrowly, and focused particularly on the fact that it appears in a section of the Charter on legal rights. This approach is found in the reasons given by Justice Lamer in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, at pages 1173 and 1174, which was subsequently reiterated in *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315 (*B. (R.)*), at paragraph 21:

At pages 1173-74 of *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, *supra*, I also expressed the opinion that “[t]he interests protected by s. 7 are those that are properly and have been traditionally within the domain of the judiciary” and, more specifically, when the state “invokes the judiciary to restrict a person's physical liberty through the use of punishment or detention, when it restricts security of the person, or when it restricts other liberties by employing the method of sanction and punishment traditionally within the judicial realm” (emphasis added). I have not changed my opinion. Since the principles of fundamental justice are elements that are essentially within the domain of the justice system, the type of liberty s. 7 refers to must be the liberty that may be taken away or limited by a court or by another agency on which the state confers a coercive power to enforce its laws. [Emphasis in original.]

[37] The Supreme Court has progressively moved away from that interpretation, and now favours a broader approach to the idea of liberty, likely to include some form of right to a private life and personal autonomy. However, the Court took care in specifying that the right to liberty as protected by section 7 of the Charter does not mean the right to act as one chooses under all

[35] Pour tous les motifs qui précèdent, je suis donc d'avis que la décision de l'arbitre eu égard à la conformité de la directive avec l'article 5 de la convention collective est déraisonnable.

B. *La directive viole-t-elle l'article 7 de la Charte?*

[36] Il ne fait pas de doute que la portée du droit à la liberté enchâssé à l'article 7 de la Charte a évolué depuis 1982. Le concept de liberté a initialement été interprété de façon assez étroite, et en tenant compte tout particulièrement du fait qu'il s'inscrivait dans une section de la Charte portant sur les garanties juridiques. On retrouve une illustration de cette approche dans les motifs prononcés par le juge Lamer dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, aux pages 1173 et 1174, qu'il a subséquemment repris dans l'affaire *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315 (*B. (R.)*), au paragraphe 21 :

Aux pages 1173 et 1174 du *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, précité, j'exprime également l'opinion que « [l]es intérêts protégés par l'art. 7 sont ceux qui relèvent traditionnellement et à proprement parler du pouvoir judiciaire » et, plus particulièrement, lorsque l'État « recourt au pouvoir judiciaire pour restreindre la liberté physique d'une personne, par l'imposition d'une peine ou par la détention, lorsqu'il restreint la sécurité de la personne ou lorsqu'il restreint d'autres libertés en employant un mode de sanction et de peine qui relève traditionnellement du domaine judiciaire » (je souligne). Je n'ai pas changé d'opinion. Les principes de justice fondamentale étant des éléments qui relèvent essentiellement du système d'administration de la justice, le type de liberté visé par l'art. 7 doit être celui qui peut être retiré ou restreint par une cour de justice ou par un autre organisme auquel l'État confie un pouvoir de coercition permettant d'assurer le respect de ses lois. [Souligné dans l'original.]

[37] La Cour suprême s'est progressivement éloignée de cette interprétation, et privilégie maintenant une approche plus extensive de la notion de liberté susceptible d'englober une certaine forme du droit à la vie privée et d'autonomie personnelle. La Cour a cependant pris soin de préciser que le droit à la liberté tel que protégé par l'article 7 de la Charte ne s'entendait pas du

circumstances nor to participate in an activity a person may choose to consider as essential to their lifestyle. It seems to me that the following excerpt from the decision in *Godbout*, at paragraph 66, is an apt statement of the law on this issue (see also: *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307, at paragraphs 49–54; *Malmo-Levine*, at paragraph 85; *B. (R.)*, at paragraph 80; *R. v. Clay*, 2003 SCC 75, [2003] 3 S.C.R. 735 (*Clay*), at paragraph 31):

The foregoing discussion serves simply to reiterate my general view that the right to liberty enshrined in s. 7 of the *Charter* protects within its ambit the right to an irreducible sphere of personal autonomy wherein individuals may make inherently private choices free from state interference. I must emphasize here that, as the tenor of my comments in *B. (R.)* should indicate, I do not by any means regard this sphere of autonomy as being so wide as to encompass any and all decisions that individuals might make in conducting their affairs. Indeed, such a view would run contrary to the basic idea, expressed both at the outset of these reasons and in my reasons in *B. (R.)*, that individuals cannot, in any organized society, be guaranteed an unbridled freedom to do whatever they please. Moreover, I do not even consider that the sphere of autonomy includes within its scope every matter that might, however vaguely, be described as “private”. Rather, as I see it, the autonomy protected by the s. 7 right to liberty encompasses only those matters that can properly be characterized as fundamentally or inherently personal such that, by their very nature, they implicate basic choices going to the core of what it means to enjoy individual dignity and independence.

[38] According to that logic, some courts have held that the right to liberty protects the rights of parents to choose the medical care provided to their children (*B. (R.)*) and give them access to their children (*New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46). Along the same lines, Justice Wilson said that the right to liberty and security of the person guarantees women the right to decide to terminate a pregnancy (*R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, page 171). However, it is important to note that all of these opinions were in the minority, the majority often preferring an analysis based on the right to security of the person.

droit d’agir à sa guise en toutes circonstances ni de s’adonner à une activité qu’une personne peut choisir de considérer comme essentielle à son mode de vie. L’extrait suivant de l’arrêt *Godbout*, au paragraphe 66, me paraît bien refléter l’état de la jurisprudence sur cette question (voir, au même effet : *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307, aux paragraphes 49 à 54; *Malvo-Levine*, au paragraphe 85; *B. (R.)*, au paragraphe 80; *R. c. Clay*, 2003 CSC 75, [2003] 3 R.C.S. 735 (*Clay*), au paragraphe 31) :

L’analyse qui précède ne fait que répéter mon opinion générale selon laquelle la protection du droit à la liberté garantie par l’art. 7 de la *Charte* s’étend au droit à une sphère irréductible d’autonomie personnelle où les individus peuvent prendre des décisions intrinsèquement privées sans intervention de l’État. Comme les propos que j’ai tenus dans l’arrêt *B. (R.)* l’indiquent, je n’entends pas par-là, je le précise, que cette sphère d’autonomie est vaste au point d’englober toute décision qu’un individu peut prendre dans la conduite de ses affaires. Une telle opinion, en effet, irait à l’encontre du principe fondamental que j’ai formulé au début des présents motifs et dans les motifs de l’arrêt *B. (R.)*, selon lequel nul ne peut, dans une société organisée, prétendre à la garantie de la liberté absolue d’agir comme il lui plaît. J’estime même que cette sphère d’autonomie ne protège pas tout ce qui peut, même vaguement, être qualifié de « privé ». Je suis plutôt d’avis que l’autonomie protégée par le droit à la liberté garanti par l’art. 7 ne comprend que les sujets qui peuvent à juste titre être qualifiés de fondamentalement ou d’essentiellement personnels et qui impliquent, par leur nature même, des choix fondamentaux participants de l’essence même de ce que signifie la jouissance de la dignité et de l’indépendance individuelles.

[38] Dans cette logique, certains juges ont accepté que le droit à la liberté protège le droit des parents de choisir un traitement médical pour leur enfant (*B. (R.)*) et leur donne accès à leur enfant (*Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46). Dans la même veine, la juge Wilson s’est dite d’avis que le droit à la liberté et à la sécurité de sa personne garantit à une femme le droit de décider d’interrompre une grossesse (*R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, page 171). Il convient cependant de noter que toutes ces opinions étaient minoritaires, la majorité préférant souvent une analyse fondée sur le droit à la sécurité de la personne.

[39] Conversely, courts have had no difficulty to decide that the choice of a lifestyle based on sporting or recreational activities, or the consumption of a product like marijuana, and the rights that are essentially economic in nature (such as the right to exercise a profession or to choose not to undergo a medical examination for employment) cannot be compared to issues that involve “basic choices going to the core of what it means to enjoy individual dignity and independence”. See, for example: *Malmo-Levine*, at paragraph 86; *Clay*, at paragraphs 32 and 33; *R. v. S.A.*, 2014 ABCA 191 (CanLII), 575 A.R. 230, at paragraph 154, leave to appeal to the Supreme Court of Canada refused, [2014] 3 S.C.R. x, 36050 (December 11, 2014); *R. v. Schmidt*, 2014 ONCA 188, 119 O.R. (3d) 145, at paragraph 40; *Siemens v. Manitoba (Attorney General)*, 2003 SCC 3, [2003] 1 S.C.R. 6, at paragraphs 45 and 46; *B.C. Teachers’ Federation v. Vancouver School District No. 39*, 2003 BCCA 100, 224 D.L.R. (4th) 63, at paragraphs 205–210. It is also noteworthy that the Supreme Court has to this day refused to enshrine the right to choose the location of one’s residence as a right guaranteed under section 7, despite the minority judgment in *Godbout*: see *Alberta (Aboriginal Affairs and Northern Development) v. Cunningham*, 2011 SCC 37, [2011] 2 S.C.R. 670, at paragraph 93.

[40] In concluding that the directive on standby duty infringes on the right to liberty (and a private life) protected under the Charter, the adjudicator seems to have erred in several respects. First, the adjudicator’s decision seems to broaden the scope of the right to liberty considerably, in that he appears to take for granted that participating in certain sporting or recreational activities are not personal choices, but rather “choices that resemble essentially private decisions bordering on the very nature of personal autonomy” (at paragraph 60). Several of the activities that counsel cannot engage in during their standby duty period seem to go far beyond what the case law considers to be choices inherently related to an individual’s personal and fundamental autonomy.

[39] En revanche, les tribunaux n’ont eu aucune difficulté à conclure que le choix d’un mode de vie centré sur une activité sportive ou récréative ou sur la consommation d’un produit comme la marijuana et les droits de nature essentiellement économiques (comme le droit d’exercer une profession ou de ne pas subir un examen médical aux fins d’un emploi) ne pouvaient être assimilés à des questions qui impliquent « “des choix fondamentaux participants de l’essence même de ce que signifie la jouissance de la dignité et de l’indépendance individuelles” ». Voir, à titre d’illustrations : *Malmo-Levine*, au paragraphe 86; *Clay*, aux paragraphes 32 et 33; *R. v. S.A.*, 2014 ABCA 191 (CanLII), 575 A.R. 230, au paragraphe 154, autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée, [2014] 3 R.C.S. x, 36050 (11 décembre 2014); *R. v. Schmidt*, 2014 ONCA 188, 119 O.R. (3d) 145, au paragraphe 40; *Siemens c. Manitoba (Procureur général)*, 2003 CSC 3, [2003] 1 R.C.S. 6, aux paragraphes 45 et 46; *B.C. Teachers’ Federation v. School District No. 39*, 2003 BCCA 100, 224 D.L.R. (4th) 63, aux paragraphes 205 à 210. Il n’est pas non plus sans intérêt de constater que la Cour suprême s’est jusqu’à ce jour refusée de consacrer le droit de choisir son lieu de résidence comme un droit garanti à l’article 7, malgré le jugement minoritaire à cet effet dans l’arrêt *Godbout* : voir *Alberta (Affaires autochtones et Développement du Nord) c. Cunningham*, 2011 CSC 37, [2011] 2 R.C.S. 670, au paragraphe 93.

[40] En concluant que la directive sur le temps de garde contrevient au droit à la liberté (et à la vie privée) protégé par la Charte, l’arbitre me semble avoir erré à plusieurs égards. D’une part, la décision de l’arbitre me semble élargir considérablement la portée du droit à la liberté dans la mesure où il semble tenir pour acquis que la participation à certaines activités récréatives ou sportives ne constitue pas des choix personnels, mais « s’apparente à des décisions essentiellement privées tenant de la nature même de l’autonomie personnelle » (au paragraphe 60). Plusieurs des activités que les juristes ne peuvent exercer pendant leur période de garde me semblent aller bien au-delà de ce que la jurisprudence a considéré comme des choix intrinsèquement reliés à l’autonomie personnelle et fondamentale d’un individu.

[41] With regard to the constraints and restrictions the employer's directive imposes on parents' ability to care for their children, support their development and maintain a rich and harmonious family life, I would find the Association's argument based on the right to liberty more convincing if the mandatory standby duty periods were more frequent. I find it difficult to seriously consider that the duty not to travel farther than one hour from one's residence and to be available to provide professional services weeknights and weekends two or three times per year could infringe on a fundamental right. This duty does not jeopardize the rights of parents to raise their children, to support their development or to make fundamental decisions for them, as stated in *B. (R.)*. In my opinion, accepting an argument to the contrary would only trivialize the rights a constitutional instrument like the Charter aims to protect.

[42] Lastly, I find that the adjudicator erred in using the case law pertaining to the Quebec Charter to interpret section 7 of the Charter and the right to liberty there in it. In contrast with the Charter, the Quebec Charter explicitly protects the right to a private life in section 5. It was also on that basis that six of the nine justices in *Godbout* declared a municipal resolution invalid that required all new permanent employees to reside within the limits of the municipality. Although the two charters undeniably overlap in many ways, I find it hazardous to import a concept specifically mentioned in one Charter to interpret a distinct concept, although related in some respects, in another Charter the architecture of which is very different. It is therefore on the basis of the case law developed in the context of section 7 of the Charter that the rights asserted by the applicant must be examined; the right to a private life and personal autonomy that the counsel may claim cannot extend beyond the scope of these concepts in the interpretation of the right to liberty granted by the Charter. It goes without saying, also, that the Quebec Charter cannot be directly applied to areas of federal jurisdiction.

[41] Quant aux contraintes et aux restrictions qu'impose la directive de l'employeur sur la capacité des parents de s'occuper de leurs enfants, de voir à leur épanouissement et de maintenir une vie familiale riche et harmonieuse, l'argument de l'Association fondé sur le droit à la liberté me paraîtrait plus convaincant si les périodes obligatoires de garde étaient plus fréquentes. Il me semble en effet difficile de soutenir sérieusement que l'obligation de ne pas s'éloigner à plus d'une heure de sa résidence et d'être disponible pour rendre des services professionnels le soir et les fins de semaine, à raison de deux ou trois fois par année, est susceptible de contrevenir à un droit fondamental. Une telle obligation ne remet pas en question les droits qu'ont les parents d'éduquer leurs enfants, de prendre soin de leur développement et de prendre pour eux des décisions fondamentales, tels qu'évoqués dans l'arrêt *B. (R.)*. Prétendre le contraire, me semble-t-il, ne pourrait que banaliser les droits que vise à protéger un instrument constitutionnel comme la Charte.

[42] Enfin, j'estime que l'arbitre a eu tort de s'inspirer de la jurisprudence découlant de la Charte québécoise pour interpréter l'article 7 de la Charte et le droit à la liberté qui s'y retrouve. À la différence de la Charte, la Charte québécoise protège explicitement le droit à la vie privée à son article 5. C'est d'ailleurs sur cette base que six des neuf juges siégeant dans l'affaire *Godbout* ont déclaré invalide une résolution municipale obligeant tous les nouveaux employés permanents à habiter dans les limites de la municipalité. Bien que les deux Chartes se recourent indéniablement à plusieurs égards, il m'apparaît hasardeux d'importer un concept spécifiquement mentionné dans une Charte pour interpréter un concept distinct, bien qu'à certains égards voisin, dans une autre Charte dont l'architecture est par ailleurs très différente. C'est donc à l'aulne de la jurisprudence qui s'est développée dans le contexte de l'article 7 de la Charte qu'il faut examiner les droits revendiqués par le demandeur; le droit à la vie privée et à l'autonomie personnelle que peuvent invoquer les juristes ne peut aller au-delà de la portée qu'ont reçue ces concepts dans l'interprétation du droit à la liberté garanti par la Charte. Il va sans dire, par ailleurs que la Charte québécoise ne peut recevoir directement application dans les champs de compétence fédérale.

[43] I will conclude by highlighting that in any case, a violation of the right to life, liberty and security of the person does not infringe upon section 7 of the Charter unless it violates the principles of fundamental justice. The Supreme Court has reiterated many times that this requirement assumes that the right at issue is weighed against the objectives of the State in infringing upon that right. As Justice L'Heureux-Dubé wrote in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at page 583, “[f]undamental justice ... is primarily designed to ensure that a fair balance be struck between the interests of society and those of its citizens.” Provisions shall be considered non-compliant with principles of fundamental justice when they are arbitrary or infringe upon a right in an overbroad or grossly disproportionate manner: *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, at paragraphs 93–123.

[44] In this case, the adjudicator’s approach is unsound. First, he seems to consider it disproportionate to infringe on counsels’ right to liberty “365 days a year and beyond 40 hours per week” while stay applications before the Federal Court occur on weekends “no more than six times per year” (at paragraph 65). This premise is not at all consistent with the evidence, which reveals that each counsel is, instead, responsible for standby duty two or three weeks per year, and that stay applications occur more frequently on weeknights, for a total of about 120 applications per year.

[45] Second, the adjudicator does not seem to give much weight to the fact that the employer attempted to limit the counsel’s standby duty time, not only by imposing such periods for only a few weeks per year, but also by stipulating that the counsel were not required to stay at home so long as they could be reached and were able to arrive at the office in less than one hour, that they know their periods of availability well in advance in order to make arrangements, that the periods of availability are scheduled taking into account the preferences

[43] Je terminerai en soulignant qu’en tout état de cause, une atteinte au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne ne contrevient à l’article 7 de la Charte que dans la mesure où elle n’est pas conforme aux principes de justice fondamentale. La Cour suprême a maintes fois répété que cette exigence suppose que l’on pondère le droit en cause et les objectifs poursuivis par l’État en portant atteinte à ce droit. Comme la juge L’Heureux-Dubé l’écrivait dans l’arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, à la page 583, « la justice fondamentale vise premièrement à établir un juste équilibre entre les intérêts de la société et ceux des citoyens ». Seront considérées non conformes aux principes de justice fondamentale les dispositions qui sont arbitraires ou qui portent atteinte à un droit de façon excessive ou disproportionnée : *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, aux paragraphes 93 à 123.

[44] Dans la présente affaire, l’arbitre pose mal le problème. Tout d’abord, il semble considérer qu’il est disproportionné de porter atteinte au droit à la liberté des juristes « 365 jours par année et au-delà de 40 heures par semaine » alors que les demandes de sursis devant la Cour fédérale ne surviennent les fins de semaine qu’« au plus six (6) fois par année » (au paragraphe 65). Cette prémisse n’est pas du tout conforme à la preuve, qui révèle que chaque avocat est plutôt requis d’assurer une garde pendant deux ou trois semaines par année, et que les demandes de sursis surviennent plus fréquemment les soirs de semaine, pour un total d’environ 120 demandes par année.

[45] D’autre part, l’arbitre ne semble pas accorder beaucoup de poids au fait que l’employeur a tenté de circonscrire les obligations de garde des juristes non seulement en n’imposant de telles périodes que quelques semaines par année, mais également en prévoyant que le juriste n’est pas tenu de rester à domicile pourvu qu’il puisse être rejoint et se rendre au bureau en moins d’une heure, qu’il connaît sa période de disponibilité bien à l’avance de façon à pouvoir faire des arrangements, que les périodes de disponibilité sont prévues en tenant



and situations of each counsel, and that the counsel can make arrangements to fill in for one another.

[46] Lastly, the adjudicator does not question the coherence between the approach taken by the employer and the desired objective, as required by the case law, but instead asks whether there were other ways to achieve the same objective. Not only is that not the applicable test, but moreover the alternative approaches proposed by the adjudicator appear to be quite speculative, to say the least. The adjudicator suggests that the manager could call counsel until one is reached who is available and able to perform the task. This approach does not account for the urgency of the services counsel are called upon to perform on evenings and weekends. As for the possibility of amending the directive so that standby duty is performed on a voluntary basis, this overlooks the evidence that this approach was attempted but proven unsuccessful.

[47] The possibility remained of adding an availability clause to the collective agreement, as suggested by the adjudicator. The success of such an approach is evidently entirely unpredictable. To the extent that it can be assumed that the insertion of such a clause would be subject to financial compensation, as suggested by the adjudicator himself, it would be appropriate to question the economic aspect of the right the counsel are asserting. This would result, in a sense, in admitting that the right to liberty is violated by the imposition of mandatory standby periods only when it is not accompanied by financial compensation. As mentioned above, the law is clear section 7 of the Charter does not protect economic interests.

[48] For all of the above reasons, I rule that the adjudicator erred in concluding that the directive on mandatory standby periods violates clause 6.01 of the collective agreement signed July 27, 2010, because it infringes on the right to liberty guaranteed by section 7 of the Charter, and that this infringement does not comply with the principles of fundamental justice.

compte des préférences et des situations de chaque juriste, et que les juristes peuvent s'entendre entre eux pour se remplacer.

[46] Enfin, l'arbitre ne s'interroge pas sur l'adéquation entre le moyen retenu par l'employeur et l'objectif visé, tel que le requiert la jurisprudence, mais se demande plutôt s'il y avait d'autres moyens d'atteindre le même objectif. Non seulement ne s'agit-il pas là du test applicable, mais au surplus les moyens alternatifs proposés par l'arbitre me paraissent pour le moins assez conjecturaux. L'arbitre suggère que le gestionnaire pourrait entrer en contact avec les juristes jusqu'à ce qu'il en trouve un ou une qui soit disponible et apte à effectuer le travail. Or, cette façon de faire ne tient pas compte de l'urgence des services que sont appelés à rendre les juristes le soir et les fins de semaine. Quant à la possibilité d'amender la directive de façon à prévoir que la garde s'effectuera sur une base volontaire, c'est faire fi de la preuve à l'effet qu'une telle approche a été tentée mais s'est révélée infructueuse.

[47] Reste la possibilité d'ajouter une clause de disponibilité dans la convention collective, telle qu'évoquée par l'arbitre. Le succès d'une telle démarche est évidemment tout à fait aléatoire. Dans la mesure où l'on peut supposer que l'insertion d'une telle clause se ferait moyennant une contrepartie monétaire, comme le laisse entendre l'arbitre lui-même, il y aurait lieu de s'interroger sur la dimension économique du droit que les juristes font valoir. On se trouverait en quelque sorte à admettre que le droit à la liberté n'est enfreint par une obligation de garde que dans la mesure où cette dernière ne s'accompagne pas d'une compensation financière. Or, tel que mentionné plus haut, il est bien établi que l'article 7 de la Charte ne protège pas les intérêts économiques.

[48] Pour tous les motifs qui précèdent, j'en arrive donc à la conclusion que l'arbitre a erré en concluant que la directive sur la garde obligatoire contrevient au paragraphe 6.01 de la convention collective signée le 27 juillet 2010, du fait qu'elle porte atteinte au droit à la liberté garanti par l'article 7 de la Charte, et que cette atteinte n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale.

#### IV. Conclusion

[49] The application for judicial review should therefore be allowed, with costs. Consequently, the adjudicator's decision should be set aside, and the grievance should be returned to another adjudicator for decision, on the basis that, first, the contested directive does not infringe on counsel's right to liberty as protected by section 7 of the Charter and, therefore, does not violate clause 6.01 of the collective agreement dated July 27, 2010, and, second, that it constitutes a reasonable and fair exercise of residual management rights set out in clause 5.02 of that same agreement.

TRUDEL J.A.: I agree.

BOIVIN J.A.: I agree.

#### IV. Conclusion

[49] La demande de contrôle judiciaire devrait donc être accueillie, avec dépens. Par conséquent, la décision de l'arbitre devrait être annulée, et le grief devrait être retourné à un autre arbitre pour qu'il en dispose en tenant pour acquis, d'une part, que la directive contestée ne porte pas atteinte au droit à la liberté des juristes tel que protégé par l'article 7 de la Charte et, de ce fait, ne contrevient pas au paragraphe 6.01 de la convention collective du 27 juillet 2010 et, d'autre part, qu'elle constitue un exercice raisonnable et équitable des droits résiduels de direction prévus au paragraphe 5.02 de cette même convention.

LA JUGE TRUDEL, J.C.A. : Je suis d'accord.

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

# DIGESTS

*Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. The full text of any decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court of Appeal and at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court.*

**\* The number of pages indicated at the end of each digest refers to the number of pages of the original reasons for order or reasons for judgment.**

---

## ADMINISTRATIVE LAW

### JUDICIAL REVIEW

Appeal from Federal Court (F.C.) decision quashing penalties assessed by Director of Financial Transactions and Reports Analysis Centre of Canada (Director) for three violations by respondent of *Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act*, S.C. 2000, c. 17 — F.C. quashing penalties because of inadequacy of Director's reasons — Correctly applying standard of reasonableness — Director's assessment of penalties unreasonable — Director having to select monetary figure within proper range for violation when assessing penalties based on criteria set out in Act, s. 73.11, *Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Administrative Monetary Penalties Regulations*, SOR/2007-292, s. 6 — Fact-based, discretionary decision made on basis of proper methodology not automatically reasonable — Reviewing court having to be satisfied, *inter alia*, numbers Director used in calculation of penalties supportable on evidence before him — Director deserving margin of appreciation when reviewing decision because of nature of his task — Selecting base amounts from range, applying percentage reductions of base amounts imprecise, fact-based task calling for subjective judgment informed by experience — But Director's task must be seen in wider context — Administrative monetary penalty proceeding herein akin to disciplinary proceeding where potential significance to person accused of misconduct high — Court not satisfied figures chosen by Director underpinned or justified by some reasoning or evidence in record — Unpublished formula used by Director conflicting with s. 73.11, unfair to respondent — A few words of explanation in Director's summary of calculation about figures for base amounts, reductions probably would have been sufficient: to enable Court to review assessment of penalties; to sufficiently inform respondent so as to knowledgeably decide whether to appeal; to fulfill Director's responsibility to explain to public how, why public powers entrusted thereto exercised — Appeal dismissed.

CANADA V. KABUL FARMS INC. (A-281-15, 2016 FCA 143, Stratas J.A., judgment dated May 6, 2016, 20 pp.)

## HAZARDOUS PRODUCTS

Judicial review of various decisions of Pest Management Regulatory Agency (Agency), respondent's delegate, regarding whether to initiate "special reviews" of certain pest control products pursuant to *Pest Control Products Act*, S.C. 2002, c. 28, ss. 17(2),(5) — Whether issues moot; when must respondent, through Agency, initiate special review of registered product; whether review mandatory or discretionary; what constituting "reasonable time" for decision on whether to initiate special review; whether decision regarding product arguably banned in Norway lawful or whether Agency *functus* — Act, s.17(1) requiring respondent to initiate special review where having reasonable grounds to believe health or environmental risks of a product unacceptable — Act, s. 17(2) also requiring respondent to initiate special review when OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development) member country prohibiting all uses of an active ingredient for health or environmental reasons — In 2012, applicant submitting request under Act, s. 17(4) for respondent to initiate, pursuant to ss. 17(1),(2), 30 special reviews covering 30 active ingredients alleged to have been prohibited for all uses by OECD country for reasons of health or environmental concerns — Several months later, Agency issuing four decisions denying special reviews concerning four active ingredients — Applicants challenging by judicial review refusals to initiate special reviews under s. 17(2) respecting trifluralin, chlorthal-dimethy, trichlorfon but not raising Ministerial-initiated review under Act, s. 17(1) — Also challenging in further judicial review unreasonable delay under Act, s. 17(5) regarding other 26 outstanding active ingredients — In 2013, respondent initiating special

**HAZARDOUS PRODUCTS—Concluded**

reviews for 23 active ingredients including trifluralin, chlorthal-dimethyl previously denied — Following initiation of judicial, special reviews, Canadian company (Syngenta Canada Inc.) advising Agency that seeds treated with specific active ingredient (difenoconazole) for sowing granted import authorization by Norwegian Food Safety Authority in 2013, arguing that active ingredient should not be subject to s. 17(2) special review since one use now permitted in Norway — Respondent then issuing decision that special review for all pest control products containing difenoconazole not required by Act, s. 17(2) but applicants then filing application for judicial review of respondent’s decision — Respondent claiming matter moot since special reviews already undertaken; not prepared to concede as matter of law having mandatory obligation to initiate special review under Act, s. 17(2) — Live issues existing between parties, adversarial context existing herein — Case primarily dealing with statutory interpretation not government policy; consistent with a court’s adjudicative function to determine matter — Therefore, Court exercising discretion to determine judicial review — Act, s. 17(2) containing mandatory language – “shall” – when addressing respondent’s duty to initiate special review in face of OECD ban — Existence of particular state of affairs (existence of OECD ban) pre-condition to respondent’s obligation — Once state of affairs existing, respondent having no alternative but to initiate special review — While open to respondent to ensure pre-condition existing, once existence of pre-condition evident, respondent cannot refuse to initiate special review — Request for review under Act, s. 17(5) not pre-condition of respondent’s obligation under s. 17(2) — How respondent learning of OECD ban irrelevant; respondent must act; inconsistent with purpose of provision for respondent to know of OECD ban but not act until person filing request for special review — Therefore, applicants entitled to commencement of special review when respondent becoming aware of OECD ban no later than filing of request under s. 17(4) — As for reasonable delay, significant delay in present circumstances in deciding whether to initiate special review stemming from Agency’s misinterpretation of Act, s. 17(2) — Unreasonable interpretation thereof leading to unreasonable delay — Common law, implied statutory duty to initiate special review required under Act, s. 17(2) in reasonable time — Given Agency’s erroneous view of respondent’s right to decide if review required, delay occurring because of view unreasonable — Regarding issue of whether respondent *functus officio*, Act, s. 17(2) must be read as containing continuing requirement that OECD ban existing — If circumstance changing, ban lifted, no longer mandatory duty on respondent — Situation regarding Norway complicated since Norway taking contradictory views of difenoconazole — While applicants claiming ban in place, fact being no complete ban existing in Norway — Act, s. 17(2) phrased in absolute terms “... prohibits all uses of ... active ingredient” — Facts establishing at least one permitted use of active ingredient in question — Based on evidence, Norway permitting some uses of difenoconazole — Therefore, respondent having authority to terminate special review of difenoconazole — Application allowed in part.

ÉQUITERRE V. CANADA (HEALTH) (T-1422-13, 2016 FC 554, Phelan J., judgment dated May 17, 2016, 21 pp.)

**PAROLE**

Judicial review of decision by Minister of Public Safety and Emergency Preparedness denying applicant’s request to grant him remission of indeterminate sentence — Applicant subject to preventive detention sentence resulting from “habitual criminal” designation in 1972 — Applying for clemency in 2005 — Minister determining in letter dated September 9, 2014 applicant not meeting criteria for clemency, i.e. no error, change in law, sentence not disproportionate to nature of offences — Minister’s refusal following negative recommendation from Parole Board of Canada (Board) not shared with applicant — *Royal Prerogative of Mercy Ministerial Guidelines* intended to help Board evaluate merits of clemency applications, determine whether or not it should recommend to Minister that royal prerogative of mercy be exercised — Board taking other factors into consideration in formulating recommendation in applicant’s case, i.e. applicant’s dangerousness, alcohol-related criminal behaviour, parole possibilities — Main issue whether failure to disclose recommendation to applicant material breach of procedural fairness — File involving serious breaches of procedural fairness — Minister never ordering formal investigation in connection with exercising prerogative of mercy in case of clemency application filed in 2005 — Nine years to render decision, summarily, without investigation on merits of clemency application inconceivable — Entire process since clemency application filed lacking transparency, leaving impression of bad faith, bias — Filing of recommendation, Board report with Court not correcting this — Even if royal mercy not a right, applicant can expect review of application by open-minded decision maker — Applicant must be able to explain or refute any unfavourable element that Board failed to disclose to him, to comment on any negative recommendation from Board — Appropriate here to refer clemency application back to Minister for redetermination after applicant has had opportunity to give Minister his written submissions regarding Board recommendation — Question not whether Minister’s decision acceptable outcome, but whether applicant had opportunity to make case before neutral, impartial decision maker — Ministerial decision not result of “proportional balancing” — Application allowed.

ROBILLARD V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-2296-14, 2016 FC 495, Martineau J., judgment dated May 4, 2016, 52 pp.)

## PATENTS

## PRACTICE

Judicial review of Commissioner of Patents' decision determining that applicant not responding in time to requisition because delivering correspondence by Xpresspost™, not Registered Mail Service of Canada Post — Thus, applicant's patent application removed from conflict proceedings; claims in conflict considered abandoned, not to be considered when patents awarded for those claims — *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4 (Act) significantly modified in 1989 — Patent awarding system in Canada changing from "first to invent" to "first to file" — Former *Patent Act* (Old Act) (pre-October 1, 1989) applying to patent at issue in present case — Applicant delivering by Xpresspost™ on day due correspondence containing affidavit evidence required to be sent in conflict proceedings under Old Act — Commissioner determining that delivery by Xpresspost™ not delivery by registered mail, thus not received until physically arriving in office four days after deadline — Registered Mail Service of Canada Post constituting establishment designated by Commissioner of Patents to receive correspondence as if physically delivered to Commissioner — In 1979, applicant filing Canadian Patent Application No. XXX497 ('497 application) but no patent yet issued — Applicant later notified that under Old Act, s. 43(2) conflict existing between '497 application, 12 co-pending applications — Time for filing evidence set in conflict proceedings; deadline extended twice — Last deadline for submitting evidence under Old Act, s. 43(5) extended to July 24, 2014 — Applicant's patent agent bringing evidence to Canada Post Office on day of extended deadline (July 24, 2014) to send by registered mail to Commissioner in accordance with *Patent Rules*, SOR/96-423, r. 5(4) (Rules) — Because package exceeding weight limit for registered mail, patent agent sending evidence using Canada Post Xpresspost™ service — Evidence physically received by Commissioner at Canadian Intellectual Property Office (CIPO) July 28, 2014 — After finding that applicant failing to respond to requisition within time limits set, Commissioner removing applicant's claims from conflict proceedings since applicant deemed abandoning conflict claims — Commissioner subsequently refusing to reconsider earlier decision, denying applicant's request for reinstatement to conflict proceedings — At issue, what is applicable standard of review herein; whether application properly before court in accordance with *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1; if delivery of evidence late, whether Commissioner having power to grant extension of time - if so, whether power exercised properly; what consequences flowing from party's failure to file evidence in conflict proceeding — When decision maker interpreting home statute, standard of review presumptively reasonableness — No basis herein to rebut presumption; therefore, Commissioner's interpretation of Rules, r. 5(4) at time designating establishment reviewable on standard of reasonableness — Consequential issues of extension of time, deemed abandonment, reinstatement to conflict proceedings also matters of statutory interpretation arising from Commissioner's home statute; thus, to be reviewed on standard of reasonableness — Commissioner finding applicant's evidence not delivered in accordance with Rules, r. 5(4); therefore, evidence late because while date stamped on box July 24, 2014, Xpresspost™ service of Canada Post considered establishment distinct from Registered Mail Service of Canada Post; thus not regarded as designated establishment — While obtaining signature at CIPO confirming delivery considered prudent, not required pursuant to Rules, r. 5(4) — Commissioner's designation cannot change legislation to add requirement for signature upon delivery to CIPO in lieu of deemed receipt by CIPO set out in r. 5(4) — Staff at CIPO receiving materials simply required to confirm date stamped by Canada Post on materials, must then apply r. 5(4) to determine whether day upon which Canada Post received, date stamped materials also date when CIPO open for business — If so, date stamped by Canada Post constituting date of receipt by CIPO — Nothing more required — Central question being whether Commissioner reasonably interpreting authority given thereto in 1994 by SOR/94-30 to designate establishments to accept delivery of correspondence sent to CIPO — Based on evidence, creating accessible system of conveniently filing with CIPO primary object, purpose of introducing change to provide Commissioner with power to designate establishments — In context of Rules, r. 5(4), distinction between registered mail, Xpresspost™ artificial — Justifying, compounding distinction by saying no extension of time could be given because, in particular, all parties to conflict subject to same requirements for delivery of evidence, etc. not standing up to minimal scrutiny — Consequence imposed to applicant violating Court's conception of what constituting fair, good, sensible — Thus, Commissioner's narrow, strict interpretation of Registered Mail Service of Canada Post unreasonable; rejected in favour of plausible interpretation of applicant that by using Xpresspost™, delivery made to designated establishment as set out in r. 5(4) — Date-stamping on receipt interpretation complying with requirements of r. 5(4) — Evidence not considered late — For completeness, other findings of Commissioner addressed — Commissioner having discretion to extend time to file to accept physical receipt in CIPO of delivery of applicant's evidence; refusal thereof not reasonable — Under Rules, r. 26(1) Commissioner authorized to extend time fixed thereby subject to extension being applied for, fee set paid — Rule 26(1) not stating extension must be applied for prior to expiry — Commissioner having discretion to extend time under Rules but believing having no such discretion, failing to exercise it, which amounting to unreasonable fettering of discretion — Regarding consequences of failure to file evidence, no reference or authority in Old Act found indicating that failure to file affidavit under s. 43(5) leading to abandonment, loss or removal from conflict proceedings — For Commissioner to find application removed from conflict proceedings, clear legislative authority required but non existing — As for reinstatement, Commissioner bound by

**PATENTS**—Concluded

*Owens-Illinois Inc. v. Koehring Waterous Ltd.* (1978), 40 C.P.R. (2d) 72 (F.C.T.D.), involving conflict proceedings — By not considering *Owens-Illinois*, Commissioner unreasonably concluding having no authority to reinstate application to conflict proceedings based on reading of Act, s. 30 (Old Act, s. 32) whereas *Owens-Illinois* holding to contrary; stating that Commissioner having power to extend time, alternatively reinstate claims — In conclusion, applicant's use of Xpresspost™ considered delivery to designated establishment under Rules, r. 5(4) of Registered Mail Service of Canada Post; thus applicant's evidence delivered on July 24, 2014, filed on time; no basis to remove applicant's evidence from conflict proceedings — Application allowed.

BIODEN IDEC MA INC. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-2639-14, 2016 FC 517, Elliott J., judgment dated May 10, 2016, 59 pp.)

# FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour fédérale.

\* Le nombre de pages indiqué à la fin de chaque fiche analytique correspond au nombre de pages des motifs de l'ordonnance ou du jugement originaux.

---

## BREVETS

### PRATIQUE

Contrôle judiciaire d'une décision du commissaire aux brevets qui a conclu que le demandeur n'avait pas répondu à temps à une réquisition parce qu'il avait envoyé de la correspondance par Xpresspost<sup>MC</sup>, et non par le service de courrier recommandé de Postes Canada — Par conséquent, la demande de brevet du demandeur a été exclue de l'instance en conflit des priorités; les revendications en conflit ont été considérées comme ayant fait l'objet d'un désistement et ne seront pas prises en considération lorsque les brevets seront accordés pour ces revendications — La *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4 (la Loi) a été modifiée de façon importante en 1989 — Le système canadien d'attribution des brevets a remplacé le principe du « premier inventeur » par celui du « premier déposant » — L'ancienne *Loi sur les brevets* (l'ancienne loi) (antérieure au 1<sup>er</sup> octobre 1989) s'appliquait au brevet qui faisait l'objet de la présente demande — Le demandeur a envoyé par Xpresspost<sup>MC</sup>, le jour même de la date d'échéance, de la correspondance qui contenait des preuves par affidavit qui devaient être envoyées dans le cadre d'une instance en conflit en vertu de l'ancienne loi — Le commissaire a jugé que la livraison par Xpresspost<sup>MC</sup> ne constituait pas une livraison par courrier recommandé et que le courrier n'était donc pas reçu tant et aussi longtemps qu'il n'était pas arrivé physiquement au bureau, soit quatre jours après la date d'échéance — Le service de courrier recommandé de Postes Canada constitue l'établissement désigné par le commissaire aux brevets pour recevoir la correspondance comme si elle avait été livrée physiquement au commissaire — En 1979, la demanderesse a déposé la demande de brevet canadien no XXX497 (la demande '497), mais aucun brevet n'avait encore été délivré — Le demandeur a été informé en vertu de l'art. 43(2) de l'ancienne loi qu'il y avait un conflit entre la demande '497 et 12 demandes en instance — Le délai pour déposer la preuve a été établi dans la procédure; l'échéance a été prorogée à deux reprises — La dernière échéance pour le dépôt de la preuve en vertu de l'art. 43(5) de l'ancienne loi a été prorogée jusqu'au 24 juillet 2014 — L'agent des brevets du demandeur a apporté la preuve au bureau de Postes Canada le jour où prenait fin l'échéance prorogée (le 24 juillet 2014) afin de l'envoyer par courrier recommandé au commissaire conformément au paragraphe 5(4) des *Règles sur les brevets*, DORS/96-423 (les Règles) — Comme le poids du paquet dépassait la limite de poids pour le courrier recommandé, l'agent de brevets a envoyé la preuve en utilisant le service Xpresspost<sup>MC</sup> de Postes Canada — La preuve a été physiquement reçue par le commissaire au bureau de l'Office de la propriété intellectuelle du Canada (OPIC) le 28 juillet 2014 — Après avoir conclu que le demandeur n'avait pas répondu à la demande dans les limites de temps prescrites, le commissaire a retiré les revendications du demandeur de l'instance en conflit, puisque le demandeur avait été réputé avoir abandonné lesdites revendications — Le commissaire a par la suite refusé de réexaminer la décision antérieure, refusant la demande de rétablissement dans l'instance en conflit — Il s'agissait de savoir quelle était la norme de contrôle applicable en l'espèce; si la Cour a été saisie à bon droit de la demande conformément à l'art. 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7; en cas de retard de la livraison de la preuve, si le commissaire a le pouvoir d'accorder une prorogation du délai; dans l'affirmative, si ce pouvoir discrétionnaire a été exercé correctement; quelles sont les conséquences qui découlent de l'omission par une partie de déposer des preuves dans une instance en conflit — Lorsque le décideur interprète sa loi constitutive, on présume que la norme de contrôle est celle de la décision raisonnable — Il n'y avait aucune preuve en l'espèce pour réfuter cette présomption; par conséquent, l'interprétation par le commissaire du paragraphe 5(4) des Règles au moment où il a désigné l'établissement était susceptible de contrôle selon la norme de la décision raisonnable — Les questions résultantes concernant la prorogation de délai, l'abandon réputé et le rétablissement dans l'instance en conflit constituent également des questions d'interprétation législative découlant de la loi constitutive du commissaire; par conséquent, ces questions sont susceptibles de contrôle selon la norme de la décision raisonnable — Le commissaire a conclu que les éléments de preuve du demandeur n'ont

**BREVETS—Fin**

pas été délivrés conformément au paragraphe 5(4) des Règles; par conséquent, la preuve était tardive, car bien que la date apposée sur la boîte ait été le 24 juillet 2014, le service Xpresspost<sup>MC</sup> de Postes Canada était considéré comme un établissement distinct du service de courrier recommandé de Postes Canada; il n'était donc pas considéré comme un établissement désigné — Bien qu'une signature ait été obtenue à l'OPIC pour confirmer que la livraison était jugée raisonnable, celle-ci n'était pas obligatoire en vertu du paragraphe 5(4) des Règles — La désignation par le commissaire ne peut pas modifier la législation pour ajouter l'obligation de signature lors de la livraison à l'OPIC pour tenir lieu de la réception présumée par l'OPIC énoncée au paragraphe 5(4) des Règles — Les membres du personnel de l'OPIC qui reçoivent des documents sont simplement tenus de confirmer la date apposée par Postes Canada sur les documents; puis, ils doivent appliquer le paragraphe 5(4) des Règles pour déterminer si la date à laquelle Postes Canada a reçu les documents et y a apposé le timbre dateur était également une date à laquelle les bureaux de l'OPIC étaient ouverts — Dans ce cas, la date estampillée par Postes Canada constitue la date de réception par l'OPIC — Rien d'autre n'est exigé — La question fondamentale était de savoir si le commissaire a interprété de façon raisonnable le pouvoir qui lui a été conféré par le règlement DORS/94-30 en 1994 pour désigner les établissements qui pouvaient accepter la livraison de la correspondance envoyée à l'OPIC — D'après la preuve, la création d'un système accessible en vue de déposer de manière opportune des documents auprès de l'OPIC était le principal objectif de l'introduction du changement conférant au commissaire le pouvoir de désigner des établissements — Dans le contexte du paragraphe 5(4) des Règles, la distinction entre le courrier recommandé et le service Xpresspost<sup>MC</sup> est artificielle — Justifier et exacerber la distinction en affirmant qu'aucune prorogation de délai ne pouvait être accordée en particulier parce que toutes les parties au litige étaient assujetties aux mêmes exigences en ce qui a trait à la livraison d'éléments de preuve, etc. ne résiste pas à un examen attentif minimal — La conséquence imposée au demandeur a violé la conception de la Cour de ce qui est juste, bon et raisonnable — Par conséquent, l'interprétation étroite et stricte du service de courrier recommandé de Postes Canada qu'a donnée le commissaire était déraisonnable; cette interprétation a été rejetée en faveur d'une interprétation plausible mise de l'avant par le demandeur qu'en utilisant le service Xpresspost<sup>MC</sup>, la livraison a été effectuée à un établissement désigné conformément au paragraphe 5(4) des Règles — L'interprétation favorisant l'estampillage de la date lors de la réception est conforme aux prescriptions du paragraphe 5(4) — La preuve n'a pas été considérée comme tardive — Par souci d'exhaustivité, les autres conclusions du commissaire ont été examinées — Le commissaire dispose du pouvoir discrétionnaire de proroger le délai pour accepter la réception physique à l'OPIC de la livraison de la preuve du demandeur; le refus de proroger en l'espèce n'était pas raisonnable — En vertu du paragraphe 26(1) des Règles, le commissaire est autorisé à proroger tout délai fixé par lui si, avant l'expiration du délai, la prorogation a été demandée et la taxe prévue a été versée — Le paragraphe 26(1) des Règles ne précise pas que la prorogation doit être demandée avant l'expiration — Le commissaire avait le pouvoir discrétionnaire de proroger le délai en vertu des Règles, mais comme il a jugé qu'il n'avait pas ce pouvoir, il ne l'a pas exercé, ce qui constituait une entrave déraisonnable à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire — En ce qui concerne les conséquences de l'omission de déposer une preuve, l'ancienne loi ne contient aucune référence ni disposition indiquant que le défaut de déposer un affidavit en vertu de l'art. 43(5) menait à l'exclusion ou la perte de l'instance en conflit — Pour que le commissaire en arrive à la conclusion que la demande doit être exclue de l'instance en conflit, une disposition législative claire était requise, mais celle-ci n'existe pas — Pour ce qui est du rétablissement, le commissaire était lié par la décision *Owens-Illinois Inc. c. Koehring Waterous Ltd.* (1978), 40 C.P.R. (2d) 72 (C.F. 1<sup>ère</sup> inst.), qui portait sur une instance en conflit — En ne tenant pas compte de la décision *Owens-Illinois*, le commissaire a déraisonnablement conclu qu'il n'avait pas le pouvoir de rétablir la demande dans l'instance en conflit d'après sa lecture de l'art. 30 de la Loi (art. 32 de l'ancienne loi), alors que la décision *Owens-Illinois* statue à l'effet contraire, déclarant que le commissaire a le pouvoir de proroger le délai et de rétablir également des demandes — En conclusion, le recours par le demandeur au service Xpresspost<sup>MC</sup> est considéré comme une livraison à un établissement désigné selon le paragraphe 5(4) des Règles du service de courrier recommandé de Postes Canada; par conséquent, la preuve du demandeur livrée le 24 juillet 2014 a été déposée à temps; il n'y avait aucun motif pour exclure la preuve du demandeur de l'instance en conflit — Demande accueillie.

BIOGEN IDEC MA INC. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-2639-14, 2016 CF 517, juge Elliott, jugement en date du 10 mai 2016, 59 p.)

**DROIT ADMINISTRATIF**

## CONTRÔLE JUDICIAIRE

Appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale (C.F.) qui a annulé les pénalités imposées par le directeur du Centre d'analyse des opérations et déclarations financières du Canada (le directeur) à l'égard de trois violations commises par l'intimée aux termes de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, L.C. 2000,



**DROIT ADMINISTRATIF**—Fin

ch. 17 — La C.F. a annulé les pénalités en raison de l'insuffisance des motifs rendus par le directeur — La C.F. a appliqué correctement la norme de contrôle de la décision raisonnable — Le directeur a imposé les pénalités de façon déraisonnable — Le directeur doit choisir le montant de la pénalité à l'intérieur de la fourchette applicable à chaque violation lorsqu'il impose des pénalités fondées sur les critères énoncés à l'art. 73.11 de la Loi et de l'art. 6 du *Règlement sur les pénalités administratives — recyclage des produits de la criminalité et financement des activités terroristes*, DORS/2007-292 — Une décision fondée sur les faits et discrétionnaire rendue sur le fondement d'une méthodologie adéquate n'est pas automatiquement raisonnable — La cour de révision doit être convaincue, entre autres, que les chiffres que le directeur a utilisés dans le calcul des pénalités sont appuyés par la preuve dont il dispose — Le directeur a droit à une marge d'appréciation lorsqu'il révisé une décision en raison de la nature de sa tâche — Lorsqu'on choisit les montants de base à partir d'une fourchette et qu'on applique une réduction en pourcentage sur ces montants de base, il s'agit là d'une tâche imprécise et fondée sur les faits qui exige un jugement subjectif motivé par l'expérience acquise — La tâche du directeur doit cependant être examinée dans son contexte plus large — La procédure de sanctions administratives pécuniaires aux présentes est semblable à une procédure disciplinaire où la pénalité revêt une importance potentiellement élevée pour la personne accusée d'inconduite — La Cour en l'espèce n'était pas convaincue que les chiffres choisis par le directeur étaient appuyés ou justifiés par un quelconque raisonnement ou par la preuve au dossier — La formule non publiée utilisée par le directeur entraînait en conflit avec l'art. 73.11 et elle était inéquitable pour l'intimée — Quelques mots d'explications dans le résumé des calculs faits par le directeur sur les chiffres utilisés pour les montants de base et les réductions auraient été probablement suffisants pour permettre à la Cour d'examiner la façon dont les pénalités ont été imposées; pour informer adéquatement l'intimée afin de lui permettre de décider en toute connaissance de cause s'il lui fallait interjeter appel; et pour permettre au directeur de remplir les responsabilités qui lui incombent d'expliquer au public de quelle façon et pourquoi les pouvoirs publics qui lui ont été confiés ont été exercés — Appel rejeté.

CANADA C. KABUL FARMS INC. (A-281-15, 2016 CAF 143, juge Stratat, J.C.A., jugement en date du 6 mai 2016, 20 p.)

**LIBÉRATION CONDITIONNELLE**

Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile a rejeté la demande faite par le demandeur de lui accorder une remise d'une peine indéterminée — Le demandeur est assujéti à une sentence de détention préventive que lui vaut sa désignation de repris de justice en 1972 — Il a fait une demande de clémence en 2005 — Le ministre a jugé dans une lettre datée du 9 septembre 2014 que le demandeur ne rencontrait pas les critères pouvant justifier un exercice de clémence, c'est-à-dire qu'il n'y a pas eu une erreur de droit, la modification d'une loi ou une peine trop sévère qui serait disproportionnée par rapport à la nature des infractions commises — Le refus ministériel qui faisait suite à une recommandation négative de la Commission des libérations conditionnelles du Canada (Commission) n'a pas été divulgué au demandeur — Les *Directives ministérielles sur la prérogative royale de clémence* ont pour objet d'aider la Commission à évaluer le bien-fondé des demandes de clémence et à déterminer si elle doit ou non recommander au ministre l'exercice de la prérogative royale — La Commission a tenu compte d'autres facteurs pour formuler une recommandation dans le cas du demandeur : la dangerosité du demandeur; la problématique criminelle reliée à l'alcool; les possibilités de libération conditionnelle — Il s'agissait principalement de savoir si la non-divulgarion de la recommandation au demandeur constituait un bris matériel à l'équité procédurale — Le dossier contient des bris matériels sérieux à l'équité procédurale — Le ministre n'a jamais ordonné d'enquête formelle en vue d'un exercice de la prérogative royale de clémence dans le cas de la demande de clémence déposée en 2005 — Neuf ans pour statuer, sommairement et sans enquête, sur le bien-fondé de la demande de clémence, ce n'est pas sérieux — Le manque de transparence dans lequel a baigné l'ensemble du processus depuis le dépôt de la demande de clémence respire la mauvaise foi et sent le parti pris — Le dépôt de la recommandation et du dossier de la Commission auprès de la Cour n'a pas suffi à faire amende honorable — Même si la clémence royale ne fait pas l'objet de droits, un requérant peut au minimum escompter que sa demande sera sérieusement étudiée par un décideur ayant l'esprit ouvert — Un requérant doit pouvoir expliquer ou réfuter tout élément défavorable qui ne lui a pas été déjà divulgué par la Commission et il doit également avoir la possibilité de commenter toute recommandation négative de la Commission — Il est opportun de renvoyer la demande de clémence au Ministre pour un nouvel examen après que le demandeur aura eu l'opportunité de soumettre au ministre des représentations écrites au sujet de la recommandation de la Commission — La question n'est pas de savoir si la décision du ministre constitue une issue acceptable, mais de se demander si le demandeur a eu l'opportunité de faire valoir son point de vue devant un décideur neutre et impartial — La décision ministérielle n'est pas la résultante d'une « mise en balance proportionnée » — Demande accueillie.

ROBILLARD C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-2296-14, 2016 CF 495, juge Martineau, jugement en date du 4 mai 2016, 52 p.)

## PRODUITS DANGEREUX

Contrôle judiciaire de différentes décisions de l'Agence de réglementation de la lutte antiparasitaire (l'Agence), le représentant du défendeur, concernant la question de savoir s'il fallait procéder à des « examens spéciaux » de certains produits antiparasitaires conformément aux art. 17(2) et 17(5) de la *Loi sur les produits antiparasitaires*, L.C. 2002, ch. 28 — Il s'agissait de savoir si la question était théorique; à quel moment le défendeur doit, par l'entremise de l'Agence, procéder à un examen spécial du produit enregistré; si l'examen est obligatoire ou discrétionnaire; ce qui constitue un « délai raisonnable » en ce qui a trait à la décision de procéder à un examen spécial ou non; si on peut soutenir que la décision concernant le produit potentiellement interdit en Norvège est légitime ou si l'Agence était dépourvue de sa fonction — L'art. 17(1) de la Loi exige du défendeur qu'il procède à un examen spécial lorsqu'il a des motifs raisonnables de croire que les risques sanitaires ou environnementaux que le produit présente sont inacceptables — L'art. 17(2) de la Loi exige également que le défendeur procède à un examen spécial lorsqu'un pays membre de l'OCDE (Organisation de coopération et de développement économiques) interdit l'utilisation d'un principe actif pour des raisons sanitaires ou environnementales — En 2012, les demandeurs ont présenté une demande en vertu de l'art. 17(4) de la Loi pour que le défendeur procède, en vertu des art. 17(1) et 17(2), à 30 examens spéciaux couvrant 30 principes actifs qui auraient été interdits pour toutes les indications par un pays de l'OCDE pour des raisons sanitaires ou environnementales — Plusieurs mois plus tard, l'Agence a rendu quatre décisions rejetant les examens spéciaux pour quatre principes actifs — Les demandeurs ont contesté par voie de contrôle judiciaire les refus de procéder aux examens spéciaux en vertu de l'art. 17(2) concernant la trifluraline, le chlorthalidiméthyl et le trichlorfon, mais n'ont pas soulevé l'examen d'initiative ministérielle prévu à l'art. 17(1) — Ils ont également contesté dans le cadre d'un autre contrôle judiciaire un délai déraisonnable conformément à l'art. 17(5) pour ce qui est des 26 autres principes actifs dont les demandes étaient toujours en suspens — En 2013, le défendeur a procédé aux examens spéciaux de 23 principes actifs y compris la trifluraline et le chlorthalidiméthyl, lesquels examens avaient été auparavant rejetés — Après le début du contrôle judiciaire et des examens spéciaux, une entreprise canadienne (Syngenta Canada Inc.) a informé l'Agence que des semences traitées avec un principe actif précis (le difénoconazole) pour l'ensemencement avait été autorisé aux fins d'importation par l'Autorité sur la salubrité alimentaire de la Norvège en 2013, faisant valoir que le principe actif ne devrait pas être assujéti à l'examen spécial en vertu de l'art. 17(2) puisqu'une utilisation en était maintenant permise en Norvège — Le défendeur a ensuite rendu la décision qu'un examen spécial pour tous les produits antiparasitaires contenant le difénoconazole n'était pas requis par l'art. 17(2) de la Loi, mais les demandeurs ont ensuite déposé une demande de contrôle judiciaire à l'encontre de la décision du défendeur — Le défendeur a prétendu que la question est théorique puisque les examens spéciaux ont déjà été entrepris; il n'était pas disposé à admettre en droit qu'il avait l'obligation impérative de procéder à un examen spécial en vertu de l'art. 17(2) — Des questions réelles existaient entre les parties et un débat contradictoire existait aux présentes — Le débat contradictoire concernait principalement l'interprétation législative et non la politique du gouvernement; cela est conforme à la fonction judiciaire de la cour qui consiste à trancher l'affaire — Par conséquent, la Cour a exercé son pouvoir discrétionnaire pour statuer sur le contrôle judiciaire — L'art. 17(2) contient des dispositions de nature impérative — le mot « *shall* » en anglais — lorsqu'il aborde l'obligation du défendeur de procéder à un examen spécial face à l'interdiction de l'OCDE — L'existence d'une situation particulière (une interdiction de la part de l'OCDE) est une condition préalable à l'obligation qui incombe au défendeur — Une fois que cette situation existe, le défendeur n'a pas d'autre choix que de procéder à un examen spécial — Bien qu'il soit loisible au défendeur de s'assurer que la condition préalable existe, une fois que l'existence de cette condition préalable est devenue manifeste, le défendeur ne peut pas refuser de procéder à un examen spécial — Une demande d'examen présentée en vertu de l'art. 17(5) ne constitue pas une condition préalable de l'obligation qui incombe au défendeur en vertu de l'art. 17(2) — La façon dont le défendeur a pris connaissance de l'interdiction de la part de l'OCDE n'a aucune importance; le défendeur doit agir; le fait pour le défendeur de connaître l'interdiction imposée par l'OCDE et de ne pas agir tant et aussi longtemps qu'une personne n'a pas déposé une demande d'examen spécial est incompatible avec l'objet de cette disposition — Par conséquent, les demandeurs pouvaient prétendre à l'ouverture de la procédure d'examen spécial au moment où le défendeur a pris connaissance de l'interdiction de la part de l'OCDE et au plus tard lors du dépôt des demandes en vertu de l'art. 17(4) — Quant au délai raisonnable, le retard important dans les présentes circonstances de la part de l'Agence quant à sa décision de procéder à un examen spécial découlait de son interprétation erronée de l'art. 17(2) de la Loi — Une interprétation déraisonnable de cette disposition a donné lieu à un retard déraisonnable — Il existe une obligation légale tacite et de common law de procéder à l'examen spécial requis en vertu de l'art. 17(2) dans un délai raisonnable — Compte tenu de l'interprétation erronée faite par l'Agence du droit du défendeur de décider si un examen était nécessaire, le retard causé par cette interprétation était déraisonnable — En ce qui concerne la question de savoir si le défendeur a été dépourvu de ses fonctions, l'art. 17(2) de la Loi doit être considéré comme une disposition qui renferme l'exigence continue de l'existence de l'interdiction de la part de l'OCDE — Si les circonstances évoluent et que l'interdiction est levée, le défendeur ne se voit plus imposer l'obligation légale d'agir — La situation en ce qui concerne la Norvège est compliquée puisque la Norvège a adopté des points de vue contradictoires à l'égard du difénoconazole — Alors que les demandeurs prétendaient qu'une interdiction avait été mise en place, les faits révèlent qu'il n'y a pas eu d'interdiction complète en Norvège — La version anglaise de l'art. 17(2) de la Loi est formulée en

**PRODUITS DANGEREUX—Fin**

termes absolus « [...] *prohibits all uses of* [...] *active ingredient* » (« interdit l'utilisation d'un principe actif ») — Les faits établissaient au moins une utilisation permise du principe actif en question — Selon la preuve, la Norvège a permis certaines utilisations du difénoconazole — Par conséquent, le défendeur a le pouvoir de révoquer l'examen spécial du difénoconazole — Demande accueillie en partie.

ÉQUITERRE C. CANADA (SANTÉ) (T-1422-13, 2016 CF 554, juge Phelan, jugement en date du 17 mai 2016, 21 p.)

If undelivered, return to:  
Federal Courts Reports  
Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada  
99 Metcalfe Street, 8th floor  
Ottawa, Ontario, Canada K1A 1E3

En cas de non-livraison, retourner à :  
Recueil des décisions des Cours fédérales  
Commissariat à la magistrature fédérale Canada  
99, rue Metcalfe, 8e étage  
Ottawa (Ontario), Canada K1A 1E3